

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 XIV
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMXLXI

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 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 CIENTIFICA

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Propósitos de este estudio. II. Las condiciones generales de los contratos. 1. El concepto de condiciones generales. 2. Ventajas y peligros de las condiciones generales. III. ¿Las condiciones generales son fuente del Derecho? 1. ¿Constituyen una nueva fuente de Derecho? 2. Las condiciones generales como usos mercantiles. 3. Las condiciones generales como Derecho natural. IV. Las condiciones generales como contenido del contrato. 1. Plantamiento de la cuestión. 2. Motivos para impugnar las condiciones generales. 3. Autonomía de la voluntad y renuncia de las leyes. a) Antecedentes mediatos. b) Antecedentes inmediatos. c) Derecho vigente. d) La nulidad de la cláusula. V. Utilidad de una reforma legislativa.

I. PROPÓSITOS DE ESTE ESTUDIO

Las condiciones generales de los contratos han sido objeto de numerosos trabajos por parte de mercantilistas y civilistas (1). Volver a tratar de la cuestión de su significado y eficacia no parece, sin embargo, impertinente. Su importancia es indudable. En la práctica industrial y bancaria española se usan de continuo, imponiéndolas a los clientes. La integración de la economía española en la general europea o en la mundial, el contacto con firmas extranjeras, multiplicarán los casos en los que será necesario averiguar la eficacia de las condiciones generales, fueran o no sujetas a la firma del contratante.

Desde el punto de vista dogmático o técnico plantean las condiciones generales muchos problemas, que afectan incluso a la entraña misma del Derecho privado. No es posible tratarlas aquí todas. Este estudio se limita, fundamentalmente, a dos cuestiones. La primera es:

(1) HAMELBECK: *Begriff und Arten der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1930; MICHEL: *Die Allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung*, 1932; KOCH: *Die neuen Geschäftsbedingungen der Banken*, Z. G. H. u. K. R. 121 (1934), p. 241-259; RÄTSEK: *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935; HAUPT: *Die Allgemeine Geschäftsbedingungen der deutschen Banken*, 1937; HILDEBRANDT: *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, A. C. Pr. 143 (1937), p. 326-348; BRANDT: *Der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sog. dispositiv Recht*, Deutsche Rechtswissenschaft, 5 (1940), p. 76 ss.; PAGENSTECHER: *Sittenwidriger Lieferbedingung*, 1944 (2.ª ed.); HERSCHEIR: *Die Vertragsordnung als Rechtsnorm*, D. R. 12 (1943), p. 753-761; HERSCHEIR: *Verhandlungen des 41 Juristentages*, Band II/E: *Streitgespräch, Zulässigkeit und Wirkungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Tübingen, 1956; LUKES: *Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, en *Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht*, Festschrift für Alfred Ilueck zum 70. Geburtstag, 1959, p. 459-493; MROCH: *Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen*, 1960 (con muy completa bibliografía alemana en p. VIII-XII, valorada críticamente en p. 5-7; aunque no recoge el trabajo de Lukes); DOSETTO: *Le condizioni generali di contratto*, 1951; MARZILLI: *Le condizioni generali di contratto*, Nueva R. D. comm. D. dell. ec. D. soc. 4, 5-8 (1951), p. 124-143; GENOVESE: *Le condizioni generali di contratto*, 1954; URÍA: *Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie*, R. D. M. 22, núm. 62 (1956), p. 221-241.

¿Las condiciones generales tienen valor de fuente de Derecho, ya sea como un nuevo poder jurídico o ya como usos mercantiles? Al intentar darles respuesta, no podré evitar, aunque sea "en términos de defensa", referirme repetidas veces a la posición doctrinal de un gran maestro (2), que ha creído deber censurar mi criterio de que las condiciones generales no son fuentes de Derecho objetivo (3). Mi respeto a su incuestionada e incuestionable autoridad, que para satisfacción de todos nosotros alcanza resonancia mundial, es precisamente el que me obliga a exponer las razones que me hacen mantener mi antiguo criterio y, al menos, todayía, a discrepar de su crítica. La segunda, aún más difícil, dice así: ¿Las condiciones generales aceptadas o firmadas por las partes, pueden exonerar al empresario de las obligaciones y responsabilidades impuestas por la ley, de modo que su peso recaiga tan sólo sobre el cliente?

Para completar la exposición se harán previamente unas consideraciones preliminares sobre las ventajas y los peligros de las condiciones, terminándola con otras sobre la conveniencia y posibilidades de una reforma legislativa, al objeto de regular debidamente esta materia.

Los resultados a que llego, y que voy a presentar a los lectores, no son los admitidos por todos, y no me hubiera atrevido quizás a mantenerlos en este momento, si no fuera porque ahora, en estos últimos años, están apoyados por un movimiento de opinión en Alemania que me atrevo a calificar de mayoritario. Lo que tiene especial relevancia, porque fué la doctrina alemana (una parte de ella) la que hace unos treinta años afirmó la naturaleza normativa de las condiciones generales, y cuyo ejemplo sirviera para autorizar la aceptación de esta teoría por la doctrina de otros países. Y porque, lo que tiene para mí mayor peso, cuento en mi abono con la autoridad, que nadie puede valorar mejor que los juristas, de don Felipe Clemente de Diego, que ya los defendiera como fundamento de uno de sus admirables dictámenes. En fin, he tenido la suerte de encontrar apoyo también en unas muy finas consideraciones de don Juan Castillo de Sotomayor, jurista insigne de la edad de oro de nuestro Derecho.

II. LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

1. *El concepto de condiciones generales.*

La figura de las condiciones o cláusulas generales de los contratos ha parecido de significado tan evidente, que los más de los autores se han despreocupado de su definición jurídica y se ocupan en poner de relieve sus notas de carácter sociológico.

(2) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, 1958, p. 25, nota 30.

(3) *Derecho Civil de España*, I, 1.^a ed. 1942, p. 274-276, 2.^a ed. 1949, p. 335-337, 3.^a ed. 1955, p. 371-374.

Sin pretensiones de salvar esta laguna, bastará a nuestro objeto con decir que se designan, como tales condiciones, a los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Mediante tales condiciones se eliminan "a priori" los tratos previos entre las partes; una de éstas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes.

Los especialistas han destacado también el propósito de simplificar la contratación y con ello conseguir ahorro de tiempo (4), el de procurar a la vez la unificación del sentido de cada cláusula (5), y subrayan, muy especialmente, la finalidad de fortificar mediante su empleo el poder de los empresarios (6).

La importancia de esta última nota explica o justifica que se atienda a las condiciones generales como una realidad sociológica digna de una especial atención por parte de la doctrina y de los tribunales de justicia (7). En una definición, que no se podrá tachar de parcial, se describen las condiciones generales de los contratos bancarios como: "un marco dibujado a gusto del Banco y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad" (8).

Dejando fuera de este estudio distinciones secundarias (9), importa separar claramente dos supuestos. Las que, entre nosotros, se han denominado las "condiciones generales de la contratación" y las "condiciones generales de los contratos en particular"; distinguidas en que, éstas sí y aquéllas no, son sometidas a la firma del cliente (10). Se trata, más que de unos diferentes tipos de condiciones generales, de la diversa función que a ellas se les atribuye o se les puede atribuir.

(4) El cliente no tiene otro papel que el de señalar la cantidad de la prestación deseada; en algún caso se dejará abierta la discusión sobre el precio.

(5) Aspecto que estima esencial HILDEBRANDT: *Ausserung des Vereinheitlichungswillens*, p. 327.

(6) En general, RAISER, p. 19; LUKES, p. 459-460.

(7) Como fenómeno anómalo y necesitado, por tanto, de una especial justificación o, en caso contrario, de su control o censura.

(8) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, p. 23.

(9) Se ha discutido sobre la posibilidad de distinguir las condiciones generales de los formularios. La niega LUKES, p. 459, n. 2. De hecho se trata de una cuestión terminológica. Cabe distinguirlos si se entiende por formulario la redacción hecha por terceras personas (p. ej., los que se vendían en los estancos para los contratos de arrendamiento, los formularios notariales) y que se ofrece como guía o modelo, base de los tratos, y que dejan abierta la posibilidad de modificaciones a propuesta de cualquiera de las partes.

(10) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, p. 25.

en cada caso (11). En un supuesto, las condiciones generales se consideran como declaración de un empresario, grupo o asociación, que establece las normas a que han de ajustarse sus contratos; en el otro, se refieren a un determinado contrato, en el que, mediante la aceptación presunta o la firma del cliente, las condiciones entran a formar parte de su contenido. Cada una plantea un problema especial: el primero, el de la posibilidad de considerar las condiciones generales como fuente del Derecho objetivo; el segundo, el del ámbito y límites de la autonomía de la voluntad y el de la renuncia a las leyes. Ellos merecen una separada consideración y estudio.

Aunque sea de paso, conviene señalar la distinción entre las condiciones generales establecidas por la Administración y aquellas otras redactadas por una empresa privada y aprobadas por la Administración. Las primeras tendrán eficacia especial cuando y en la medida en que la ley atribuya a la Administración poder reglamentario sobre la materia; en distinta hipótesis, no tendrán otro valor que el de las condiciones establecidas por un particular (12). Las aludidas en segundo lugar, no puede decirse, como parece haberse pensado, que reciban una consagración legal que las convierta en normas estatales. La aprobación administrativa significa que el correspondiente órgano administrativo no tiene nada que oponer a dichas condiciones generales, desde el punto de vista de los intereses por los que haya de velar; pero esta función de vigilancia, preventiva, no supone una delegación de facultades, que permita, sin más, elevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por un particular, ni que les dé eficacia para derogar las disposiciones legales que las contradigan (13).

(11) Unas mismas condiciones generales pueden ser alegadas respecto de un cliente que firmó un contrato que las incluía o se refería a ellas, y también respecto de otro cliente que contrató oralmente o mediante un documento en que no se habían insertado.

(12) Es decir, hay que distinguir entre la esfera de Derecho público, en la que jugará la consideración de servicio público, y los límites de la delegación de poderes, y la esfera de Derecho privado, en la que los privilegios de la Administración se reducen y no pueden ejercitarse a costa de las reglas generales de la contratación.

(13) Así, p. ej., la autorización de los modelos de pólizas y contratos de seguros, supone que ha habido un contraste oficial y que se ha entendido que no contiene cláusula alguna que "sea ilegal, ambigua o lesiva para los que contraten con la Sociedad" (art. 24 d), Regl. 2 febrero 1912; comp. arts. 16 y 17 de este Regl., arts 4 y 50 Ley de Ordenación de Seguros, 16 diciembre 1954, R. O. 23 octubre 1922); pero no impide que los tribunales sancionen cualquier cláusula ilegal que haya escapado a la inspección administrativa. Esta posibilidad no puede excluirse en la práctica. En Alemania, país de administración bien nouibrada por su celo y competencia, se han señalado casos de aprobación de modelos de contratos en que se contienen cláusulas contradictorias e ilegales; así lo refiere el profesor Möller (especialista en seguros): *Verhandlungen des 41 Juristentages*, p. 21. La jurisprudencia ha declarado nulas cláusulas de los Bancos y de Seguros (aprobadas previamente). HILDEBRANDT, *fd.*, p. 7. Nuestra Tribunal Supremo, con acierto y valentía, no ha dudado en considerar ineficaz una cláusula inserta en un billete de la RENFE. S. 4 julio 1953. Comp. también S. 29 marzo 1956. Comp., más bien en contra de lo dicho, notas de Polo

En fin, puede señalarse que no tiene importancia, a nuestro objeto, el supuesto de que las condiciones generales hayan sido aprobadas o pactadas por grupos o asociaciones de interesados, sean éstos representantes de los mismos o de encontrados intereses, ya que sólo entre ellos tendrán especial eficacia, y no respecto a la generalidad o del tercero que contrate con un determinado empresario, pues una y otro son ajenos a dichos pactos (14).

2. *Ventajas y peligros de las condiciones generales.*

En la discusión oral y escrita sostenida sobre las condiciones generales de los contratos, se ha tratado de hacer, desde puntos de vista opuestos, el balance de los beneficios y de los abusos que ellas entrañan. Aunque éste no pueda influir en la determinación del Derecho vigente, importa recordar los más repetidos razonamientos, para apreciar el alcance práctico de la cuestión y la conveniencia, en su caso, de proponer su especial regulación por la ley.

Se ha observado, que el régimen económico propio del capitalismo moderno lleva a desplazar el contrato individual, evitando el regateo y la discusión parsimoniosa de los antiguos mercados. Los contratos normativos (15), con sus fórmulas estereotipadas e impuestas, sirven a la rapidez de la circulación de bienes y a la racionalización de las explotaciones. Por ello, se admite en general su utilidad y hasta su conveniencia. La discrepancia surge cuando se pregunta si tales ventajas han de pagarse a costa de los clientes, confiriendo a los empresarios un poder ilimitado para conformar a su gusto y conveniencia el contenido de los contratos, sin consideración a las normas legales.

Representantes de los intereses de la industria, aun reconociendo que no son buenas todas las cláusulas de las condiciones generales, las defienden (16), haciendo observar: 1. Que dichas cláusulas no se establecen sólo para limitar la responsabilidad del empresario o para que éste obtenga ventajas injustificadas, sino también para regular una serie de cuestiones técnicas (17). 2. Que los Códigos han quedado anticuados y que el mismo legislador moderno carece de experiencia y de holganza para ocuparse en regulaciones tan detalladas como requieren las necesidades de cada rama de comercio (18). 3. Que con ellas se pro-

a. S. T. S. 13 diciembre 1934, 27 febrero 1942, R. D. Pr., 23, núm. 273 (1936), p. 243, y 26, núm. 308 (1942), p. 718-719.

(14) Aparte de su posible carácter de maquinaciones para suprimir la libertad de la contratación (monopolios).

(15) Conforme a la terminología distinguida por HUECK: *Normenverträge*, J. J. 73 (1923), p. 33.

(16) VON BRUNN (director de la Asociación de la Industria de Automóviles): *Verhandlungen des 41 Juristentages*, p. 17.

(17) SCHMIDT-LOSSBERG (consejero de la S. G. y colaborador en A. D. Sp.): *Verhandlungen des 41 Juristentages*, p. 8, que se refiere aquí a las condiciones generales de las casas americanas.

(18) SCHMIDT-LOSSBERG, *loc. cit.*, p. 8; RAISER, *íd.*, p. 24.

cura y logra claridad y unidad en la interpretación y aplicación de los contratos (19). 4. Que las limitaciones de las responsabilidades y obligaciones del empresario se compensan con la disminución del precio de la mercancía y con la posibilidad que le queda al cliente de cubrirse de riesgos mediante el seguro (20).

A estos argumentos se ha respondido: 1. Que la crítica hecha de las condiciones generales no pretende, ni mucho menos, su condena indiscriminada; ni niega su conveniencia, sino que se propone advertir de la necesidad de su control por los tribunales (20 bis). 2. Que la antigüedad e inflexibilidad de que se acusa a los Códigos amenaza también a los textos en que se recogen las cláusulas generales, y que en éstas pueden acarrear mayores daños todavía, dado el casuismo con que se redactan (21). 3. Que las condiciones generales, en la práctica, contienen reglas tan laberínticas y oscuras que ni siquiera un buen conocedor del Derecho logra entenderlas (22). 4. Que podría justificarse una irresponsabilidad especialmente pagada, pero no la irresponsabilidad impuesta y por la que, si acaso, se obtiene una mínima o imperceptible rebaja. El empresario, que puede calcular sus ventas de modo aproxi-

(19) HILDEBRANDT, A. C. Pr., 143, p. 327.

(20) SCHMIDT-LOESBERG, *loc. cit.*, p. 11, pone el ejemplo de la posibilidad que se ofrece a quien deposita en la consigna una maleta de abonar una pequeña cantidad (20 pf.) e de asegurarse. VON BRUNN, *loc. cit.*, p. 34, señala la diferencia que, conforme al precio de los coches, existe entre los plazos de garantía; de seis meses para casi todos y ilimitada en el tiempo para los Roll-Royce.

Existen cláusulas en las condiciones generales en las que el vendedor garantiza específicamente determinados requisitos de la cosa (buen funcionamiento, resistencia, duración), a las que habrá que interpretar de modo que refuercen la protección del comprador, y no, como se ha pretendido, para debilitarla. Sobre esta cuestión, ANGELONI: *Clausule di garanzie nella compravendita commerciali, Scritti giuridici*, 1956, p. 757, 787, 806 y ss.

Aunque se mencionan casi siempre las condiciones generales establecidas por los vendedores, no debe olvidarse las que imponen los compradores; p. ej., los que se dedican a la compra para reventa de materias primas.

(20 bis) En este sentido, LUITHELEN: *Einheitliches Kaufrecht und autonomes Handelsrecht*, 1956, que destacando la necesidad de su uso, para atender a la especialidad de los casos, pág. 53 ss., señala el peligro gravísimo de su abuso, p. 58 y ss.

(21) Muchas cláusulas se redactan pensando en supuestos excepcionales, de modo que el resultado obtenido es desmesurado y ajeno al propósito del autor de las condiciones generales. VON BRUNN, *loc. cit.*, p. 19; STOLDT (magistrado), *id.*, p. 31; MÜLLER, *id.*, p. 38, señala el peligro de la cristalización.

(22) Se ha dicho (por un magistrado): hay que proclamar con todo énfasis que las condiciones generales aparecen como un sistema astuto, que, aunque pueda justificarse, significa sorprender al afectado; pues quien firma una hoja de pedido se avergüenza de confesar que no entiende lo que dicen las condiciones generales; "no sabe que no las puede entender": "cuando vamos a firmar dicha hoja de pedido, cerramos ambos ojos, firmamos y pensamos: saldrá bien". STOLDT, *loc. cit.*, p. 12.

En Alemania se han escrito ya extensos y eruditos comentarios sobre ciertas importantes condiciones generales (seguros, expedición).

También se ha observado que sería injusto obtener la claridad (que favorecería a ambas) a costa de una sola de las partes. LUKES: *Gedanken*, p. 460-461.

mado, es a quien corresponde autoasegurarse; el cliente (que, p. ej., compra una máquina agrícola) no encontrará compensación en que el precio fuera algo menor, de no poder reclamar por recibir un aparato inservible (23).

Mas han sido consideraciones jurídicas, de justicia, las que hacen que las condiciones generales "sean vistas con creciente indignación y con inquietud por la práctica" (24). Y una corriente, que parece ya dominante en la doctrina científica y jurisprudencial, condena por razones de Derecho que las condiciones generales se utilicen como medios para que una clase fortalezca su poder, mediante el despojo de garantías jurídicas, a quienes contratan con uno de sus privilegiados miembros (25). Por ello, parece que el estudio de la eficacia de las condiciones generales deberá de centrarse jurídicamente, y en las cuestiones que plantea el Derecho vigente.

III. ¿LAS CONDICIONES GENERALES SON FUENTE DEL DERECHO?

I. ¿Constituyen una nueva fuente de Derecho?

Un grupo minoritario de autores, algunos de indiscutible autoridad, ha sostenido que las condiciones generales de los contratos constituyen una fuente de Derecho, que crean Derecho objetivo, ya sea completando o ya sea desplazando los preceptos legales (al menos los de Derecho dispositivo). Posición un tanto singular dentro de la doctrina general (26), y de la que sobre todo entraña lo pobre y confuso de la argumentación que se ha utilizado para fundamentarla (27).

Dos frases se han usado como lema de esta dirección teórica. Una, referida al origen de las condiciones generales, la que las califica de "Derecho autónomo de la Economía" (28); y otra, que atiende más a

(23) HILDEBRANDT (abogado independiente de Berlín), A. C. Pr., 143, p. 347; *Verhandlungen*, p. 5. Ya DEMOGUE, V, p. 455-459. Comp. MROCH, p. 67 y ss.

(24) LUKES: *Gedanken*, p. 461-462; MÖLLER: *Verhandlungen*, p. 39; RAISER, ídem, p. 40 y 41 (ya en *Das Recht*, p. 289 y ss.).

(25) LUKES: *Gedanken*, p. 461-462; RAISER: *Verhandlungen*, p. 40; LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Allgemeiner Teil, 1957, p. 77; von HIPPEL: *Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrecht*, 1957, p. 26-27.

(26) Como se advierte en seguida, observando lo dicho en los tratados jurídicos sobre fuentes del Derecho.

(27) Quizás por considerar evidentes sus razones, no se manifiestan o desarrollan.

(28) La frase corresponde al título de la obra de GROSSMANN DOERTH: *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft*, 1933. También se ha hablado de un Derecho comercial autónomo: RABEL: *Das Recht des Warenkaufs*, 2.^a ed., 1947, I, p. 37, 49; LUTHLEN: *Einheitliches Kaufrechts und autonomes Handelsrecht*, 1956. Sobre el alcance que se le ha pretendido dar, CASTRO: *Las leyes nacionales, La autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta*, A. D. C. XI, 4 (1958), p. 1029.

MOSA piensa en un Derecho comercial que se transforma en Derecho de la economía, en ordenamiento jurídico de las empresas organizadas. *Nueve*

la forma en que se manifiestan, en la que se les consideran "Ordenamiento jurídico preestablecido" (29). Ellas han servido de lema y de amparo teórico a la calificación de las condiciones generales, como otra, o la nueva otra, fuente del Derecho mercantil, al lado de la ley y de los usos (29 bis).

¿Existe un Derecho autónomo de la Economía? La contestación afirmativa parece un postulado sin demostrar, si se entiende por tal Derecho una norma creada por hombres o grupos al servicio de intereses económicos y que, a pesar de no ser reconocida ni admitida por las disposiciones del Estado, es considerada como tal norma jurídica por la comunidad e impuesta en esta consideración por la administración de Justicia. Nadie ha negado la importancia social de las necesidades e intereses económicos, ni su influjo, a veces decisivo para la regulación jurídica. Otra cosa es valorar la economía como el motor preponderante o único del Derecho (30), sobre lo que muchos discrepanos. Y también ha de distinguirse, de una y otra teoría, el aserto según el que ciertos hombres (empresarios) o grupos (asociaciones de aquéllos), por su condición de industriales o financieros, han conquistado el poder de crear e imponer Derecho objetivo (31). Esta última

Trattato di Diritto commerciale, 1942, cap. II, cita de MARZILLI, *loc. cit.*, p. 130. Comp. lo dicho después en nota 37.

(29) Así, quizás, pueda traducirse "fertigen Rechtsordnung"; se dice procede del profesor Herschel (VON BRUNN, *Verhandlungen*, p. 35); siendo recogida después por la jurisprudencia, en 1942, "fertig daliégenden Rechtsordnung".

(29 bis) GARRIGUES, *Tratado*, I, págs. 132, 166, "Curso de Derecho Mercantil", 1945, I, p. 115-117.

(30) La moda de la concepción económica de la vida (explicable como reacción frente al anterior desconocimiento de los factores económicos) ha sido acogida sin mayor reflexión en la literatura jurídica. Se ha dicho: "El jurista es un servidor de la economía". RIEBERT: *Aspects juridiques du capitalisme juridique*, 1946, p. 50. El contrato se ha calificado diciendo: "el cual constituye el instrumento, que el Derecho superestructura de la Economía, ofrece a ésta para poner a la protección de aquél, un mismo y único fenómeno económico". Sentencia Tribunal Supremo 12 noviembre 1959. En contra, el mismo RIEBERT: *Les forces créatrices du Droit*, 1955, p. 46; DE DIEGO, *Dictámenes*, II, p. 604.

No habrá que decir que esta dirección es rechazada por quienes entienden que el Derecho tiene sus propios criterios de valoración (Derecho Natural, Justicia) y por los que consideran que la realidad histórica es autónoma, se causa a sí misma, ORTEGA y GASSET: *Una interpretación de la Historia Universal*, 1959, pág. 307.

(31) Puede dudarse si cabe atribuirle este sentido a las frases en las que se razona la afirmación de que las cláusulas generales se convierten en normas objetivas del Derecho, como "posición realista, que enfoca el problema no como una cuestión teórica, sino como una cuestión de poderes o de física social", a la que se contrapone "la opinión romántica de quienes protestan contra el predominio de las grandes empresas a través de las condiciones generales. Así DE CASTRO (Derecho civil de España, I, 1949, p. 355), cuando critica la existencia de un nuevo poder jurídico extraestatal, en contra de la aspiración del Estado al monopolio jurídico; a quienes consagraron jurídicamente la prepotencia económica de los industriales, comerciantes y banqueros y de sus agrupaciones sobre el resto del pueblo, quedando sometidos a sus decretos sus forzados clientes", GARRIGUES, *Contratos bancarios*, p. 25. n. 30.

afirmación es la que interesa a nuestro objeto, por ser la única que podría justificar la existencia de esa nueva pretendida fuente del Derecho (32).

La doctrina de las fuentes del Derecho no ha podido admitir que, de ese modo, se derrumbe la estructura del ordenamiento jurídico, y que ello sirviera, además, con una frase, sin una especial justificación jurídica y sociológica. Pues no puede desconocerse que el Estado de Derecho, en sus reglas constitucionales o fundamentales, es incompatible con la atribución a los empresarios de un privilegiado poder normativo. Tal poder legislativo, en favor de una clase, supone una previa subversión real de la organización política jurídica, de máxima trascendencia, cuya existencia no se prueba y respecto a la que todo induce a creer que no se ha producido ni se producirá.

Se menciona, a menudo, a la física social (33) y a la sociología jurídica (34), y se hace referencia al "apetito" de poder de los empresarios (35) como explicación y característica del fenómeno de las condiciones generales. El empuje, más o menos organizado, de grupos de financieros, industriales y comerciantes, para conseguir privilegios a costa de otros grupos y clases, incluso de las prerrogativas más específicas del Estado, es ciertamente una realidad. La pretensión de una clase social de gozar de poderes legislativos con los que regular su vida interna o para vincular a los demás, es un fenómeno que se repite en la Historia; pero que aquí no ha triunfado (al menos todavía) —y esto puede afirmarse como un hecho— respecto de las condiciones generales. La frase "legislación autónoma de la época" (36) no puede, por tanto, entenderse en sentido técnico. No hay un Derecho de la Economía (37), fuera del Estado, que las convierta misteriosamente en De-

(32) Como fuente nueva y distinta aparece en todos aquellos autores que la colocan al lado de la ley (semejante a ésta), de la costumbre y de los usos, con los que se dice ofrece analogía, pero con los que no se le identifica.

(33) GARRIGUES, *Contratos bancarios*, p. 5, n. 30; *Tratado de Derecho mercantil*, I, 1.º 1947, p. 165, n. 30 (donde se refiere a la relación entre ley y costumbre).

(34) RAISER, *Das Recht*, p. 85; HILDEBRANDT, A. C. Pr. 143, p. 328; PALANDT, *Bürgerliches*, G. B., ed. 1952, pág. 266; BLOMEYER, *Allgemeine Schuldrecht*, 2 ed. 1957, p. 87. Posiblemente no se quiere decir más que, "de facto", se trata de reglas con la apariencia de normas objetivas (ajenas a los contratantes); comp. ESSER, *BGB Schuldrecht*, 1949, p. 28; DOSSETTO, *Le condizioni generali di contratto*, págs. 14-15; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 1948, p. 10 (que los califica de "contratos normativos" o mejor de "acuerdos normativos"), "Manual de Derecho civil e comercial", 1952, I, § 4, 21, p. 81-82.

(35) Que se cita como una característica de las condiciones generales: "Machtverstärkungstreben", HILDEBRANDT, *Das Recht*, p. 328; RAISER, *Verhandlungen*, p. 25.

(36) Recogida por GARRIGUES, *Contratos bancarios*, p. 22.

(37) En general parece olvidarse aquí que el Derecho de la economía es un Derecho del intervencionismo del Estado y que tiende a desplazar la actuación libre de comerciantes e industriales. También se ha dicho con autoridad y energía que la época de la economía, de la técnica, han sido superados en la época actual, del átomo y la automación. HEDEMANN, *Das Wirtschaftsrecht*.

recho objetivo. No existe una autonomía originaria ni conquistada en favor de los empresarios.

Hubo un momento de vacilación en la doctrina alemana, ello es cierto, en el que pudo creerse que iba ganando terreno la opinión favorable al carácter de Derecho objetivo de las cláusulas generales (38). Mas ahora parece totalmente abandonada en Alemania, por la doctrina, por los prácticos y por la jurisprudencia (39). Lo que parece lógicamente necesario, ya que las condiciones generales carecen de los caracteres internos y externos de la norma de Derecho objetivo (39 bis). La despreocupación por el bien común y el escándalo del abuso cre-

Rückblick und Abschied, Beiträge zum Arbeits-Handels- und Wirtschaftsrecht, cit., p. 411.

Cuestión distinta es la afirmación de la existencia de un Derecho mercantil autónomo, basado en los usos comerciales, comp. obras citadas antes en nota 28.

Sobre la concepción del Derecho de la economía, como Derecho de la economía dirigida e intervenida por el Estado, RUBIO, *Sobre el concepto de Derecho Mercantil*, R. D. M. 12 (1947), págs. 353-359. HEMARD, *L'Economie dirigée et les contrats commerciaux (Études offertes à G. Ripert)*, II, p. 341 sgs.

(38) Además de GROSSMANN DOERTH, *loc. cit.*, p. 6 sig. y en J. W., 1929, p. 3447, J. W. 1930, p. 3724; HERSCHEL, D. R. 1942, p. 753; BERNHARDT, D. R. 1942, p. 1171.

(39) Los representantes de la industria en la 41 Jornada Jurídica (Tubinga) se mostraron decididamente en favor de mantener la clara distinción entre negocio y fuente jurídica: Las cláusulas generales, se dice, se aceptan en cada negocio jurídico y sólo en casos aislados de modo tácito; es peligroso hablar de que ellas creen Derecho objetivo, pues no es cierto que esos grupos sociológicos sean creadores de Derecho estatalmente reconocido, MÖLLER, págs. 22-23. Que, en los círculos industriales a los que pertenece, nadie aprueba la doctrina del "fertigen Rechtsordnung", y que en ellos se piensa que las cuestiones sobre las cláusulas generales se han de resolver conforme a las disposiciones del Código civil sobre los contratos VON BRUNN, p. 35. RAISER, por su parte, dice que cuando vió que había sido recogida por el R. G. el concepto del Ordenamiento jurídico pre establecido, se quedó esparcido, y más todavía al ver lo que los autores deducían de ello; me alegra, añade, que el R. G. haya dado marcha atrás, *íd.* p. 28.

LÜKES afirma sin reparos, que la opinión de que las condiciones generales son normas jurídicas es hoy rechazada de modo decisivo ("wohl überwiegend abgelehnten Meinung", p. 476, citas de jurisprudencia y autores en n. 67. MROCZ, p. 8, 9, 11. En Italia, GENOVESE, págs. 336, 37. En Francia, JOSSEMAND, *Cours de Droit civil*, 1933, II, §§ 32, 400, págs. 20, 206. CARBONNIER, *Droit civil*, 1957, II, p. 332. Criterio que es el del legislador italiano al requerir el conocimiento de las condiciones generales por la otra parte o que ésta debiera conocerla usando de la ordinaria diligencia y el que impone para que las más importantes, la aprobación por escrito del cliente, art. 1341 LARENZ, *loc. cit.*, p. 77. En España: Derecho civil de España, citas en N. 3; URÍA, *Reflexiones*, p. 233. Derecho mercantil, 1958, p. 19. La jurisprudencia del T. S. mantiene este criterio al aplicar a las condiciones generales las reglas de interpretación de los contratos; pues no sólo no tiene en cuenta la voluntad de quienes las redactan, ni sus intereses, ni su finalidad, si no que les aplica el art. 1.288, citas en nota 91. Comp. sin embargo, VON BRUNN, *Verhandlungen*, p. 36, que todavía propone que el juez tenga en cuenta el pensamiento que llevó a dictar las cláusulas generales (aunque lo hace para evitar que se extienda su aplicación en contra del cliente respecto a supuestos no pensados).

(39 bis) En cuanto dictados en provecho de una de las partes les falta "el motivo de la Justicia" esencial para las reglas jurídicas, LÜKES, *loc. cit.*, p. 476-477 y citados en nota 71.

ciente de la prepotencia económica había merecido ya la condena de la opinión pública. Su desconexión con el sistema de fuentes de Derecho del ordenamiento jurídico, convence a los tribunales de que no pueden dar valor de Derecho objetivo a las condiciones generales y de que habrán de aplicarlas como mero (posible) elemento integrativo de los contratos, sometidas, por tanto, a las leyes y al control judicial (40).

Este criterio, hoy dominante, no parece haber tenido dificultades para imponerse. La anterior desviación doctrinal, influyente en unos momentos de atomía científica alemana, apenas ofrecía la sombra de un argumento científico (41). Se dió mucha importancia a la forma de las condiciones generales, tan semejante a la de la ley (imperativa, articulada, general y abstracta); pero, aparte de que lo accidental no es causa de lo esencial (el hábito no hace al monje), con razón se observa que esas mismas notas se encuentran en contratos individuales; estatutos de una sociedad, reglas del contrato de suministro, por ejemplo (42). Más valor se le concedió entonces al proceder del Tribunal del Imperio, que entendió era de su competencia interpretar las condiciones generales, cuando éstas eran aplicables en un ámbito mayor al del distrito del tribunal de apelación. Para ello se partió de aquella supuesta analogía entre ley y condiciones generales (43) y, para justificar tal resultado, se insiste en una supuesta similitud basada en el ámbito de aplicación de una y otras, al exceder del de un distrito judicial (44). En la práctica, el Tribunal del Imperio no mantuvo sobre ello siquiera un criterio uniforme (45) y, doctrinalmente, su argumen-

(40) La opinión criticada supone ahora una gratuita ayuda a los grupos de presión que aún sigan con aspiraciones de "imperium", prestando una apariencia científica legitimadora, al apetito de mayor poder (de *S. M. el Empresario*, MROCH, p. 4).

Se ha dicho de modo inmejorable: "Llegar a atribuir a las condiciones impuestas por una sola empresa, por grande que sea su predominio y extenso el círculo de sus clientes, virtud y condición de fuente del Derecho, no parece, en modo alguno, admisible. Si inmenso es ya el poder, casi omnímodo, de las grandes empresas mercantiles e industriales, no incurramos los juristas en el error de cubrir con el manto del Derecho objetivo los posibles abusos del contratante más fuerte, no valoremos demasiado esas exigencias de la Economía con que se viene justificando hoy no pocas desviaciones". URÍA, *loc. cit.*, p. 234.

(41) Compárese el apartado que en las últimas ediciones le dedica LEHMANN: *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 9.^a ed., 1955, págs. 25-27; también *Recht der Schuldverhältnisse (Ein Lehrbuch von Ludwig Eneccerus)*, 1950, p. 111.

(42) HILDEBRANDT: *Das Recht*, p. 327; CARBONNIER, II, § 100, p. 343.

(43) Se aplica § 549, Z.P.O., que dice: "La casación sólo puede darse contra las sentencias que hayan infringido una ley del Imperio o una ley cuyo ámbito de aplicación se extienda más allá del distrito del tribunal de apelación."

(44) Usándose las frases, luego tan repetidas, de: "semejantes a las disposiciones legales"; "apenas se pueden considerar como puros convenios, sino que más bien representan la sumisión a un ordenamiento jurídico ya pre establecido".

(45) En otras resoluciones el Tribunal se ha planteado la cuestión no desde el punto de vista de la infracción de las condiciones generales, sino desde el de la infracción de las normas de interpretación. SCHÖNKE: *Derecho procesal civil* (trad. Prieto-Castro), 1950, p. 320. Comp. BOULANGER, II, § 459-460, p. 178-179.

tación es inoperante, supone una inversión de términos (46), pues se da por probada la semejanza substantiva, que es lo que previamente se hubiera debido demostrar (47). Esta doctrina jurisprudencial, por otra parte, ha llevado a resultados criticables (48).

En conclusión, parece resultar de todo lo dicho que, sociológica y jurídicamente carece de viabilidad la tesis de que las condiciones generales tienen naturaleza de nueva e independiente fuente del Derecho (49). Como ya vimos, en su misma patria de origen ha sido abandonada por inexacta, peligrosa e insatisfactoria.

2. *Las condiciones generales como usos mercantiles.*

Desechada la posibilidad de insertar, entre las tradicionales fuentes del Derecho, una nueva e independiente, deducida sin más de las aspiraciones de prepotencia de una clase y sin otros fundamentos que las ideas nebulosas de un Derecho autónomo de la Economía, se le ha buscado acomodo a las condiciones generales de los contratos entre los usos comerciales (50). Lo que se ha hecho, sea considerándolas como una forma de manifestarse los usos (51) o diciendo que "se asemejan al uso mercantil normativo", al uso en la fase que se ha llamado de "la objetivación generalizadora" (52).

No ha podido ocultarse a quienes consideran usos mercantiles las condiciones generales, la necesidad de contrastarlas con las notas pro-

(46) Encerrándose en un círculo vicioso: las condiciones generales son análogas a la ley, porque su indebida interpretación da lugar a la casación; la infracción de las condiciones generales es causa de recurso de casación por su analogía con la ley.

(47) No debe olvidarse, además, la corriente que defiende la facultad del Tribunal del Imperio para fijar la interpretación de los negocios jurídicos. DANZ: *La interpretación de los negocios jurídicos* (trad. Roces), 1931, p. 238 ss.

(48) Así, cuando entiende que para la interpretación hay que atenerse al significado típico y desatender las especiales circunstancias del caso particular.

(49) La teoría criticada supondría que el Estado se despojaba —o se resignaba al despojo— de una parte de su soberanía; que se permitía una nueva desigualdad político-social, por la que la condición prepotente de los empresarios reducía al vasallaje a los demás ciudadanos. De otro lado, supone la colaboración activa del Estado, al que se le pide que, a tales efectos, ponga al servicio de aquéllos su aparato de coacción. La posibilidad de represalias y de una propia organización coactiva propia, de las asociaciones de empresarios, no ha sido planteada.

(50) No se ha defendido abiertamente, parece, que constituyan una costumbre de carácter independiente (Derecho constitucional en sentido estricto). Ello se explica por faltarles los requisitos propios de la costumbre. El uso, en cambio, no los precisa, porque basta la remisión hecha en su favor por la ley. Comp. NIPPERDEY, *loc. cit.*, I, 1, p. 167.

Entre los autores modernos, sin embargo, se da al uso normativo el significado que corresponde al Derecho constitucional o costumbre independiente.

(51) LEHMANN, *loc. cit.*, p. 26; BLOMEYER, *loc. cit.*, p. 87; LUITPOLD, p. 41 y ss., los allí citados; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ: *Fundamentos de Derecho mercantil*, I, p. 50.

(52) GARRIGUES: *Tratado*, I, p. 170; *Contratos bancarios*, págs. 24-25; LANGLE: *Manual de Derecho mercantil español*, I, 1950, p. 255.

pias de la costumbre y de los usos. Precisamente, don Felipe Clemente de Diego, a quien me he referido ya al comenzar este discurso, en un célebre dictamen sobre la cláusula de cuenta corriente de efectos, usada por parte de la Banca de Cataluña, había dicho: "El proceso consuetudinario es harto complejo para que se pueda, sin más ni más, es decir, sin hondo y detenido análisis, dar por establecida y legítima una costumbre, siquiera sea local o regional. En efecto, implica aquel proceso productivo de la costumbre, fuente del Derecho, dos cuestiones capitales: su existencia y legitimidad, tan ligadas entre sí que suelen confundirse y apenas pueden distinguirse; y bien que la existencia sea materia de constatación y prueba, al fin eso presupone que lo que se constata y prueba fehacientemente sea una costumbre propiamente dicha y no simplemente un uso social o convencional, que exige sometimiento expreso o tácito de los interesados y carece de la fuerza vinculante imperativa de aquélla. La costumbre revela, por su propia naturaleza, una convicción jurídica manifestada en hechos más o menos reiterados, expresión del más común sentir de la generalidad en casos de Derecho, y su precipitado es una norma jurídica que se sobrepone a las voluntades particulares como la ley misma." Aplicando este criterio, el mismo maestro rechaza que la práctica bancaria referida pueda estimarse uso normativo, porque es dudoso que ella responda "al sentir jurídico de la región o sólo de una minoría, que no puede imponer la ley a los demás, sino es más bien expresión unilateral de la voluntad de una de las partes contratantes, la de los banqueros, en contradicción con la voluntad y sentir de los clientes, metidos en tal operación por desconocimiento de sus efectos o sin conocer su trascendencia", y porque "aun dando por supuestas y despejadas estas dudas en sentido afirmativo, abrigamos la convicción, que creemos fundada, de que tal práctica no es buena ni justa, y no tiene, por tanto, condiciones de viabilidad" (52 bis). Respecto de los usos, se afirma autorizadamente por otros autores que son de nacimiento anónimo, de aplicación espontánea y limitados al ámbito social que los crea (53).

¿Cómo, entonces, se ha podido considerar que las condiciones generales son usos comerciales?

Las características de unas y otros son precisamente antagónicas. Elaboradas las condiciones por especialistas, en las asesorías de las grandes empresas, son impuestas a los clientes, que las ignoran primero y las soportan después, obligados a ello por la desigualdad económica.

La explicación de que nazca la dirección teórica criticada puede encontrarse en que la dificultad que se acaba de señalar había quedado

(52 bis) DE DIEGO: *Dictámenes jurídicos*, 1958, II, págs. 613-614.

También se señala la dificultad y lo singular del supuesto de que unas condiciones generales lleguen a convertirse en uso comercial. MROCH, pág. 8.

(53) MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, I, 1952, páginas 18-19. El § 346 H. G. B. se remite al uso entre comerciantes. También NIPPERDEY, I, 2, p. 693, núm. 19. Sobre Derecho consuetudinario puede compararse lo dicho en *Derecho civil de España*, 1955, I, p. 404 y ss.

oculta. La antigua doctrina mercantilista se despreocupó de los usos extracontractuales —los más típicamente normativos— para atender a los convencionales, como si fueran éstos los únicos usos mercantiles. Sobre tal base, fijada la atención en el proceso que lleva de la cláusula de estilo o habitual al uso interpretativo, se ha podido pensar modernamente en la posibilidad de una nueva etapa, en la que aquélla se convierte en uso normativo. De ese modo y manera, se llega a la creencia de una evolución, que se formulará en forma de ley histórico-sociológica. Nacido en el seno de la contratación se dice, el uso tiende a convertirse en norma objetiva, hay un fenómeno de transformación de la cláusula contractual en norma contractual. En una primera fase, ciertas cláusulas se han convertido en usuales, en especial por la contratación en masa de las grandes empresas. En una segunda fase, la cláusula, por ser tan repetida, se sobreentiende y deviene cláusula de estilo. En la tercera y última fase, la cláusula típica se aisla de la voluntad de las partes y se traduce en norma objetiva del Derecho (54).

Esta reconstrucción del proceso genético de los usos mercantiles puede ser utilizada como hipótesis de trabajo. No como tesis ya comprobada. La Historia no parece darle su aval (55). Deja sin explicar

(54) GARRIGUES: *Tratado*, I, 1, p. 147-148.

(55) No se aducen pruebas del paso, desde la utilización de las cláusulas más ordinarias como uso interpretativo, a la conversión en uso normativo. No se sabe cuándo y cómo ello ocurriese, ni antes ni después de la Codificación. Los Códigos mercantiles, siguiendo la doctrina científica dominante en su época, dieron eficacia jurídica a los usos respecto a la contratación, pero sólo a los convencionales y no a los normativos. Después, se impide el nacimiento de usos normativos para el contenido de los contratos (especialmente sobre las cláusulas de exoneración y similares, que son las que aquí más importan) por la preferencia dada al Derecho codificado (preceptos de Derecho positivo) sobre los usos. La misma situación se encuentra en el Derecho inglés. "Toda costumbre en Inglaterra, se nos dice, se inclina ante los términos expresos de una ley, y esto es también nuestra costumbre." WORTLEY: *Mercantile usage and custom*, Zaus i. P. R. 24 (1959), 259.

Otra dificultad no superada —a la que también se aludirá después— se encuentra en la conversión de las condiciones generales en uso convencional: pues su propia naturaleza (en cuanto portadoras de cláusulas vejatorias) lo impedirá: no puede presumirse respecto de ellas el consentimiento del cliente.

Quizá parte de la confusión que existe en esta materia, resulte de olvidar los cambios experimentados por el Derecho mercantil y no distinguir con cuidado sus distintas épocas. Este Derecho nace de las costumbres y usos de los mercaderes, como regulación de su vida gremial o profesional. La Codificación, que pondrá término a los fueros especiales, acaba con la autonomía corporativa de los comerciantes. Los Códigos convierten en ley ciertos usos normativos y se remiten a ellos en los puntos concretos en que resulta práctico dejar su regulación al uso local. Respecto a la contratación, se afirma el principio de la libertad de contratar, que lleva a excluir los usos normativos sobre los contratos. Se admiten los usos interpretativos por no ser ellos Derecho objetivo, por considerarse expresión tácita —implícitamente aceptada— de la concorde voluntad de las partes. Hoy, desaparecida la jurisdicción mercantil, arrumbada la estructura profesional independiente del comercio, regulado éste de modo creciente por la ley y aumentando en importancia la relación de los industriales con su clientela en la misma proporción en que ha disminuido la de las relaciones

el salto de lo convencional a lo normativo. Una cláusula de estilo puede suprimirse o modificarse. La cláusula presunta depende de la voluntad tácita de los contratantes. Para que se produzca el cambio radical de naturaleza que la haga obligatoria, desentendiéndose de la voluntad de las partes, se requieren unos nuevos factores, distintos, no en cantidad, sino en calidad. Metamorfosis que, en las condiciones generales, significa elevarlas a la categoría de Derecho imperativo contractual (tal y como el que existe para el matrimonio); se puede o no concertar la venta, mas perfeccionada ésta, se nos dice que se aplicarán necesariamente las condiciones generales (inderogables por definición).

Dejando constancia de que los razonamientos antes recordados no bastan para salvar la dificultad que encuentra la doctrina, al intentar incluir las condiciones generales dentro de los usos, pues sólo se le aleja y difumina, parece llegado el momento de salir —por ahora al menos— de estos laberintos teóricos, en los que la doctrina mercantilista nos ha metido, y de ocuparse del significado práctico que tiene el considerar las condiciones generales como usos comerciales.

Para claridad de la exposición, de la que tan necesitada está esta materia, en la que las complicaciones parecen multiplicarse sin cesar, nada servirá mejor a este fin que tener presentes un par de casos, tomados de la práctica.

Entre las condiciones generales de venta establecidas por una casa inglesa de construcción de máquinas agrícolas, se inserta una cláusula diciendo: "Se excluye al respecto toda responsabilidad, garantía, legal o implícita, de esta Casa". El comprador de una trilladora se encuentra con que ha recibido una máquina inservible (56).

Una firma dedicada a la venta al por mayor de huevos, ha redactado las condiciones generales para sus operaciones, incluyendo una cláusula del siguiente tenor: "Las reclamaciones por defectos sólo se admitirán cuando el envío esté todavía en su envase original, con la única excepción del 10 por 100 destinado a prueba. En cuanto se haya comenzado un envío se entiende haber sido aprobado y aceptado". Un comerciante al por menor adquiere veinte cajas (de cien huevos cada una) para la reventa, y vende en seguida cinco cajas a varios clientes;

específicas entre comerciantes, no hay razón para entender que los usos hayan salido de la situación secundaria en la que les colocaran los Códigos mercantiles.

Lo dicho contradice una concepción romántica del Derecho mercantil muy arraigada entre los tratadistas y que lleva a afirmaciones frente a las que caben las antes señaladas reservas. Se ha dicho: "Según estos autores (mercantilistas franceses del siglo pasado), el uso es la gran ley, y así podría decirse la única ley del comercio que prevalece no sólo sobre el Derecho civil, sino también sobre el Derecho mercantil cuando el uso es muy antiguo y perseverante. Esta es la concepción que recogieron los Códigos de Comercio del pasado siglo, y entre ellos el Código español vigente". GARRIGUES, I, 1, págs. 144-145.

Sobre la Historia del Derecho mercantil español, RUBIO: *Sáins de Andino y la Codificación mercantil*, 1950, pág. 77 y ss., p. 105.

(56) Caso *L'Estrange*, v. GRANCOB (1934); MELVILLE: *The core of a contract. The mod. L. R.* 19, 1.^o (1956), p. 26.

al protestar éstos, se descubre que el resto de los huevos están dañados o podridos (57).

En el caso de que las cláusulas transcritas estuviesen consignadas en los contratos firmados por los vendedores, no habría por qué traer a colación los usos; formarían ellas parte del contenido del contrato y la cuestión que suscitan, límites de la autonomía de la voluntad, requiere y será objeto de especial y posterior estudio. La revaloración de las cláusulas generales como usos importa en los casos en que los compradores no las firmaron o aprobaron, porque se trató sólo sobre cantidad, clase y precio de la mercancía. En este supuesto, los compradores se han de preguntar: ¿podemos ejercitar las acciones que nos conceden las normas legales, a causa del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de los vendedores? Si consultan a sus abogados, éstos habrán, a su vez, de preguntarse previamente: ¿podrán ejercitárlas, si las cláusulas mencionadas hubiesen logrado valor de uso mercantil?

La magnitud del problema que así se presenta no se percibe al plantearse de modo abstracto, como en general se ha hecho. Para apreciarla en todo su volumen habría que atender a cada una de sus variadas posibilidades concretas.

La primera interrogante que nos sale al paso es la siguiente: ¿existe o puede nacer un uso mercantil, conforme al cual las condiciones generales, todas y cualesquiera, se impongan como obligatorias al posible cliente, por el solo hecho de esa su naturaleza de condiciones generales? La respuesta afirmativa entrañaría consecuencias de extrema gravedad. Supondría haberse entregado a los empresarios un poder que excedería de los que antes tuvieran los grupos autónomos, pues las normas que cada empresario dictase se impondrían a personas extrañas a su clase o grupo. Poder que difícilmente podría otorgar un uso comercial, pues afectaría su concesión al Derecho público, a las reglas constitutivas del ordenamiento jurídico.

Menos inaceptable parecería dicha respuesta si se entendiese el uso referido a una serie indeterminada de empresarios, los de una rama en su totalidad o mayoría; es decir, cuando ellos utilizan unas mismas condiciones generales de modo uniforme o continuado. Este supuesto exige preguntarse si, para el nacimiento del uso, se ha de tener en cuenta la voluntad de la clientela, la valoración que ésta da a su propia conducta. No es lo mismo sometimiento que aquiescencia. En los ejemplos antes utilizados, no es tampoco igual que los compradores no protesten (por saberlo inútil), al conocer la existencia de las condiciones generales (o incluso que las firmen sin exteriorizar su desagrado), que el que llegado el momento crítico de recibir la máquina que no funciona o los huevos incomestibles, la reclamación se estime ineficaz, a causa de lo corriente de dicha cláusula de exoneración. Para que el uso normativo pueda entenderse consolidado se requiere, primero, que las empresas no atiendan las peticiones de los compradores, alegando

(57) LUITHELEN, *loc. cit.*, p. 59.

la vigencia de las cláusulas, después que las acciones de estos últimos ante los tribunales sean repetidamente rechazadas; de modo que el proceder de la administración de justicia sea tal, que convenza de que las condiciones generales se consideran como normas impuestas por un uso firme y lícito, que no necesitan para su eficacia de la aceptación de los compradores perjudicados.

En fin, habría que considerar el supuesto de las condiciones generales establecidas por un solo empresario. Parece entonces muy difícil imaginar la manera y los medios adecuados para conseguir su potenciación hasta convertirlas en uso mercantil. Cabe pensar que se llegaría a formar sobre ellas un uso de los llamados individuales, es decir, respecto de cada cliente, limitado a aquel que, en anteriores negocios, se sometiera continuadamente a dichas condiciones. No, en cambio, un uso que se haya creado y pueda referirse a la generalidad de la clientela; por ejemplo, también al que por primera vez adquiere una máquina o unas cajas de huevos, desconociendo la existencia de las condiciones.

La aplicación de la doctrina del uso, tan enredada, se puede simplificar, si se mantienen bien separados los dos tipos de usos, los normativos y los convencionales o interpretativos (58). Ello permitirá entender mejor la regulación de nuestro Derecho positivo.

En nuestros tan utilizados ejemplos, la situación jurídica de los compradores será muy distinta, si se entiende que las cláusulas discutidas están amparadas por un uso normativo o por un uso interpretativo. El uso normativo impondría las cláusulas de exoneración como si se tratase de un mandato legal; los compradores, por tanto, quedan obligados por ellas, aunque hubiesen ignorado su existencia, aunque toda su conducta haga pensar que no fueron tomadas en cuenta y que, de conocerlas, se hubieran negado a aceptarlas. En cambio, con el uso interpretativo estamos ya fuera del Derecho objetivo; sirve el uso de elemento de hecho para averiguar o integrar la probable voluntad contractual; los compradores podrán oponerse eficazmente a la aplicación de las cláusulas, alegando desconocerlas o no haberlas consentido; para lo que bastará, p. ej., señalar la falta de general publicidad de las condiciones generales, la conducta de uno o ambos contratantes, coetánea o posterior al contrato (art. 1.282 C. c.), entender que se trata de una carga tan onerosa para el comprador, que no se puede presumir la aceptarse (art. 1.253 C. c.) y tan anómala como contraria a la natural reciprocidad de intereses (art. 1.289 C. c.).

Ciertos autores, dentro y fuera de España, han creído poder prescindir de la referida distinción entre los usos. Lo que les lleva, en el

(58) Más exacto sería decir: usos a los que se atribuye una función reguladora o una función interpretativa. *Derecho civil de España*, loc. cit., páginas 431-435; también GARRIGUES: *Tratado*, I, 1, p. 163. LANGLE denomina, además, "legislativos" a los normativos, loc. cit., I, p. 245.

fondo, a eliminar una de las funciones de los usos, la normativa (59) o la interpretativa (60). En la doctrina que ahora importa considerar se ha defendido con brillantez la falta de sustantividad de los usos interpretativos y la conveniencia de prescindir de ellos. Esta afirmación, a pesar de su aspecto meramente teórico, interesa y no poco a nuestros compradores. Si las cláusulas generales son usos y todos los usos mercantiles son normativos, nada podrían reclamar contra los vendedores, a pesar de que no conocieran las cláusulas o aunque, de cualquier modo, hubiesen mostrado su disconformidad con ellas.

Se ha dicho: "Los llamados usos *convencionales* o *interpretativos* no son cosa distinta del uso *legal* o *normativo*, sino tan sólo la forma inicial de éste, su *germen*. Y si al botánico le es fácil distinguir el *germen* de la planta adulta, al jurisconsulto no es tan fácil separar dos manifestaciones del mismo uso, que en definitiva se diferencian sólo por el grado de su antigüedad y por el de su difusión en el público. Resulta, en efecto, sumamente difícil en cada caso la investigación psicológica necesaria para puntualizar si los interesados conocían el uso y lo han aceptado realmente como *pars contractus* por tratarse de un uso convencional, o si al pactar el contrato estaban convencidos de la juricidad de un determinado uso normativo. Por ello es más acertada la posición de quienes estiman que el uso es siempre norma legal y que no es diversa la función del uso cuando aclara un pacto ambiguo que cuando integra cláusulas o consecuencias no previstas" (61).

Topamos de nuevo con el método de la evolución sociológica, que ya vimos empleado atribuyendo a las condiciones generales la naturaleza de uso. La propuesta eliminación del tipo de uso convencional vendría a elevar inmediatamente las condiciones generales al rango de uso normativo. Mas el traslado de los métodos de las ciencias naturales al Derecho, corriente desde la obra genial de Jehring, viene dando malos resultados. Los naturalistas, por su parte, han podido sentirse agravados por la manera descuidada con que los empleamos. Pensemos, para aclarar lo dicho, que nuestros compradores, alertados por la referencia al botánico, acuden a un naturalista y le consultan sobre el texto que se acaba de citar. Les dirá: nosotros no negamos la distinción entre gusano y mariposa, porque haya gusanos que son larva o fase primaria del lepidóptero, pues hay gusanos que nunca llegan a ser mariposas; tampoco se niega la existencia de los monos, porque se

(59) Así la mayoría de los autores franceses y buen número de suizos y anglosajones.

(60) Los autores después citados. En la doctrina alemana, italiana y austriaca se distinguen y admite ambos tipos de usos. En España, URÍA, *loc. cit.*, p. 16.

(61) GARRIGUES: *Tratado*, I, 1, págs. 153-154. Comp. LANGLE, I, p. 245. MOSSA (*íd.*, p. 125 y ss.), seguido por MARZILLI, propone abandonar la distinción, que se desvanece hasta perderse, con la actual concepción de los tipos de normas de Derecho, concluyendo que sería en beneficio de la pureza de la línea y de la seguridad de la práctica. *Loc. cit.*, p. 132.

Comp. BETTI: *Teoría general del negocio jurídico* (trad. Martín Pérez), s. f., p. 81 y ss.

crea que el hombre desciende del mono. Sea la que fuere la opinión sobre esa aventureada hipótesis de la evolución, no se le puede hacer decir lo que ella no dice. Y el naturalista podrá contestar, que como hay gusanos que no son larvas de mariposas habrá usos convencionales que no lleguen a normativos y usos normativos que nunca fueron —ni pudieron ser— convencionales. Y los gusanos mientras sean gusanos, los monos mientras no sean hombres y los usos convencionales hasta que no dejen de ser tales, habrán de ser tratados conforme a su actual naturaleza, es decir, con mera función interpretativa (62).

Después de estas divagaciones metodológicas, parece llegado el momento de bajar de la esfera dogmática al terreno más llano, y conocido mejor, del Derecho positivo. De entrada ya, podemos sentar como postulado previo y que no requiere demostración que: si es verdad —como hemos visto que se ha pretendido— que las condiciones generales se estiman como normas obligatorias, como Derecho objetivo, en tanto en cuanto tienen naturaleza de usos comerciales o semejante a la de estos usos, la eficacia de las condiciones dependerá directa o analógicamente de lo dispuesto en el Código de comercio sobre los usos comerciales. Su alcance no será entonces menor, pero tampoco mayor que aquel que el tal texto legal atribuye a los usos mercantiles.

Desbrozado así el camino de prejuicios teóricos, no resultará difícil contestar a los defraudados compradores, si ellos nos consultasen ahora sobre la eficacia que los tribunales darían a una práctica usual, favorable a la aplicación de las condiciones generales.

La ley mercantil dispone que los actos de comercio (63) estarán regidos por lo mandado en el Código, "en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común" (art. 2). La doctrina mercantil, con buenas y convincentes razones, entiende que la referencia a los usos comprende los interpretativos y los normativos (64). Ello permite la pregunta: ¿podrían, conforme a este precepto, alcanzar valor de usos normativos las referidas cláusulas de exoneración de responsabilidad?

La respuesta ha de ser favorable a los compradores. Las cláusulas de exoneración serían inaplicables, porque únicamente se permite acudir a los usos del comercio en *defecto* del Derecho codificado. Por esta razón, no cabe hablar siquiera de usos normativos, en cuanto se opongan, como aquí se oponen, a su nacimiento unos preceptos legales ya existentes, sean ellos imperativos o dispositivos. Los usos no pueden desplazar las normas dispositivas mercantiles. Por ello, conforme a la jurisprudencia, los compradores habrían de probar, ante todo, la

(62) Comp. GARRIGUES: *Curso*, I, p. 109.

(63) La distinción entre actos mercantiles y civiles suscita una cuestión previa: la del carácter de la compraventa celebrada entre un comerciante y un no comerciante. Si, como he sostenido (*Derecho civil de España*, I, p. 309, nota 3), tiene carácter civil, quedará sometido a las reglas del Derecho civil y no se podrán invocar las especiales del Código de Comercio y tampoco las del pretendido Derecho autónomo mercantil, ni las del Derecho de la economía.

(64) GARRIGUES: *Tratado*, I, 1, p. 165; *Curso*, I, p. 111; LANGLE, I, p. 249.

falta de reglas legales para poder invocar la aplicación de los usos normativos (65). Por tanto, el empleo habitual de las condiciones no será obstáculo para que los compradores ejercent las acciones que las leyes les conceden contra los vendedores que no cumplen debidamente.

El artículo 2.^º del Código de comercio relega las reglas del Derecho común al último puesto de la jerarquía normativa. Mas ello no significa que también ocurra lo mismo respecto a los contratos mercantiles y que los usos normativos se apliquen aquí también con preferencia a las normas civiles. El mismo artículo 2.^º advierte que hay que atender en primer lugar a las reglas que el Código de comercio haya establecido, respecto de cada materia o institución. Hay que acudir, por tanto, a las disposiciones generales sobre los contratos de comercio. Allí se dice que los contratos mercantiles se regirán, en lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común (art. 50). Remisión a este Derecho, hoy referible al Código civil, que coloca a los usos en general (sin limitación local) después de la ley, en el puesto de fuente subsidiaria de primer grado; quedando así, fuera de la enumeración, los usos observados en cada plaza (66). Este resultado no contradice el criterio general del artículo 2.^º del Código de comercio, de aplicación preferente de los usos respecto al Derecho común, sino que lo concreta en lo referente a la contratación, limitando así, de hecho, la remisión a los usos convencionales, y excluyendo de ella a los normativos. Es la interpretación que corresponde a la intención declarada del legislador y al sistema del Código de comercio. Demostrarlo no parece difícil. Bastarán para ello, espero, unas breves consideraciones.

En la poca de la elaboración de este Código preocupa, de modo casi obsesional, la idea de la libertad de la contratación; ésta se quiere exenta de trabas, tanto legales como consuetudinarias. La referencia a las costumbres se hace desde el primer momento—ya en 1869—precisando que se trata de “las aceptadas libremente al contratar” (67). En la Exposición de Motivos se insiste, diciendo: “Pero el Ministro que suscribe debe manifestar, para evitar toda falsa interpretación, que los usos de comercio se admiten por el Proyecto, no como Derecho consuetudinario, sino como reglas para resolver los diversos casos particulares que ocurrían, ya ampliando las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de las palabras oscuras, concisas y poco exactas que suelen emplear los comerciantes, ya final-

(65) S. T. S. 26 junio 1899, 2 abril 1923, 30 abril 1928, 20 febrero 1929, 15 enero 1931.

(66) Regla de buen criterio. Mientras que para los actos de ejecución, cumplimiento y responsabilidad extracontractual resulta adecuada la remisión a los usos locales, para la contratación en la que son frecuentes los contratos de plaza a plaza, se hace necesaria una referencia indeterminada a los usos (art. 57 C. de c.), como hace el Derecho común (art. 1.257 C. c.).

(67) Exposición del D. de 20 septiembre 1869, fijando las bases para la redacción del Proyecto de Código de Comercio.

mente, para dar al acto o contrato de que se trata el efecto que naturalmente debe tener, según la intención presunta de las partes”.

Criterio que se refleja bien claramente en el artículo 59 del Código de comercio, en el que la remisión al artículo 2.º, única en el título IV, se limita al supuesto de dudas en la interpretación del contrato, es decir, a los usos convencionales (68).

De todo lo dicho puede concluirse afirmando que las cláusulas de exoneración de responsabilidad de los vendedores, tantas veces mencionadas, podrían ser estimadas eficaces como usuales, mas en tanto y cuanto resultase aplicable el uso como declarativo o integrativo de la voluntad de las partes. Lo que parece tan difícil, que pudiera calificarse de imposible prácticamente.

En efecto, la presunción interpretativa de la voluntad, en que consiste la función de los usos convencionales, se refiere a la concordancia de voluntades creadora del contrato, a que los contratantes —uno y otro— estaban de acuerdo sobre que las dichas cláusulas habían de formar parte del contenido de la compraventa.

No parece posible que se les considere sin más comprendidas entre las consecuencias propias del contrato. La referencia hecha por la ley a los usos está limitada a las que se deriven de la naturaleza del contrato y a las que imponga la buena fe (art. 1.258 C. c.); es decir, requiere entender sus términos en el sentido usual y sin restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones (artículo 57 C. de c.) (69).

En el supuesto, más verosímil, de pretenderse aplicar el uso con función integrativa de la voluntad, o sea para suplir en los contratos la omisión de las cláusulas que de ordinario suelen establecerse (ar-

(68) El Código de 1829 disponía que cuando haya necesidad de interpretar las cláusulas del contrato se atenderá al “uso común y práctica observada generalmente en los casos de igual naturaleza” (art. 249, 3.º). No se permite recurrir al uso para la interpretación integrativa (“se presume que las partes quisieron”) más que en último extremo, cuando falte “cláusula de absoluta necesidad” (art. 250); véase en nota 70.

El art. 62 del vigente Código no menciona a los usos, como tampoco lo hiciera el art. 260 del Código de 1829.

El desacuerdo advertido entre la Exposición de Motivos y el art. 2.º del Código se explica y justifica, como se ha indicado, porque el legislador se preocupaba por la libertad de la contratación y quería advertir que, a pesar de dicho artículo no se admitían los usos normativos para los contratos. La posibilidad de que sus palabras se entendiesen como excluyendo en otras materias a los usos normativos, no tenía por qué preocuparle, ya que se había procurado hacer, en cada una de ellas, referencia especial a los usos.

De hecho, la doctrina ha tenido que colocar a las condiciones generales fuera del ámbito del art. 2.º, pues no se les da rango preferente al Derecho común, sino que se les entiende sometidas a las normas del Derecho civil (conforme al art. 50). Así, al art. 1.102 C. c., comp. GARRIGUES: *Contratos bancarios*, p. 24.

(69) Estas cláusulas contradicen, más bien, la naturaleza de los contratos, tal y como se entiende en la ley.

título 1.287 C. c.), habrían de darse dos condiciones: una, probar que el uso se practica como tal en la plaza o lugar de celebración o ejecución del contrato (70); otra, que no resultase extraño a la probable voluntad concorde de las partes. Este último requisito significa que cada comprador podría oponerse a la aplicación del uso, alegando que no cabe presumir, según las reglas del criterio humano (art. 1.253), que ambos contratantes (también el comprador) quisieran insertar en su contrato las cláusulas de exoneración, por ser tal inferencia contraria a la lógica de los negocios y porque implicaría romper la reciprocidad de intereses propia del contrato (art. 1.289 C. c.) (71).

Todavía ha de tenerse en cuenta que se nos advierte, y por quien conoce bien la práctica, que la Banca española no se preocupa de publicar sus condiciones generales, para que a ellas se atengán sus clientes, sino que más precavidamente las hace firmar a los contratantes con cada contrato (72). Si lo mismo ocurre, como es probable que así sea, en los diferentes ramos de la industria, la importancia de la cuestión sobre el valor consuetudinario de las condiciones y su significado como uso se reduce mucho. Pues todavía faltaría y habría que esperar se diesen en la práctica los pasos decisivos que significan el que una cláusula, de estar siendo soportada, se convierta en cláusula de estilo y el que se haga de tal modo corriente que, al fin, se entienda tácitamente incluida, sin necesidad de insertarla en el contrato.

De este modo, la envergadura de nuestro problema, impresionante al principio, queda tan disminuida que se le niega toda importancia práctica actual.

¿Por qué, entonces, el interés de la doctrina en esta cuestión y por qué se le ha dedicado aquí este tiempo a su estudio? Uno y otro porqué se pueden contestar indicando que la importancia de negar el carácter de fuente de Derecho objetivo a las condiciones generales estriba en ser antecedente necesario para enfocar debidamente la cuestión central que plantean dichas condiciones: la de saber si es factible, y en qué

(70) La frase uso o costumbre del país (art. 1.287 C. c.) hay que entenderla en el sentido de "costumbre de la tierra" (art. 1.919, núm. 5.º del Proyecto de C. c. de 1851); GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, III, p. 56, "costumbre local"; MUCIUS SCAEVOLA, XX, p. 851, "uso del lugar"; MANRESA, VIII, p. 679.

El art. 250 del C. de c. de 1829 dice: "Omitiéndose en la redacción de un contrato cláusulas de absoluta necesidad para llevar a efecto lo contratado, se presume que las partes quisieron sujetarse a lo que en casos de igual especie se practicase en el punto donde el contrato debía recibir ejecución, y en este sentido se procederá, si los interesados no se acomodaren a explicar su voluntad de común acuerdo".

(71) Se señala también que todavía en el comercio son estadísticamente más numerosos los contratos en los que no se contienen cláusulas de exclusión o limitación de los derechos del comprador. ANGELONI, *loc. cit.*, p. 809.

Sobre la carga de la prueba, MÖLLER, p. 39. La jurisprudencia del T. S. la impone en todo caso a quien alega la existencia del uso: S. 26 junio 1899, 29 diciembre 1924, 25 febrero 1925, 14 enero 1928, 30 abril 1928, 30 enero 1930, 15 enero 1931, 3 enero 1933, 21 enero 1958.

(72) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, p. 25.

casos, impugnarlas como ineficaces, cuando han sido firmadas por los clientes. Roto el prejuicio del carácter normativo de las condiciones generales, no se podrá esgrimir el argumento que, de modo más o menos abierto y consciente, se ha venido interfiriendo y ha dificultado así una correcta solución. Si no se supera previamente, parecerá lo más natural y lógico apartar sin más reflexión, como algo absurdo, cualquier tentativa de señalar límites a la eficacia de las condiciones generales aceptadas o firmadas por los clientes y la de someterlas, en su consecuencia, al control judicial, pues, ¿en qué basar esos límites, si las mismas condiciones generales alcanzan o pueden lograr la categoría de normas de Derecho objetivo?

3. *Las condiciones generales como Derecho natural.*

Todavía cabe recordar otra teoría que, amalganando las anteriores, ha pretendido reforzar la concepción de las cláusulas generales de los contratos como Derecho objetivo, acudiendo para ello al Derecho natural. Se reconoce por sus seguidores que no es fácil demostrar cómo personas y entes diversos del Estado pueden, sin explícita delegación de éste, emanar normas jurídicas, pero, se añade, que esa dificultad se desvanece si apartándose de una concepción positivista del Derecho se considera la verdadera esencia del Derecho mercantil, que —se agrega— está apoyado con sólidas bases en el Derecho natural. En el Derecho mercantil, la ley escrita tiene mera función de dirección y guía, siendo sus fuentes principales el uso y la costumbre. El uso emerge libremente de la autonomía de la sociedad y de los grupos. Los grandes empresarios y las coaliciones económicas ordenan sus relaciones de manera autónoma e independiente. Las condiciones generales que ellos originan, en cuanto alcanzan validez como ordenamiento de un determinado círculo económico que les da su sanción, devienen verdaderas y propias normas jurídicas. Al Estado no le queda más que aceptar el estado de hecho y concederles su propia garantía (73).

No merecería esta opinión que se la mencionase, si fuese sólo, como a primera vista parece, una pintoresca reminiscencia (74) de una trastocada y perniciosa concepción del Derecho natural (75). Interesa recogerla porque manifiesta también el ansia de los juristas de encontrar un fundamento jurídico con el que se pueda encontrar remedio a la necesidad sentida de someter al contraste judicial las cláusulas de

(73) MARZILLI, *loc. cit.*, p. 130, siguiendo a MOSSA (*Nuevo Trattato*, página 101 y ss.).

(74) La concepción individualista del Derecho natural llevó a algún mercantilista a rechazar las leyes estatales para el comercio y dejarlo bajo el imperio del contrato y éste bajo el del Derecho natural. DELAMARRE, LEPOTVIN, cita de GARRIGUES: *Tratado*, I, 144, n. 4.

(75) Determina la desgraciada reacción contra la doctrina del Derecho natural y la instintiva desconfianza, todavía persistente, de los profesionales del Derecho frente a su alegación.

exoneración incluidas en las condiciones generales firmadas por los clientes.

Dando por ciertos los prejuicios o moda dominante en la época (la llamada concepción jurídico-sociológica del Derecho y el dogma de la "inconmovible" autonomía de la voluntad), se piensa que se podría conseguir esa fundamentación científica al deseado control judicial respecto todas las condiciones generales, ennoblecéndolas a ellas en su origen, elevándolas a la categoría de fuentes del Derecho. Se dice que este control se facilita así, pues por ser tales fuentes "deben responder, por ello mismo, a principios de Justicia". El juez habrá, por tanto, de controlar la justicia de usos y condiciones generales, investigar si contienen un mínimo de conciliación de intereses que permita también su conciliación con las ideas dominantes de Justicia; si no contienen ese mínimo de justicia, si aparecen como imposiciones dictadas por una categoría de personas sobre otras, entonces el juez deberá negarles eficacia (76).

Esta teoría viene de ese modo y manera a coincidir en sus resultados con la tradicional y sana doctrina que niega carácter jurídico a la costumbre "mala e irracional" y que, así, también permite a la judicatura rechazar la nacida de la opresión y la de contenido injusto (77). Desgraciadamente, su formulación desorbitada le roba la posibilidad de influir en la doctrina. No es fácil, ciertamente, imaginar que es lo que se hace o puede hacerse para que el Derecho natural legítimo como norma al apetito de prepotencia individual o clasista de los empresarios y para que se le transforme en fuente del Derecho positivo. Justifica haber recogido aquí dicha teoría, no sólo lo significativo de la noble inquietud que la origina, que no se satisface hasta haber colocado el rótulo de frágil a las condiciones generales pactadas, sino porque nos muestra muy claramente la antes señalada conexión entre la cuestión estudiada, el pretendido valor de Derecho positive, y la que será objeto del siguiente apartado de este trabajo.

(76) Continúa diciendo: deberá el juez ver si las condiciones no son contrarias al orden público y buenas costumbres, si han sido libremente aceptados, si responden a la particular naturaleza y estructura de la que emanan, si son necesarias a su específica actividad, si son lógica consecuencia de la misma, si no son contrarias a la vida y dirección económica de la nación. MARZILLI, *loc. cit.*, p. 134, 137, siguiendo en general a MOSSA: *Nuevo Trattato*, p. 136; *Usi commerciali*, Ri Dir. Comm., 1922, p. 527. Comp. HILDEBRANDT: *Verhandlungen*, p. 6 y 7; MROCH, p. 5. Sin referencia al Derecho natural, BOEHMNER dice que admitiendo que las condiciones generales sean "producto autónomo de la Economía", habrán de estar sujetas a límites más severos que los contratos individuales, porque "quien establece Derecho tiene respecto la comunidad la responsabilidad del legislador" (*Einführung in das burgerliche Recht*, 1954, § 26, p. 195).

(77) Citas en Derecho civil de España (p. 438 y ss., p. 433). En el Derecho inglés se excluye la costumbre "unreasonable" o "unfair". WORTLEY, *loc. cit.*, p. 260, 265, 268.

IV. LAS CONDICIONES GENERALES COMO CONTENIDO DEL CONTRATO

I. *Planteamiento de la cuestión.*

Las teorías y argumentaciones hasta ahora examinadas han venido a desviar o distraer la atención de la cuestión que más interesa prácticamente. Volvamos al ejemplo de nuestros un tanto olvidados compradores. Sus dificultades nacieron en realidad de haber firmado, como unidas al contrato de venta, las condiciones generales que incluían las referidas cláusulas de exoneración. ¿Quedan obligados por su firma? ¿Se han despojado de las acciones que les conceden las leyes y nada podrán hacer frente a los vendedores, aunque la trilladora no sirva más que para chatarra y haya que tirar a la basura las cajas de huevos?

La doctrina hace mucho que advirtió la anomalía de los contratos de adhesión y los peligros que ellos entrañan (78). Modernamente, el empleo de las cláusulas generales se ha extendido de manera extraordinaria y la importancia del problema aumenta de modo continuo y hasta progresivamente acelerado. Las cláusulas generales se articulan en forma de Códigos de también creciente volumen y complicación. Las asesorías de las grandes empresas aguzan su ingenio para descargar a sus Casas de cualquier responsabilidad, a la vez que procuran encadenar al cliente de modo y forma que la voluntad del empresario sea soberana para decidir sobre cualquier contingencia posterior a la perfección del contrato. El hallazgo de una nueva cláusula, que astutamente refuerce la prepotencia del empresario, será copiada y agregada en seguida en el texto de las condiciones generales de las demás empresas. De modo que la extensión de estas condiciones se hace mayor, a la vez que se disminuyen las facultades del cliente. La misma forma objetiva y abstracta de su redacción ha facilitado el empleo corriente de las condiciones generales. Se ha observado que condiciones,

(78) ROYO MARTÍNEZ: *Contratos de adhesión*, A. D. C., II, 1 (1959), páginas 54-70; CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, III, 1951, p. 306 y ss.; LANGLE: *Manual*, 1959, III, p. 59 y ss.; POLO: *Nota a S. T. S.* 27 febrero 1942, R. D. P., 26, núm. 308 (1942), p. 708-719; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, II, 1 (1954), p. 41-45; OSSORIO MORALES: *Crisis en la cogerámativa del contrato*, A. D. C., V, 4 (1952), p. 1181 y sigs.; TALLADA: *Cláusulas de exoneración y responsabilidad*, I. J. núm. 71 (abril 1949), págs. 587-618, número 74-75 (julio-agosto 1949), págs. 1033-1064; RIPERT, BOULANGER: *Traité de Droit civil, d'après le Traité de Planiol*, 1957, II, núm. 53, p. 24; MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 1952, II, 2, § 135, 12, p. 481; DOSSETTO, p. 28, nota 43 y autores allí citados.

La denominación de contrato de adhesión, propuesta por SALEILLES: *De la déclaration de volonté*, 1901, § 89, p. 229, se popularizó rápidamente (citas en DEMOCLE: *Traité des obligations en général*, 1923, I, 2, § 616, p. 308, n. 3). Modernamente ha pasado a segundo plano, y, siguiendo la terminología alemana, se prefiere tratar de las condiciones generales de la contratación; en Francia, ahora se habla de contratos tipos. CARBONNIER, *loc. cit.*, § 100, p. 343. Suponen un distinto enfoque del problema, referido una al momento de perfección del contrato y otra a la validez o eficacia de las cláusulas preparadas para regular su contenido.

de las que se avergonzaría un comerciante de proponerlas individualmente, se disimulan en el fárrago de reglas articuladas, escritas de modo esotérico, se excusan como propias de una rama de la industria o del comercio, si han sido compiladas por una asociación; así, doblemente anónimas, todos los empresarios se aprovechan de ellas, aunque a nadie agrade aparecer como su autor (79).

Los tratadistas, incluso aquellos que defienden que las condiciones generales tienen valor de fuente de Derecho objetivo, no ocultan, y hasta lo destacan como carácter distintivo de ellas, que son instrumento de opresión y causa de desigualdad jurídica para los contratantes (80). No defienden su justicia o legitimidad, sino que afirman su legalidad. Tampoco los representantes de los intereses de las empresas niegan la existencia de cláusulas malas e injustas, sino que sostienen su general eficacia, al ser aceptadas o firmadas por el cliente.

La situación, así creada, se nos presenta, en un primer momento, como una desconexión entre la ley positiva y la justicia. Especialmente grave desde que el empleo de las condiciones generales ha salido del ámbito de los servicios y concesiones públicas y ellas se aplican a toda la contratación. Al jurista no se le consiente cruzarse de brazos o lavarse las manos ante tal estado de cosas. Hoy, se nos dice, "en la jurisprudencia, en la literatura jurídica se reconoce de modo general —quizá con la excepción de algún escrito interesado— la necesidad de establecer límites al contenido de las condiciones generales, y de excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoísticas a costa del contratante individual" (81). Sacadas a la luz pública, desenmascaradas las cláusulas abusivas o vejatorias contenidas incluso en las más corrientes condiciones generales (82), la reacción contra ellas se ha hecho general y parece irresistible. Ha tomado diversas modalidades. A la doctrina se le exige, como tarea obligada, encontrar la manera de interpretar el Derecho vigente de modo que concuerde con el sentimiento general de justicia; la jurisprudencia ha rechazado y condenado algunas de las cláusulas más escandalosas; autores impacientes, ante lo que temen resulte ser un nuevo nudo gordiano, solicitan con urgencia que lo corte la espada de la ley, mediante normas adecuadas (prohibiciones o cortapisas).

(79) Sobre todo esto, en general, *Verhandlungen des 41 Juristentags*, y, en especial, STOLDT, p. 14.

(80) GARRIGUES: *Tratado*, I, 1, p. 167; *Curso*, I, p. 117; *Contratos bancarios*, p. 17, 21, 23; LANGLE, I, p. 255, III, p. 59-60.

(81) LUKES, p. 461.

(82) Pueden verse como ejemplos los citados en *Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en la Ley Uniforme sobre la venta*, A. D. C. XI, 4 (1958), p. 1031, n. 96; LUTTHILEN, loc. cit., págs. 26, 59; GARRIGUES: *Contratos bancarios*, p. 23, n. 28; también en p. 173, 521, 610, 641; PAGENSTECHER: *Sittenwidrige Lieferbedingungen*, 2.^a ed., 1944; von BRUNN: *Die formularmässigen Vertragsbedingungen*, 2.^a ed., 1956; KOCH: *Die neuen Geschäftsbefindungen des Banken*, Z. G. H. u K. R., 121 (1934), p. 241-259; MROCH, p. 3, 25.

Por mi parte, estimo que están en lo cierto quienes piensan que no se da esa contradicción entre Derecho positivo y las exigencias de la Justicia. Pues me parece que nuestra legislación contiene medios adecuados para obligar al contratante que no cumple, aunque se ampare en la firma de una cláusula de exoneración. Son varios los que se pueden utilizar, a todos ellos habré de referirme en seguida, pero me permitiré destacar especialmente uno de ellos, el de la declaración de nulidad de las cláusulas que implican renuncia de la ley.

2. Motivos para impugnar las condiciones generales:

Modernamente, excepto aquellos autores que aún recuerdan el carácter reglamentador atribuído a los contratos de adhesión o creen que tienen que encararse todavía con aquella corriente doctrinal que asignara a las condiciones generales significado de fuente de Derecho objetivo (83), es decir, la mayoría de ellos se enfrenta con la cuestión de averiguar cuáles son los motivos alegables para impugnar las cláusulas contenidas en unas condiciones generales, unidas o incorporadas a un contrato (84), desde el punto de vista del Derecho privado (85).

La tarea que con ello se le ha impuesto a la doctrina puede calificarse, sin exageración, de formidable. Supone, nada menos, que afrontar las dificultades más graves que entraña el dogma de la autonomía de la voluntad.

Tratadistas y jueces, conforme a seculares hábitos de prudencia, que no deben confundirse con el conservadurismo (86), no se han arrojado lanza en ristre a debelar el obstáculo que entorpecía una solución justa de la cuestión planteada por las condiciones generales. Durante muchos años, se han contentado con la búsqueda de remedios parciales, los suficientes para evitar o paliar resultados evidentemente contrarios a la equidad, con lo que, aunque si bien se ha retardado el plan-

(83) HILDEBRANDT: *Verhandlungen*, p. 7; *Gaudemet*, p. 55: exceso poder; MARZILLI, *loc. cit.*, p. 134 y ss.

(84) LUKES, p. 475, plantea la posibilidad de que la ley establezca límites para el contenido de las condiciones generales sin necesidad de atender a los datos del negocio jurídico concreto (después de negar el carácter de fuente de Derecho objetivo de las condiciones generales); pues con ello se facilitará, piensa, la eliminación de las cláusulas, sin tener que plantearse la cuestión de la nulidad de todo el contrato (a la que obligaría el § 139 B. G. B.). Mas en la práctica se chocará con el obstáculo procesal de la legitimación activa, ya que ésta la tendrá quien pueda considerarse perjudicado por la cláusula que le obligue según un determinado contrato. La sentencia del T. S. que condenase una determinada cláusula de exoneración, por el contrario, podría llegar a constituir doctrina jurisprudencial, en cuanto no se trataría principalmente de la interpretación de la cláusula, sino del sentido y valor de las normas jurídicas incompatibles con la dicha cláusula.

(85) No se hace referencia a la posibilidad de dictar reglas penales o administrativas que las condenen, por salir ello del marco de este trabajo.

(86) RIPERT afirma que "todo jurista es un conservador": *Les forces créatrices du Droit*, 1955, p. 8; pero, con la misma razón, hubiera podido decir que es un revolucionario (comp. lo que dice en p. 25).

teamiento del verdadero problema, se ha ido madurando y preparando la opinión, para enfrentarse con él en toda su amplitud.

La falla que primero es advierte en las condiciones generales, por más llamativa y chocante, se refiere al consentimiento. Se consiente sobre lo conocido y entendido. Las condiciones generales, por su misma complejidad, no pueden ser entendidas por los clientes. Falta, por tanto, la base para que puedan formar parte del contenido del contrato (art. 1.261). Mas, de este modo, se está ante una cuestión de hecho: averiguar si hubo o no tal consentimiento, lo que fácilmente se complica si se acude para resolverla a ficciones y presunciones más o menos arbitrarias (87). De un lado, se puede decir que no cabe suponer conocido por un comprador cualquiera, lo que requiere el estudio de un especialista. De otro, se alega que quien no se entera de las condiciones generales es culpable por negligente y que debe, por tanto, pechar con las consecuencias de su falta de diligencia (88). Dificultades que no se salvan con la cláusula por la que el cliente se declara enterado de todas y conforme con todas las disposiciones de las cláusulas generales, porque ella plantea a su vez la pregunta de si fué debidamente entendida y querida.

Se ha señalado también que la libertad, fundamento de la autonomía de la contratación, no existe verdaderamente en el comprador, que ha de aceptar las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por monopolio de hecho o de derecho, sea porque todas las empresas del ramo las imponen (89). Este defecto, a pesar de su importancia, se considera en general insuficiente para la impugnación de las cláusulas, pues la coacción implícita que determina su aceptación no llega a ser uno de los vicios de la voluntad enumerados por la ley (90).

(87) GAUDEMEL: *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 54. CARBONNIER: *Droit civil*, 1957, p. 343; CHESHIRE, FIFOOT: *The law of contracts*, 1945, p. 83-86; SALMOND: *Principles of the law of contracts*, 1945, p. 76 y ss.; MROCH, p. 9, 13-15.

(88) Se llega a decir que no se atiende al hecho de que la demandante no supiera leer (por lo que no pudo enterarse de las condiciones escritas), ya que ser analfabeto es una desgracia y no un privilegio (S. inglesa de 1930). CHESHIRE, p. 85; comp. contra, CARBONNIER, p. 345. El C. c. italiano de 1942 resuelve la cuestión previamente al imponer las condiciones generales al contratante que hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria, art. 1.341; lo que se interpreta como ignorancia culposa, MESSINEO: *Manualc*, II, § 135, 12, p. 482, ó negligencia culpable (autorresponsabilidad). CARIOTA FERRARA: *Il negocio giuridico*, s. f. p. 170. En el Derecho español no existe disposición alguna que permita la creación arbitraria de una carga de informarse impuesta al comprador. Frente a ella, habría que admitir, y no con menor fundamento, una obligación de informar a cargo del empresario. La antigua jurisprudencia alemana, HILDEBRANDT, A. C. Pr. 143, p. 334, que entendía bastaba la posibilidad del conocimiento previo por el cliente, parece estar siendo superada (aunque siempre exista el peligro de que se admita demasiado fácilmente una sumisión tácita) STOLDT: *Verhandlungen*, p. 15; la aplicación del criterio de la negligencia contra los clientes. MÖLLER, íd., p. 39.

(89) MESSINEO, íd., p. 482; CARIOTA FERRARA, íd., p. 52 y n. 16.

(90) ESMEIN: *Obligations*, 1930 (*Traité pratique*, PLANOL, RIPERT), § 125,

Un paliativo de no escasa importancia se encuentra en las normas sobre interpretación de los contratos. Frente al empresario que redacta o impone las condiciones generales se utiliza la antigua regla "contra proferentem" (91), y así, en la duda sobre el significado de dichas condiciones, la interpretación se hará de modo que no favorezca al empresario, por ser la parte que ocasionó la oscuridad (art. 1.288). La jurisprudencia, utilizando este medio con amplitud, ha podido evitar que se aplicasen determinadas cláusulas abusivas; pero el remedio es limitado y falible (92) y hasta puede dar ocasión a que "los contratos de empresa sobre formularios sean cada día más claros en perjuicio del cliente" (93).

Mayor alcance puede tener la invocación de la buena fe y de las buenas costumbres, como límites irrebatibles de la eficacia de las condiciones generales (94). El resultado que se obtiene con este remedio será muy diferente según el criterio que se tenga sobre estos conceptos. Puede llegarse con ellos a eliminar las cláusulas que concedan ventajas injustificadas al empresario. Cabe también sostener que las buenas costumbres se refieren al objeto del contrato y la buena fe al modo de ejecutarlo; que, por tanto, unas y otra no son afectadas por la distribución de derechos y obligaciones entre los contratantes.

En esta misma dirección, pero recurriendo a otro instrumento técnico, se nos dice que las cláusulas de las condiciones generales serán ineficaces en cada caso que impliquen un abuso del derecho de libre contratación (95).

p. 160 y ss., señala la importancia de la legislación y jurisprudencia para remediar los abusos; RIPERT, BOULANGER señala que la debilidad de la voluntad no se considera vicio de la voluntad. *Traité*, II, § 53, p. 24.

En cambio, HEDEMANN se pregunta: cuando el que se somete lo hace porque no puede hacer otra cosa, ¿hay verdadera voluntad? ¿Puede nacer de esa manera un verdadero deber de cumplir, que por ello sea jurídicamente vinculante? *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1949, p. 33.

(91) Recogida en P. 7, 33, 2, i. f. Más concretamente, se dijo: "Siempre que en los instrumentos que se hicieran a razón de dichos contratos, hubiere alguna confusión, por oscuridad de sus cláusulas, deberán interpretarse en todos tiempos contra el vendedor a quien se ha de imputar la falta, por no haberse explicado con la debida claridad", *Ordenanzas de la I. Universidad y Casa de Contratación de Bilbao*, 1737, cap. 11, núm. XIII. En la jurisprudencia, S. T. S. 13 diciembre 1934, 27 febrero 1944, 25 mayo 1951. Jurisprudencia francesa: CARBONNIER, *loc. cit.*, II, p. 498; BETTI, *loc. cit.*, p. 266. Sobre la jurisprudencia alemana, MROCH, p. 16-20.

(92) Comp. RAISER: *Verhandlungen*, p. 28.

(93) Frase de MOSSA, reproducida por POLO, R. D. Pr., 26, núm. 308 (1942), p. 718.

(94) RAISER: *Das Recht*, p. 320 y ss.; HILDEBRANT, A. C. Pr. 143, p. 345, 347, *Verhandlungen*, p. 7; ESSER, BGB, *Schuldrecht*, 1949, p. 28; STOLDT, *Verhandlungen*, p. 14; MÖLLER, *íd.*, p. 22; LUKES, *loc. cit.*, p. 475; Blomeyer, p. 87. Se utilizan los §§ 138, 157, 242, 315 BGB. Citas de jurisprudencia alemana, ACHILLES-GREIFF, BGB, 1958, p. 61, 248, 352.

(95) RAISER, ya en 1935, en su obra fundamental (p. 176 y ss.) propone utilizar la categoría del abuso de la libertad de contratar; de nuevo, dice que, conforme con MÖLLER, no basta con referirse al abuso monopolista, que el R. G.

Estas dos últimas propuestas de remedios nos llevan ya irremisiblemente a la cuestión fundamental: la de la existencia de límites inmanentes de la autonomía de la voluntad. Ahora parece que, al fin, la doctrina se ha decidido a encararse con el temido problema de la relación entre la autonomía de la voluntad y la eficacia de las leyes. También aquí será necesario tratarlo. Afortunadamente, las peculiaridades de nuestro Derecho, doctrina tradicional y Código civil, hacen más fácil esta labor que en otros ordenamientos jurídicos. En todo caso, será conveniente examinarlo despacio y con cuidado, para liberar su estudio de los aberrantes prejuicios doctrinales acumulados durante tantos años.

3. *Autonomía de la voluntad y renuncia de las leyes.*

a) *Antecedentes mediados.*—La Edad Media, momento decisivo para la concepción jurídica moderna, tenía como Derecho por antonomasia a la colección justinianea, enseñada y aplicada como “ius commune” por doctores y jueces. Separadamente primero y luego también agregado al “corpus iuris,” estaba otro Derecho, el anómalo de las costumbres feudales. Este se crea y justifica por los contratos y pactos entre señores y vasallos, se afirma y desarrolla por los usos impuestos por los señores, que se atribuyen poder para crear Derecho consuetudinario con preferencia sobre las leyes y que también recaban para sí el poder jurisdiccional. Los cultivadores de estos dos Derechos, civilistas y feudistas, aunque bien conscientes de sus especialidades, no se encastillan en ellas: hubo quienes escribieron sobre ambas y, en general, utilizaron mutuamente sus trabajos. Puede, por ello, considerarse probable que el ejemplo del Derecho feudal y el de la realidad social de la época contribuyeran a que los pactos adquieran un alcance, a costa de las leyes, distinto del que se hubiera podido deducir del estudio separado de los textos bizantinos.

En el Edicto, dice el pretor: “Mantendré los pactos convenidos que no se hubieran hecho ni con dolo malo, ni contra las leyes, plebiscitos, senados consultos, edictos de los príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos” (96). Regla que se glosa en los comentarios de Gayo al mismo Edicto diciendo que “los pactos conve-

trata de desarrollar sobre la base del § 242 BGB, y concluye que es preferible emplear el concepto de abuso del derecho, con independencia del citado § 242, tarea que corresponde a los jueces y a la doctrina científica, *Verhandlungen*, p. 28. En el mismo sentido, von BRUNN, *íd.*, p. 19; LARENZ, I, p. 76.

La conexión entre las figuras jurídicas de buena fe, buenas costumbres y abuso del derecho, se ha señalado ya por la doctrina, WIEACKER: *Zur rechts-theoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, 1956, p. 34 y ss.; EICHTLER: *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, 1950, p. 33.

Sobre otros remedios (condición tácita de la sumisión del cliente da la equidad de las cláusulas, “culpa in contrahendo”, condena de maniobra monopólica), MROCH, p. 14 s., p. 20 s.

(96) D. 2, 14, 7.7. Aquí, y respecto de los siguientes fragmentos, se reproduce la traducción de GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo de Derecho Civil romano*, 1889.

nidos contra las reglas del Derecho civil no son considerados válidos" (97), y que se corrobora al decir Papiniano que "el Derecho público no puede ser alterado por pactos de particulares" (98). Incluso la excepción puede parecer que confirma esta regla, al entender necesario salvarla expresamente y decir: "Es completamente lícito pactar contra el Edicto de los ediles, tanto si se hubiera convenido al realizar el mismo negocio de venta, cuanto después" (99). Criterio general aún reforzado por Teodosio, cuando ordenaba que se considerase nulo ("non solum iniuria, sed pro infectis") lo hecho contra la ley (100).

Un rescripto de Justiniano dio pie a la glosa para cambiar la dirección de la doctrina. Resuelve una consulta sobre la validez del pacto contenido en un documento, por el que una persona promete no usar la excepción de fuero de que goza por su grado militar, dignidad o la prerrogativa de su sacerdocio. Su contestación, declarando la validez del pacto, podía haberse explicado por el carácter anómalo del privilegio de fuero, respecto de la jurisdicción común. Los amplios razonamientos con los que se justifica la decisión de la consulta permitieron extender su solución, por el contrario, a todos los pactos. Se dice que las dudas que antes existían sobre si el que pactó podía arrepentirse de lo que había convenido y usar su fuero (102), debían resolverse mandando: "que a nadie le sea lícito ir contra sus pactos y engañar a los que con él contrataron". Pues, añade, si hasta por el mismo Edicto del pretor se han de observar en todos los casos los pactos convenidos, que ni contra las leyes, ni con dolo malo se celebraron (103), "¿por qué no valdrán también en esta ocasión los pactos, cuando es otra regla del antiguo Derecho que todos tienen facultad para renunciar a lo que en su favor se ha establecido?" (104).

Los glosadores entendieron que este texto contenía la regla general respecto a los pactos de renuncia (105) y que las disposiciones que declaraban su nulidad, por contrarios a las leyes, debían considerarse excepciones, justificadas por tratarse de casos que afectaban al Derecho público, a las buenas costumbres o al Derecho natural (106). También encontraron aquí el instrumento técnico para desembarazarse de cualquier disposición legal que limitase la libertad de pactar, pues de

(97) D. 2, 14, 28.

(98) D. 2, 14, 38. También D. 2, 14, 7, 16 ("quoties pactum a iure communii remotum est, hoc non aportet").

(99) D. 2, 14, 31.

(100) C. 1, 14, 5. Recogida en P. 5, 11, 28.

(101) C. 2, 3, 39.

(102) Facultad de arrepentirse que expresamente se reconocía en el caso de pacto de prórroga de jurisdicción en favor de otro pretor, D. 2, 1, 18.

(103) Se refiere a D. 2, 14, 7, 7.

(104) La glosa creyó encontrar esta regla del antiguo Derecho en varios textos, así en D. 16, 1, 32, 4; no advirtiendo que la renuncia al S. C. Valleiano se hace ante el Tribunal, al ser demandada la mujer.

(105) Que parecía confirmada por D. 2, 14, 1 pr.

(106) Glosa "antiqui" C. 2, 3, 29.

ello deducirán que la renuncia al beneficio de las leyes podía aplicarse con la máxima amplitud (107).

La autoridad de Justiniano se vió reforzada por la doctrina de los moralistas, recogida en el Derecho canónico y aceptada por los civillistas, que se formula en los axiomas "pacta sunt servanda" y "volenti non fit iniuria" (108). De otro lado, se entendió que las renuncias a las leyes podían corroborarse con el juramento, de modo que con éste se sanase cualquier vicio jurídico (109). En fin, la omnipotencia de la renuncia a la ley parecía consagrada en la "Authentica Sacramenta puberum" del emperador Federico Barbarroja, según la que el juramento de los púberes en contratos sobre sus cosas había de ser mantenido inviolablemente, sin posibilidad de retractación (110).

De este modo, en los países de Derecho común, se generaliza el principio de la libertad de pactos y la renuncia a las leyes en materia privada ("rebus privatis"), sin otro límite que el de respetar lo que hoy se llama orden público ("ad publicam causam") (111).

Desde el Renacimiento, la fuerza creciente del Estado impone en todos los países un mayor respeto a las leyes de los Soberanos y se van limitando también progresivamente las posibilidades de renuncia de las leyes (112). No sucede lo mismo en España. Por el contrario, se generaliza y exagera el arbitrio de acudir a la renuncia de las leyes.

Las causas de este fenómeno hubieron de ser múltiples. El Estado no se encontraba en situación de exigir mayor respeto a las leyes, cuando le faltaba confianza en la justicia de sus mandatos. Se consideraba tan débil frente a las presiones de los interesados, que se llega a ordenar a las autoridades que se abstengan de cumplir las disposiciones que

(107) Se entenderá la frase leyes "qua pro se introducta sunt", C. 2, 3, 29 en el sentido de que si bien no se puede pactar contra lo que la ley ordena o prohíbe, sí "contra beneficium legis potest", gl. "pacisci", D. 2, 14, 31.

(108) Por ejemplo, MOLINA: *De Justitia et de iure*, 2, 257, 2.^a ed., 1733, II, p. 13; CANCER: *Variarum Resolutionum*, 3, 7, 255, ed. 1689, III, p. 135. En Derecho germánico, "Gedinge (Willkür) bricht Recht".

(109) Sobre su alcance, JUAN GUTIÉRREZ: *Tractatus tripartitus de Juramento decisionarium*, *Opera omnia*, ed. 1730, VI. No atendiéndose a C. 1, 14, 5.

(110) Debe tenerse en cuenta, para explicarse esta extraña disposición, que se recoge en los *Libri feudorum* (editados con el *Corpus iuris*), 2, 53, 10, bajo el título "de pace tenenda inter subditos", con carácter político, ya que el juramento añadido a un convenio o tratado, por un señor menor púber, le debía validez sirviendo así al fin de mantener la paz.

(111) ANTONIO PÉREZ: *Prælectiones in duodecim libros Codici*, ed. 1723, p. 34; con lo que la renunciabilidad de las leyes, que se podía considerar excepcional (D. 2, 14, 38), se estima ahora normal y sólo en aquellos casos "quibus id expresse interdictum reperitur" se entiende que la renuncia es nula.

(112) En el Derecho francés, advierten sus comentadORES que no se aplicó la Auténtica sacramenta puberum ("non servatur in Gallia"). La renuncia a la excepción de "non numerata pecunia", se entendió que tenía por único efecto transferir la carga de la prueba al deudor; la renuncia a todos los remedios legales, o la especial a la acción rescisoria por lesión, quedaba sin efecto, al poderse pedir cartas regias de rescisión, a las que de modo general daban eficacia los Tribunales, por "humanum et humanior". REBUFFO: *Commentarii in Constitutiones seu Ordinationes Regias*, 1554, I, p. 211, II, p. 183.

parezcan contra Derecho, formulándose aquella curiosa y extraña regla: "las leyes se obedecen, pero no se cumplen" (113). Como fuerza activa o motriz favorable a la renunciabilidad de las leyes, debió actuar la presión de las clases con aspiraciones a mayor consideración social o de aumentar su poder económico. Comerciantes e industriales enriquecidos, por imitación o para conseguir nobleza, quieren constituir mayorazgos, aunque para ello sea necesario salvar con impuestas renuncias las disposiciones vigentes (114). Los prestamistas, para ampliar su clientela y lograr seguridad para el cobro, estaban muy interesados en la eficacia de las renuncias de las acciones rescisorias o restitutorias establecidas en favor de menores, mujeres casadas y causas pías. Traficantes de toda clase buscaban afirmar sus contratos imponiendo cláusulas de renuncia de las acciones por lesión y por "no numerata pecunia" (115).

Instrumento de todas estas aspiraciones serán los escribanos públicos, que para satisfacer a sus clientes y hasta por una especie de gusto deportivo en esquivar leyes. En la práctica cotidiana, en los formularios, se generalizan las renuncias a las leyes, para excluir cualquier disposición con eficacia limitativa o prohibitiva de los pactos. Primero, mediante la renuncia individual de la ley que en concreto estorba, con el pacto de no contravenir lo pactado, aunque éste resultare nulo, por cualquier causa o motivo; después, se añade una renuncia general a las leyes que se opongan al contenido del instrumento; todavía se añade una renuncia especial o general de la ley, o de cualquier ley, prohibitiva o sancionadora de la renuncia, para llegar incluso a la "renuntatio omnis legis auxili". Y para mayor seguridad, por si todo lo anterior no fuese suficiente, se corrobora lo pactado con el juramento del renunciante y, en su caso, se le hace jurar también que renuncia a las leyes que prohíben tal juramento.

Este uso notarial se generaliza, de modo que la renuncia de las leyes se convierte en cláusula de estilo. Los escribanos insertan las renuncias más complejas sin explicar su significado a los contratantes, sin siquiera preguntarles si desean se incluyan en el documento. De modo y manera que se llega a suponerlas comprendidas, como usuales, aunque no se las haya mencionado en la escritura.

(113) Nov. 3, 4, 4.

(114) Comp. FEBRERO: *Librería de Escribanos, Abogados y Jueces*, ed. 1819, I, § 20, p. 252, III, §§ 8 y 9, p. 300, 301; GONZÁLEZ Y SERRANO: *Comentario histórico, crítico y jurídico de las Leyes de Toro* (cont. al de PACITECO), II, p. 140, 141, 278.

(115) La importancia dada aquí a la presión de las clases sociales más poderosas, parece confirmada por un dato negativo, la renuncia se considera ineficaz cuando ella suponía des prestigio para ellas. Por esta razón se niega la eficacia de la renuncia de un noble al privilegio de no ir a la cárcel por deudas civiles, CEVALLOS: *Especulum practicarum et variarum questionum*, 1600, II, q. 688, p. 292 y ss.; CARLEVAL: *Disputationum iuris variarum*, 1656, 1, 1, 2, §§ 464-466, I, p. 149-150, sobre privilegios militares. Comp., sin embargo, CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores*, 1624, 3, 16, 21, II, p. 358.

Dados los antecedentes jurídicos y esta realidad social, no será de extrañar que en alguna Universidad se enseñe que la voluntad del hombre hace cesar la voluntad de la ley ("voluntas hominis facit cessare voluntatis legis") (116), en conformidad con el aforismo "pactos rompen leyes", tan popular en Aragón (117).

Después de todo lo dicho, parece llegado el momento de preguntarse si, en este tiempo, las cláusulas de exoneración tantas veces mencionadas, serían válidas, como renuncia de remedios o beneficios legales. Aunque haya de parecer extraño (por lo recordado sobre la amplitud reconocida a la autonomía de la voluntad a costa de la ley), hay que decir que sería muy aventurado contestar afirmativamente. Dejando aparte el juramento, que no significa refuerzo seguro para la validez de la cláusula de renuncia, pues existía siempre la posibilidad de su relajación por la autoridad eclesiástica ("ad affectum agendi et excipiendi"), hay que tener muy presente la reacción discreta pero eficiente de los tribunales y la actitud desaprobadora de la doctrina, frente a los excesos de las renuncias.

La eficacia de la renuncia a las leyes se debilitaba considerablemente por los autores, mediante el uso escolástico de distinciones y excepciones (118). También se consigue el mismo resultado por medio de la ampliación de los supuestos en que la acción o facultad se entiende irrenunciable, por considerarse "ob publicam utilitatem" (119). En fin, se confía, para que resuelva las mayores dificultades, conforme a la equidad, en el arbitrio del juez discreto y justo (120).

Más interés tiene todavía para nuestro objeto ver como se enfocaba por entonces un caso práctico, precisamente sobre la validez de una cláusula inserta en ciertas "condiciones generales", en las establecidas para el arrendamiento de rentas reales. Conforme a ella, la Administración se declaraba liberada de toda responsabilidad, por hecho propio o de sus agentes, que impida o disminuya los beneficios de quien recibe

(116) ALVAREZ POSADILLA: *Comentario a las Leyes de Toro*, 1796, p. 218 y siguientes.

(117) DEL MOLINO: *Repertorium fororum et observatiam Regni Aragonum*, 1585, fol. 247 vto.; PORTOLÉS: *Tertia parte scholium, sive adnotationem Repertorium Michaelis Molini*, 1590, p. 156.

(118) Por ejemplo, HERMOSILLA: *Additiones, notae, resolutiones ad Partitionum glossas et cogita D. Gregorii Lopetii*, P. 5, 5, 56, g. 11 y 12, II, fol. 322 vto., § 21 al fol. 331, § 122 (rescisión por lesión enormísima, con referencia también a la cláusula "si plus valet dono", § 162); DÍEZ DE RIBADENEYRA NOGUEROL: *Abrogationum iuris*, 1641, adl. 18, § 54 y ss., p. 254-255; CEBALLOS, *loc. cit.*, I, 365, p. 466, sobre la excepción de "non numerata pectus".

(119) CARLEVM, *loc. cit.*, I, 1, 2, §§ 464-466, p. 149-150; que llega a formular el principio de la superioridad de la ley: "nam quod quis obligetur ex contractu, et quatenus obligetur pendet a potestate legis, non a voluntate hominis", lo que es distinto, añade, a renunciar de hecho, I, 1, 2, § 1042, I, p. 321.

(120) CASTILLO DE SOTOMAYOR: *Quotidianarum controversiarum iuris*, edición 1753, III, 2, § 42, p. 35 ("discrete bonique Judicis arbitrio relinquenter secu-rius erit"), § 60 p. 40.

el arrendamiento, mientras que éste deberá pagar, íntegramente, a pesar de ello, el precio convenido (121).

En favor de la validez de la cláusula se aduce lo usual y antiguo de dichas condiciones generales, que el adquirente o arrendatario quiso libremente aceptarla, pues nadie le obligaba al arrendamiento, que las condiciones le eran conocidas o habría de presumirse tales dada su publicidad, por lo que era de justicia aplicarlas a quien enterado de ellas o debiéndolas conocer fué parte de un contrato concertado en debida forma (122).

En contra de su eficacia, y como decisivos para declarar la nulidad de la cláusula, se alegan los siguientes argumentos: 1. Que si bien las partes pueden suprimir o mudar mediante pacto y convenio lo que unos llaman elementos naturales o accidentales y otros administrativos o cualidades del contrato, sin embargo, no pueden hacerlo respecto de la sustancia o naturaleza intrínseca del contrato, y el pacto que fuera contra ella será nulo e ineficaz. La renuncia a exigir responsabilidad a quien impide o no cumple el contrato va contra la sustancia o naturaleza intrínseca del mismo, es inicua y no puede ser confirmada por juramento (123). 2. Que sería contra Derecho que la firmeza del contrato quedase en manos de uno de los contrayentes y que pendía de su arbitrio cumplirlo o no, mientras que él puede obligar a la otra parte para que cumpla (124). 3. Que las razones dichas son aplicables también a los contratos celebrados por el principio (125).

Por tanto, puede concluirse que, por lo menos, según la autorizada opinión de Castillo de Sotomayor, que se acaba de exponer (126), aquellas cláusulas de exoneración firmadas por nuestros compradores, habrían de considerarse nulas y como no puestas y estos habrían podido exigir (a pesar de ellas) la entrega en debidas condiciones de la mercancía vendida.

b) *Antecedentes inmediatos*.—Desde la segunda mitad del siglo XVIII se deja sentir en España la general reacción que se produce en el continente europeo en favor del respeto a la ley. En ésta se ve la expresión de la voluntad general del pueblo, del orden racional a que aspiran los ilustrados y de la atención al bien común, nota espe-

(121) Rec. 9, 9, 2. La condición segunda establece: "No se ponga descontento por caso fortuito, no pensado ni acaecido ni atm por guerra que mueva el Rey, ni por navíos y bestias de carga, que tome para cosas del Real Servicio dentro o fuera del Reino".

(122) CASTILLO DE SOTOMAYOR, III, 3, § 60, p. 53, recogiendo y desarrollando la opinión de LASARTE *7 de decima*, 18, 83.

(123) Argumentación de CASTILLO DE SOTOMAYOR, III, 3, §§ 64-67, p. 54, recogiendo en su apoyo las opiniones de numerosos autores.

(124) CASTILLO DE SOTOMAYOR, fd., §§ 72-75, p. 55.

(125) CASTILLO DE SOTOMAYOR, fd., § 76, p. 55, recogiendo la afirmación de Baldo.

(126) La autoridad de CASTILLO DE SOTOMAYOR fué muy grande, como tratadista (mereciendo su monografía sobre alimentos ser a su vez objeto de un comentario por el presidente Melo), antiguo profesor, experimentado magistrado y alto funcionario.

cífica de la ley. Se piensa que si las leyes tienen por fin "constituir en la República una determinación en las acciones de sus miembros, de que resultase concertada armonía en el orden público y privado, no pueden lograr este fin si en los súbditos hay facultades para dispensarse de su obediencia y depende de su voluntad el sujetarse a ellas" (127). Los constitucionalistas del siglo XIX afirman el valor supremo de la ley en su significado de desarrollo de la Constitución, en la que se ve la planta de todo el edificio legal (128). Los autores no dudan ya, por este tiempo, en condenar la renuncia de las leyes, a la que motejan de hacer ilusorios los preceptos prohibitivos y de ser "letra de la ley" (129), y después llegarán hasta afirmar que la irrenunciableidad es una propiedad esencial de la ley (130).

Dado este ambiente, al redactarse el Proyecto de Código civil de 1851, no pareció bastante reproducir el artículo 6 del C. c. francés en su artículo 11 (131), sino que se le hace preceder del artículo 4º, que dice: "la renuncia de las leyes en general no surtirá efecto. Tampoco lo surtirá la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario" (132).

A pesar de ello, en la práctica se continuaban insertando en las escrituras públicas las cláusulas de renuncia a la ley, y los autores las mantienen en los libros formularios. En este respecto, la realidad jurídica española no cambia hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1857, dictada en recurso de nulidad (133). En sus con-

(127) JUAN FRANCISCO DE CASTRO: *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, 1765, II, págs. 119-120.

(128) *Proyecto de Código civil. Discurso preliminar*, 1821, p. 10. En los artículos 31-33 se regula la nulidad de los actos contra ley y la renuncia de ésta y la validez (si se hizo con libertad) de la de los demás derechos individuales.

(129) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, JOAQUÍN AGUIRRE, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escrivábanos*, 1842, III, p. 133.

(130) GUTIÉRREZ: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 2.ª ed., 1868, I, p. 111, 115; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 1899, I, p. 21, 39.

(131) "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres" (art. 11).

(132) El primer párrafo concuerda con los Códigos prusiano y austriaco; el segundo es nuevo, aunque apoyándose en Nov. 10, 1, 17 y 22; 10, 3, 1; 10, 11, 6 y 7. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, 1852, I, p. 17.

(133) El caso planteado era el siguiente: Don José y doña Petrola, marido y mujer, otorgan en mancomún unas escrituras de confesión de préstamos, en las que, como era usual, se renuncia a las leyes y derechos de la mancomunidad, y doña Petrola hace renuncia expresa y especial de lo dispuesto en las Partidas (P. 5, 12, 2) y en la ley 61 de Toro, de cuyo contenido se dice instruida por el escribano y jura haberlo otorgado libre y espontáneamente por ser de su utilidad. Demandada, doña Petrola excepciona la nulidad del contrato de préstamo. Después de dos sentencias, una en pro y la otra en contra, la cuestión pasa al Tribunal Supremo. El prestamista alega: "la renuncia expresa y privada de los beneficios de la indicada ley" (la 61 de Toro, S. C. Vallaeamum) y el ser "doctrina legal que dichas renuncias excusan y anulan el cumplimiento de aquella ley, por cuanto siendo sus disposiciones un privilegio otorgado a la mujer, éstas pueden usar de él o renunciarlo libremente".

siderandos se sienta la doctrina: "que las leyes prohibitivas no son consideradas generalmente renunciables y que aun siendo verdaderos privilegios no siempre son susceptibles de renuncia sin permisión expresa de la ley", que es completamente improbable que el legislador quiera fiar el cumplimiento de los fines de la pública utilidad que se proponía al mero y simple arbitrio de los propios interesados en eludirla" y que "es visiblemente contraria así a su letra como a su espíritu, toda doctrina o interpretación que directa o indirectamente tienda a rebajar su exacta observancia, cualesquiera que sean los precedentes en que se funde, las autoridades en que se apoye y los casos en que haya prevalecido" (134).

Con esta sentencia pudiera decirse que termina el período que ha sido denominado de "individualismo anárquico" (135). Desde entonces, la doctrina de los autores condena, con unanimidad, la renuncia de las leyes y los prácticos respetan la autoridad del Tribunal Supremo.

c) *Derecho vigente*.—El relato hecho de la lucha sostenida contra la renuncia de las leyes se justifica porque también las cláusulas exonerativas puestas como ejemplos (compra de la trilladora y de las cajas de huevos) implican renuncia de leyes; bastará para convencerse de ello comparar los casos últimamente recordados de exoneración en los supuestos de lesión enorme, "non numerata pecunia", y carga de riesgos. La situación, después de la publicación del Código civil, no es más favorable a la validez de tales cláusulas, la diferencia innovadora consiste en que la sanción de nulidad antes implícita es ahora terminante contra la renuncia de las leyes (135 bis).

En nuestro Derecho vigente las condiciones generales podrían ser impugnadas, en cuanto lo sean, como contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o por constituir un abuso de derecho; pero el defecto más frecuente y más fácil de diagnosticar será el que resulta de contener, oculta o abiertamente, la renuncia de ciertas leyes. Mas, para llegar a esta conclusión, habrá que hacer previamente algunas aclaraciones.

Los Códigos mercantil y civil han mantenido la secular tradición que viene afirmando la importancia central del principio de la autonomía de la voluntad. Se reconoce a los particulares el poder de iniciativa para reglar a su conveniencia los propios asuntos y se pone a su disposición la fuerza coactiva del Estado para hacer cumplir lo por ellos establecido. Reflejo en la esfera del Derecho privado de las ideas de libertad e igualdad, los contratos que merecen la protección legal "han de ser libres y en ellos ha de imperar la justicia" y, a tal efecto, se

(134) La sentencia está reproducida en J. C., 2 (1857), p. 475 y ss.

(135) DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, ed. 1959, I, p. 155; DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho civil*, 1932, p. 358; CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, ed. 1951, I, p. 382.

(135 bis) Art. 4º. Hay, además, repartidas por todo el Código civil disposiciones que se refieren a la renuncia, sea utilizando esta palabra o las de repudio, no admitir o aceptar, condonar, perdonar; comp. la nota 161.

excluyen "todos los privilegios o monopolios en favor de gremios, corporaciones o personas" (136); amplísima libertad para contratar, siempre "dentro de los principios eternos del Derecho y de la moral" (137). El principio de la libertad de contratación se defiende, desde el siglo XVIII, como derecho del hombre a desarrollar su personalidad y también como instrumento destructor de desigualdades, de los privilegios que trabajan, hasta anquilosarle, el antiguo régimen (138).

Modernamente se habla de crisis del contrato y de crisis de la autonomía de la voluntad, tanto que estas frases se han convertido en un lugar común (139). Lamentada, con motivo, cuando se alude al desmesurado intervencionismo de la Administración. Sin razón, en cambio, cuando se infiere de medidas y doctrinas que limitan el ámbito de la autonomía, para conservar el significado substantivo de este principio. El carácter "sagrado" que se atribuye al contrato descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas relativamente iguales (140); mientras sirva, como todavía hoy se puede afirmar, para "el libre desenvolvimiento de la personalidad" (141). En cambio, pudiera calificarse como degradación o abuso pretender amparar bajo el nombre de libertad de contratación los pactos que se confeccionan e imponen al dictado.

La Historia no se repite, si los artificios. Como otras veces (reúndese lo dicho sobre el Derecho feudal), un grupo social poderoso emplea la forma del contrato para aumentar su poder, desplazar el Derecho legislado, crear nuevas normas e imponer una jurisdicción a su servicio (142). No ignoraban esta posibilidad quienes redactaron nuestros primeros Códigos, desde el primer momento, para evitarlo, se ponen límites a la autonomía de la voluntad, en "salvaguardia de la moral

(136) Frases de la Introducción del Decreto de 20 septiembre 1869, estableciendo las bases para la redacción del Código de Comercio,

(137) Exposición de Motivos del Código de Comercio.

(138) La repetida frase de Maine (Henry James Sumner) de que el progreso conduce del status al contrato, es cierta, pero sólo respecto a ese determinado momento histórico.

(139) Véase, por ej., OSSORIO MORALES, *loc. cit.*, p. 264; CASTÁN, *loc. cit.*, III, p. 296; HERNÁNDEZ GIT.: *Derecho de obligaciones*, 1960, I, p. 226; CASTÁN: *Crisis mundial y crisis del Derecho*, 1960, en especial p. 68 y ss.

(140) CHESNELL, Fifoot, *loc. cit.*, p. 221-22.

(141) HEDEMANN: *Das Wirtschaftsrecht*, *loc. cit.*, p. 382, n. 8; LARENZ, *loc. cit.*, p. 48; por lo que se le entiende garantizado en la Ley fundamental alemana, art. 2.

(142) Con razón se ha advertido que ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa que la cláusula compromisoria. No obstante su consideración como contrato preliminar de arbitraje por la Ley de 22 de diciembre de 1953, y la previa designación de árbitros que ésta permite (art. 8), la cláusula será inválida si se hace a favor de persona o de institución de imparcialidad sospechosa, o cuando por el lugar del arbitraje u otra circunstancia se coloque a una parte en una situación de inferioridad que constituya un defecto de los que impiden la eficacia de un convenio (art. 3); es decir, también de los aquí estudiados como determinantes de ineficacia de las cláusulas. HILDEBRANDT, A. C. Pr., 143, p. 328. Sobre esta cuestión y la conexa de la sumisión directa o indirecta (omicilio efectivo), MROCH, p. 54 y ss.

y de la legislación" (143). Los contratantes no pueden establecer pactos contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255). Los pactos contra la ley, los que impliquen renuncia de las leyes, son nulos (art. 4); se tendrá por no puesto el juramento, para que no se pueda reforzarlos contra la ley (art. 1.256).

La plena eficacia de estas normas respecto a las condiciones generales ha encontrado un impedimento difícil de apartar, más que por su gravedad intrínseca, por tratarse de uno de esos tópicos dogmáticos que aceptamos todos sin pararnos a reflexionar. Ejemplo claro del lado sombrío, de los peligros que lleva consigo la teoría jurídica.

Los pandectistas, al recoger la vieja distinción entre reglas jurídicas sobre materia privada y sobre materia pública (144), procuran sistematizarla y la combinan con la clasificación hecha en base de su eficacia imperativa, prohibitiva y permisiva (145); y así se relaciona con la autonomía de la voluntad. De este modo se separan dos tipos de normas, las imperativas, que se imponen automática y necesariamente, sin atender a la voluntad de las partes, y las dispositivas, que dejan a disposición de los particulares cierto margen de libertad. Un prurito de simplificación, estableciendo escalones claramente delimitados para la regulación de los negocios jurídicos (Derecho imperativo, voluntad, Derecho dispositivo), nacido probablemente de preocupaciones didácticas, lleva a identificar Derecho dispositivo con las normas de mera eficacia supletoria (146). Esto, y los prejuicios del antiguo liberalismo, hacen considerar excepcional el Derecho imperativo, inapto para la interpretación extensiva y la analógica; mientras que el Derecho dispositivo se entiende que recoge la regulación presumiblemente querida por las partes y que, por tanto, puede ser barrido "in toto" por la voluntad de los contratantes. Este carácter de Derecho dispositivo tienen, se añade, la mayoría, casi todas las normas del Derecho de obligaciones (147).

Autores alemanes han sido también los que mejor han reaccionado contra esta estrecha y simplista concepción del Derecho dispositivo. Han vuelto a descubrir que las normas que regulan los contratos, y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifies-

(143) PORTALIS, al presentar el Proyecto del que después sería el art. 6 del Código civil francés, *Motives*, II, p. 20.

(144) Referida en la nota 111.

(145) D. 1, 3, 7.

(146) SAVIGNY: *Sistema del Derecho romano actual* (trad. Mesía, Polley), I, § 15, I, p. 54; BARON: *Pandekten*, ed. 1893, § 12, p. 28; REGELSBERGER: *Pandekten*, 1893, p. 129; WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, ed. 1873, I, § 30, p. 68.

(147) VON TIEHR: *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Recht*, 1910; I, Einl. VI, 2, p. 25-26; RIBERT, BOULANGER, *loc. cit.*, p. 11; CASTÁN, *loc. cit.*, I, 1, p. 260; ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, ed. 1959, I, p. 9-10; HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, p. 229.

tan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una "función ordenadora", por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente (148).

Liberados del señalado prejuicio teórico sobre el significado del Derecho dispositivo, se podrán advertir nuevos matices diferenciales entre las reglas del Derecho de obligaciones que permitirán un mejor enfoque de nuestra cuestión (148 bis). Existen normas imperativas no sólo sobre la perfección del contrato, sino también, y más de las que generalmente se indican, respecto al contenido de los contratos (149). Hay, de otro lado, preceptos de carácter secundario, de mero significado supletorio, para los que la ley señala abiertamente la posibilidad de ser desplazados por el pacto; supuestos de solución indiferente, por ejemplo, por su significado accesorio (art. 1.455) o por tratarse de un riesgo por causas ajenas a la voluntad de las partes (art. 1.475); en todos los que, por no derivar de la naturaleza del contrato, se puede permitir la renuncia a los beneficios legales, como así se dice expresamente en algún caso (p. ej., art. 1.477) (150).

Entre uno y otro tipo de reglas están aquellas otras, menos definidas, en las que no se manifiesta externamente su carácter. Conviene distinguir, para mayor claridad, las siguientes clases de normas.

1. Dentro de las que se refieren a la sustancia misma de los contratos hay unas, *a*), que se derivan de la naturaleza misma de los contratos onerosos y commutativos, y otras, *b*), que resultan de la propia condición de cada tipo de contrato.

a) Se nos ha dicho: "La libertad de pactos reconocida en nuestra legislación lleva también en ésta límites infranqueables; las leyes, la moral y el orden público" (art. 1.255 C. c.). Pensamiento que se ha completado agregando: que la contratación tiene "un mero muy pre-

(148) Esta dirección, apuntada por BRANDT, *loc. cit.*, p. 76 y ss., 81 y ss. (con indicaciones ya en RAISER, p. 282, 295-296; KOCH, p. 245, y HAUT, p. 205), es afirmada por la autoridad de NIPPERDEY, *loc. cit.*, I, 1, § 49, p. 185, I, 2, § 163, p. 695, y confirmada por la de VON HIPPOL, *loc. cit.*, p. 27, nota 17 a), la de LARENZ, *loc. cit.*, I, p. 75-78; la de LÜKES, *loc. cit.*, p. 463, 469-470; la de RAISER: *Verhandlungen*, p. 41, y la de STOLZ, *id.*, p. 14. De tal modo que MROCZI puede decir que sobre esto hay ya una amplia unidad de criterio, *loc. cit.*, p. 39.

(148 bis) Los redactores de condiciones generales no respetan ni las normas imperativas (tremieza a las que protegen al incapacitado) ni el criterio de irretroactividad (sumisión a los cambios futuros de las condiciones). *Verhandlungen*, p. 35, 40.

(149) Sobre esto puede verse lo indicado en: *Las leyes nacionales, la autonomía*, 3^a, *loc. cit.*, p. 1017, nota 46.

(150) Estos casos en que expresamente se permite el pacto para excluir la regulación legal, no autorizan para concluir "a contrario" que en los demás no esté permitido desplazarla. Indican, en cambio, que el legislador no ha partido del principio de que todos los preceptos del Derecho de obligaciones hayan de ser supletorios y que, por ello, ha creído necesario señalarla en ciertos casos para destacar de ese modo los que sólo tienen este carácter.

ciso en los principios generales del Derecho; ese marco es la justicia, de que es expresión el Derecho; la justicia comutativa, que es la que debe informar las relaciones contractuales" (151). La misma ley, podemos añadir, señala la importancia decisiva de la reciprocidad de prestaciones e intereses como fundamento de los contratos onerosos (artículos 1.274, 1.289) y excluye la validez de los pactos en que su cumplimiento se deja al arbitrio de uno de los contratantes (arts. 1.256, 1.449, 1.115) (151 bis).

b) En cada tipo de contrato quedan también fuera del arbitrio de las partes aquellas obligaciones y facultades que constituyen su esencia, como, por ejemplo, la de la entrega de la cosa vendida y la del pago del precio, en el contrato de compraventa (art. 1.445).

2. Las facultades u obligaciones que, aun no esenciales, derivan de la naturaleza de cada tipo de contrato tienen una peculiar relevancia, indicada ya por las referencias que a la naturaleza del contrato hace el Código (152). La que impide que puedan considerarse como reglas meramente supletorias aquellas en las que se establecen. La dirección doctrinal alemana últimamente referida, afirma que el pacto o cláusula que se aparte del tipo legal y por el que se abandone alguna facultad u obligación, para que sea válido, habrá de estar justificado por alguna razón concluyente, estar su renuncia especialmente justificada o compensada (153). En el Derecho español está permitida la modificación de los tipos contractuales, cabe la exclusión de esta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato (p. ej., venta a riesgo y ventura, rebaja de precio, de saldos, etc.) no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la ley.

Aplicando estas ideas a nuestra cuestión, puede concluirse que las cláusulas de exoneración pueden ser impugnadas por varios motivos; cuando el resultado a que se llegue choque gravemente con los principios de la justicia comutativa (154) o con la buena fe (resolviendo

(151) DE DIEGO: *Dictámenes jurídicos*, 1958, II, Dic. 53, p. 367, 641. La autonomía amparada por el Derecho "no es omnívora, sino que por razones superiores impuestas forzosamente para regular la convivencia, dentro de la sociedad civil, la restringen" y no puede admitirse con tal extensión que de ella resulte "quebranto grave de los principios morales que nos rigen" S. T. S. 4 julio 1953; también S. T. S. 10 diciembre 1959. Esta es la concepción de los redactores del Código: "la equidad y la buena fe son el alma de los contratos", GARCÍA GOYENA, III, p. 9-10. Ya en D. 44, 7, 2, 3.

(151 bis) DE DIEGO: *Dictámenes*, II, p. 615.

(152) Arts. 1.258, 1.286, 1.257, 1.104. GARRIGUES lo ha advertido bien, al señalar la importancia de que una cláusula de condiciones generales contradiga la naturaleza del contrato, *Contratos bancarios*, p. 243, 244, notas 14 y 15. La jurisprudencia, en el mismo sentido, habla del "principio general de sancionar la cosa vendida". S. 15 febrero 1958.

(153) Autores citados en la nota 148.

(154) DE DIEGO: *Dictámenes*, II, p. 609, y lo citado en nota 151.

según aconseje la justicia y equidad en el caso concreto) (155); cuando se deje prácticamente al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la prestación principal (156), y en el caso de que uno de los contratantes se desprenda simplemente de las acciones o excepciones que le corresponden. En todos estos supuestos va implícita una renuncia no permitida a la ley (156 bis) y, por tanto, será nula la cláusula que la contenga.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no parece mostrarse remisa en atribuirse el poder de vigilar la validez de las cláusulas contenidas en las condiciones generales y, en su caso, en declarar su ineficacia. Las ha fundado, según se nos dice, en la consideración de que, respecto de los efectos del contrato (art. 1.258), "en la determinación de estos efectos, podrá el juez buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes (157) y que, en los contratos de adhesión el juez tiene un poder excepcional de interpretación" e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta, doctrina muy a tono con el espíritu social que impregna gran parte de nuestra legislación (158). Mas sea cualquiera la base doctrinal utilizada, lo cierto es que ha declarado nulas, por ejemplo, cierta cláusula de exoneración total de responsabilidad inserta en un billete gratuito concedido por la RENFE (159), la de una Compañía de seguros por la que injustificadamente resultaba liberada respecto al asegurado (160) y otra más compleja de exoneración de responsabilidad por hechos propios y de sus correspondientes impuesta por el Banco Exterior de España (161).

(155) S. 31 mayo 1957 utiliza este criterio para negar aplicación a disposiciones del Código de Comercio en las que se amparaba el vendedor para excusarse de responder por haber entregado una mercancía (cerveza) en malas condiciones.

(156) En el mismo Derecho inglés, tan conservador y en el que se emplea ampliamente la máxima "caveat emptor" (tan poco equitativa), se ha puesto en duda la validez de cláusulas mediante las cuales uno de los contratantes pudiera negarse a cumplir la prestación esencial (la métrula) del contrato: en todo caso, se le considera ineficaz "en el momento en que se sienta el menor olor de propósito ilegítimo", MELVILLE, *loc. cit.*, p. 31, 32, 37.

(156 bis) La S. T. S. 23 noviembre 1955, aunque referida a la nulidad de la renuncia a la acción por lesión "ultra dimidium" en Cataluña, utiliza argumentos de aplicación general: actuación próxima a la dolosa, abuso del derecho, enriquecimiento injusto.

(157) S. 10 diciembre 1959.

(158) S. 12 marzo 1957.

(159) S. 4 julio 1953. La cláusula decía: "Este billete está concedido bajo la expresa condición de que la RENFE no responde de ninguna clase de perjuicios que puedan ocaſionarse al portador del mismo y demás personas en él comprendidas."

(160) S. 28 marzo 1956. Se había pactado que el asegurado perdería el acrecho a la indemnización convenida para caso de incendio, cuando para justificar la preeexistencia de los objetos siniestrados o al valorarlos exagere la cuantía de los daños.

(161) S. 23 diciembre 1954. La cláusula dice: "Declinamos toda responsabilidad por la pérdida de efectos y documentos en camino, por retraso en la presentación, devolución, aviso de cobro, reembolso de efectos cobrados y cual-

Además, han de citarse, en esta misma dirección, la serie de sentencias que han declarado la ineficacia de las cláusulas exonerando a los Bancos de responsabilidad por pagar cheques indebidamente (162) y por entregar, del mismo modo, lo recibido en depósito (163).

De lo dicho ha de deducirse que la invalidez de una cláusula puede darse lo mismo en el caso de estar contenida en un contrato individual que en el de encontrarse en unas condiciones generales (164). La especialidad de las condiciones generales reside en otra parte, en la peligrosidad intrínseca de este modo de proceder; pues, redactadas por una empresa o grupo de empresarios, es presumible se considere en ellas sólo el interés de éstos; prefabricadas, sin atender a ningún contrato concreto, quedan separadas, independizadas del contrato al que se les añada. Por todo ello, la agravación de responsabilidad impuesta al cliente y la exoneración de responsabilidades concedida al empresario, no pueden resultar justificadas por la especialidad del contrato concertado y hacen que, normalmente, se les pueda calificar como renuncia de leyes (165) y, en su consecuencia, como cláusulas nulas.

d) *La nulidad de la cláusula.*—Todavía será necesario tratar, aunque sea rápidamente y de paso, la cuestión de si la nulidad de una cláusula arrastra consigo la nulidad de todo el contrato de que forma parte ("vitiatur et vitiat") o si, por el contrario, el contrato sigue siendo eficaz, aunque haya de serlo con la modificación de estimar como

quier negligencia de nuestros corresponsales; en estos casos, como en el recibir aviso de falta de aceptación o de cobro, quedan nuestros clientes obligados a efectuar, a nuestra petición, el reembolso correspondiente, si le hubiésemos concedido facilidades sobre el efecto de que se tratase."

(162) S. 28 febrero 1896, 3 febrero 1927, 16 enero 1928, 11 junio 1943.

(163) S. 24 diciembre 1906, 2 julio 1915, 18 marzo 1919, 16 enero 1929.

(164) En este sentido tienen razón quienes observan que es injusto dar distinto trato a unas mismas cláusulas, sólo por estar insertas en unas condiciones generales; MÖLLER: *Verhandlungen*, p. 38.

(165) No son confundibles renuncia a la ley y a los derechos. El Código permite expresamente la de éstos. Se refiere a los adquiridos ("iura quae sita"), entendiendo por tales también los que se encuentren en una situación interina (comp. ya GÓMEZ, L. T. 22, § 2, p. 176, "ius de futuro ex causa de praesenti", diferente del "merum ius de futuro"), pero no los derechos, acciones o excepciones que puedan conceder las leyes. No es posible disponer de lo que no existe (S. T. S. 2 abril 1949, 2 marzo 1959). Tampoco se permite obligarse a la renuncia de los dichos derechos, pues ello equivaldría a renunciar a las leyes que los concedan, vaciándolas de su contenido (S. 2 abril 1949). La distinción se encuentra en varios preceptos legales (p. ej., arts. 151, 646, 652, 655, 1.102, 1.935 C. c., art. 1 Regl. IAR), ha sido aplicada por el T. S. respecto a las relaciones de trabajo (S. 19 mayo 1924, 8 julio 1924, 21 octubre 1924, 28 enero 1926, 12 noviembre 1931, 14 mayo 1952), arrendamientos rústicos (S. 23 marzo 1936, S. (Soc.) 25 mayo 1959), arrendamientos urbanos (S. 30 marzo 1951, 18 diciembre 1952, 24 septiembre 1955) y derechos hereditarios (S. 2 abril 1949, 28 marzo 1958, 2 marzo 1959). Está permitida, en cambio, la renuncia de derechos adquiridos en virtud de reglas del Derecho imperativo, cuando como adquiridos hayan entrado en el patrimonio del beneficiario y éste no se encuentre ya en la situación de necesidad o desigualdad tenida en cuenta por la ley para protegerle (S. T. S. 19 mayo 1924, 17 febrero 1958).

no puesta la cláusula ("pro scripta non habetur") y como válido todo lo demás convenido ("vitiatur sed non vitiat").

La decisión que se adopte puede tener importancia práctica. El comprador que acepta la cláusula leonina por adquirir en momentos de escasez no se atreverá a impugnarla, si ello significa perder la posibilidad de conseguir la mercancía; como tampoco lo hará en los casos de contratos de suministros y otros semejantes. En cambio, si se mantiene la validez del contrato se facilita la impugnación de las cláusulas ilícitas.

Una y otra solución, matizadas con presunciones diversas, se han mantenido en los diferentes sistemas jurídicos (166). El Derecho español no ha repugnado nunca la figura de la nulidad parcial, como mutilación sanadora del contrato, y ha aceptado como regla el axioma del Derecho común, "utile per iunctile non vitiat". El Código la utiliza repetidas veces (167) y se ha estimado imprescindible para aplicar debidamente las leyes dictadas para proteger a los contratantes en situación de inferioridad económica o social (168) y la jurisprudencia, salvo una desviación ocasional (169), la utiliza constantemente (170). En los casos antes referidos ha considerado válidos los contratos y nulas las cláusulas abusivas de las condiciones generales (171).

(166) El Código civil alemán se inclina hacia la nulidad del contrato (§ 139), conforme a la regla de apariencia lógica: "unus actus non potest pro parte valere, pro parte non". La jurisprudencia y la doctrina han procurado reducir la eficacia del precepto para evitar las consecuencias más injustas; NIPPERDEY, *loc. cit.*, I, 2, § 202, 4, p. 867; cuestión que especialmente preocupa en el caso de las condiciones generales, LUKES, *loc. cit.*, p. 484 y ss; MROCH, p. 50 y ss.

En la doctrina francesa se considera aplicable el art. 1.172 de su C. c. (correspondiente a nuestro art. 1.116) y entiende que el contrato será en su totalidad nulo si constituye una unidad indivisible con la cláusula nula y que se mantendrá la validez del contrato en el caso que a pesar de la falta de la cláusula no se rompa la economía del contrato, RIEPERT, BOUTANGER, *loc. cit.*, II, § 695, p. 257; MAZAUD: *Leçons de Droit civil*, 1956, II, § 329, p. 257. Parece se confunde "conditio", que afecta directamente el fin del contrato (causa consentida), y condición (cláusula), que se refiere al contenido del contrato, a los derechos y obligaciones que gradúan (pero de las que no depende) la eficacia del contrato, respecto de cada contratante.

En el Derecho suizo hay una prestación en favor de la continuada validez del contrato (art. 20 C. de obl.). En el Derecho italiano se llega a resultados semejantes a los que ha obtenido la doctrina española, CARIOTA FERRARA: *Il negocio giuridico*, p. 332 y ss.

(167) P. ej., arts. 400, 515, 636, 641, 654, 737, 780, 792, 793, 794, 814, 817, 820, 1.155, 1.170, 1.260, 1.508, 1.608, 1.826 C. c., según los entiende la doctrina.

(168) Aplicación de las Leyes de Usura, Contrato de trabajo, arrendamientos urbanos y rústicos, por ejemplo. También puede comp. lo dicho en *Derecho civil de España*, I, p. 599 y ss.

(169) Respeto a la interpretación del art. 3 de la Ley de 23 de julio 1943; comp. *Derecho civil de España*, I, p. 599-600, nota 7.

(170) Ultimamente, S. T. S. 25 enero 1955, 11 noviembre 1955, 17 mayo 1958.

(171) Citadas en notas 156 bis-163.

V. UTILIDAD DE UNA REFORMA LEGISLATIVA

Como epílogo o complemento de lo tratado, parece insoslayable agregar, aunque también de prisa y someramente, unas indicaciones sobre la posibilidad y conveniencia de que se dictasen normas legales para reprimir con ellas los efectos perniciosos de las condiciones generales de los contratos. Efectos perniciosos que trascienden del daño que puedan inferir al particular, ya que desprestigian las leyes y hasta resultan perturbadoras para la economía nacional.

Es posible sostener que la reforma legislativa no es necesaria porque la jurisprudencia ha demostrado con sus sentencias que el control judicial sirve para reprimir los mayores excesos, aplicando debidamente las disposiciones vigentes. Mas a ello se ha podido objetar que, no obstante la sentencia que declara nula una cláusula, ésta seguirá siendo incluida en los formularios, ejerciendo así la consiguiente presión intimidatoria sobre el cliente (172), y que nadie puede asegurar que la jurisprudencia —como ha ocurrido en ocasiones— no vaya a cambiar de rumbo.

El legislador español ha estimado que la condena hecha por la más autorizada doctrina de la cláusula de cuenta corriente de efectos no bastaba, y ha considerado conveniente su expresa prohibición en el articulado de una ley (173).

Entre los autores, también se advierte el anhelo por la seguridad que da la ley. Después de haberse señalado los abusos e injusticias que se cometen al amparo de la libertad de contratación, se nos dice: "Las facultades amplias concedidas a los tribunales en materia de préstamos u operaciones usurarias merecían ser generalizadas a toda clase de convenciones, para disponer de un medio de reducir obligaciones excesivas o declarar ineficaces cláusulas draconianas, y cortar, en una palabra, los abusos que puedan cometerse a la sombra de la contratación" (174).

El Código civil italiano dedica unos artículos a las condiciones generales (art. 1.341) y a los contratos concluidos mediante módulos o formularios (1.342). La principal garantía en favor de la clientela se busca en la exigencia de que consten específicamente aprobadas por escrito aquellas cláusulas que enumera, es decir, las estimadas generalmente como peligrosas o vejatorias. El propósito fué proteger a la parte más débil en la contratación; el resultado ha sido —se nos advierte— más bien favorable a los empresarios (175). La explicación del despropósito, se dice, se encuentra en que al llevarse a cabo la redacción se contaba con la regulación justa que a la industria y al comercio impondría el sistema corporativo, después desaparecido (176).

(172) Como ha señalado HILDEBRANDT: *Verhandlungen*, p. 31.

(173) Art. 4.^o de la Ley de 23 de febrero 1940.

(174) CASTÁN: *loc. cit.*, III, p. 304; MROCH, p. 40.

(175) Comp. GENOVESE, p. 158 y ss. También lo citado antes, en la nota 88.

(176) MARZILI, *loc. cit.*, p. 135.

La doctrina italiana no parece satisfecha y se han hecho propuestas para la reforma del Código en esta materia (177).

En Alemania, la ley contra la limitación de la concurrencia, de 27 de julio de 1957, contiene alguna referencia a las condiciones generales. La prohibición de los "cartels" no se extiende a los acuerdos para conseguir la uniformidad de las condiciones generales; mas la existencia de dichos acuerdos habrá de ponerse en conocimiento de la autoridad y ser ellos inscritos en el registro de "cartels". Los proveedores y presuntos clientes habrán de ser citados antes, para conocer su opinión sobre las condiciones; tal opinión, redactada por escrito, deberá adjuntarse a la notificación hecha a la autoridad. Esta puede oponerse a su ejercicio si las condiciones son abusivas o contrarias a lo dispuesto en los Convenios internacionales firmados por Alemania (artículo 2), "las empresas dueñas del mercado" (monopolios), oligopios u oligopolios pueden ser intervenidos por las autoridades sobre "cartels" "cuando, al celebrar contratos sobre mercancías o servicios, tales empresas utilicen abusivamente su posición sobre el mercado de la oferta y demanda, de los precios o para el establecimiento de condiciones generales de los negocios" (art. 22).

De "lege ferenda" se ha pensado en un precepto que diga: "Las disposiciones que una parte introduzca para completar el contrato individual (condiciones generales de los contratos) serán ineficaces cuando disminuyan inequitativamente los derechos de la otra parte" (178). Se ha propuesto también dar carácter imperativo a ciertas reglas del Derecho de obligaciones (179), o bien hacerlas semi-imperativas, es decir, que obliguen al empresario pero no al cliente (180), o también darles valor de irrenunciables, en caso de tratarse de contrato hecho conforme a formulario o cláusulas generales y de permitir su renuncia en el supuesto de contratos individuales (181). En fin, y para terminar esta enumeración, ha de señalarse que, últimamente, se ha dado forma a la tendencia doctrinal más moderna, sugiriendo se lleve a la parte general del Código civil un artículo que diga: "Las condiciones generales de los contratos serán eficaces sólo en cuanto las desviaciones en ellas contenidas respecto a la regulación legal, estén justificadas por lo especial de la situación" (182).

En cambio, en general, la doctrina no se muestra partidaria de la intervención administrativa (salvando la referente a bancos, seguros, transportes y exportación), por temor a que ponga en peligro la liberalización del comercio (183).

Estas notas apresuradas e incompletas pueden bastar por ahora;

(177) DOSSETTO, *loc. cit.*, p. 136 y ss.

(178) STOLDT: *Verhandlungen*, p. 15; MROCH, p. 41.

(179) Como se practica en los Convenios Internacionales. MROCH, p. 42.

(180) MÖLLER, *íd.*, p. 22; RAISER, *íd.*, p. 26.

(181) RAISER, p. 26; MROCH, p. 43.

(182) MROCH, p. 49.

(183) *Verhandlungen*, p. 22, 27, 37; MROCH, p. 28 y ss.

la cuestión de “*lege ferenda*” excede del ámbito de este estudio, pues requiere considerar la realidad social y económica, oír a los interesados y, en fin, proceder con la lentitud y prudencia que es siempre necesaria para determinar la oportunidad y el contenido de una reforma legislativa..

C O N C L U S I O N

Ahora, al estar terminando, al fin, este discurso, y volver la mirada atrás, se puede observar que iniciado como disquisición teórica ha ido adquiriendo los caracteres de un hipotético dictamen, a la imaginada consulta de aquellos compradores de una trilladora y de unas cajas de huevos. Esta semejanza me permite que, al concluir, lo haga de manera también parecida a como acaban los dictámenes, diciendo: éste es mi parecer, que, con gusto, someto al más ilustrado de la Academia.

El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial^(*)

JUAN B. JORDANO BAREA

SUMARIO.—*Introducción*: Problemática del matrimonio putativo. Idea previa del m. p. El artículo 69 C. c. como disposición común a las dos clases de matrimonio, canónico y civil, reconocidas por la ley española. El problema de las relaciones entre el ordenamiento canónico y el civil en materia de m. p. Presupuestos de aplicación del artículo 69 C. c. El problema del título matrimonial. El artículo 51 C. c. y la pretendida exclusión del régimen del artículo 69 ídem, en caso de conflicto entre dos títulos matrimoniales. El matrimonio “declarado nulo” como presupuesto de aplicación del artículo 69 C. c. La retroactividad de la sentencia (declarativa) de nulidad del matrimonio y su pretendida irretroactividad. El m. p. como excepción al principio de la retroactividad. El problema de la inexistencia del matrimonio. Esencia y función del elemento subjetivo de la buena fe. Los capitales problemas del fundamento y naturaleza jurídica del m. p. como núcleo esencial en torno al que girará en lo sucesivo nuestro estudio. I. *Fundamento del matrimonio putativo*: 1. El consentimiento de las partes, pretendido eje del matrimonio putativo.—2. El *favor matrimonii* y la regla *magis valeat quam percat*.—3. La fuerza creadora de la buena fe.—4. La equidad.—5. La protección de la prole inocente (*favor proliis vel legitimatis*).—6. La *utilitas* (pública y privada).—Recapitulación estimativa: la verdadera *ratio iuris* del artículo 69 C. c.—II. *Naturaleza jurídica del matrimonio putativo*: 1. La teoría de la *fictio*.—2. El matrimonio putativo como matrimonio excepcionalmente válido *ad tempus*.—3. El matrimonio putativo como instituto independiente y autónomo, revestido *ministerio legis* de efectos análogos a los del matrimonio válido.—4. La teoría que reconduce el matrimonio putativo a la figura general de la posesión como relación de hecho tutelada por el Derecho.—5. La teoría de la eficacia constitutiva de la celebración del matrimonio, con efectos hasta la sentencia de nulidad, salvo el obstáculo de la mala fe. El matrimonio putativo como regla general. Crítica.—6. Conclusiones sobre el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio en general y del matrimonio putativo en particular: a) El matrimonio como contrato de sociedad extramatrimonial o contrato asociativo, creador de una comunidad familiar y origen por ello de una situación jurídica pre establecida.—b) El matrimonio putativo y la teoría de la apariencia jurídica. La apariencia provocada por el matrimonio declarado nulo es, bajo determinados requisitos y con relación a ciertas personas, un equivalente jurídico del matrimonio válido y eficaz, disuelto.

(*) Este estudio ha sido realizado con una Ayuda de la “Fundación Juan March”.

INTRODUCCIÓN

Problemática del matrimonio putativo

En el mundo jurídico el estado de hecho no siempre corresponde al estado de derecho. Pero la situación *de facto* muchas veces, por consideraciones de diverso orden, merece el mismo respeto que la situación *de iure* y, bajo determinadas condiciones y con relación a ciertas personas, produce consecuencias no diferentes de las que derivarían del correspondiente estado de derecho (1).

Uno de estos casos parece ser el del matrimonio llamado putativo que—como veremos—sólo puede explicarse satisfactoriamente a la luz de la fecunda teoría de la apariencia jurídica.

Así cabe conceptualizar el matrimonio putativo como un matrimonio aparente o de hecho, contraído o celebrado en forma, revelador de una apariencia jurídica matrimonial a la que la ley, *utilitate publica et privata suadente* y mirando muy especialmente al *favor prolis* (protección de la prole inocente), hace producir efectos.

Como ya decía nuestro González Téllez, «illud dicitur putativum, quod de facto celebratum est, sed propter aliquod impedimentum valere non potuit, diciturque putativum ad veri differentiam, quia figuram habet matrimonii et matrimonium creditur» (2). En el mismo sentido, Pegas escribía: «Et quia habet figuram matrimonii veri, dicitur putativum: omnes enim, qui illud vident, verum matrimonium putant» (3). Y el cardenal De Luca resume con esta fórmula la doctrina que sobre la eficacia del matrimonio putativo se formó en el Derecho canónico y común: «Idem operatur matrimonium putativum ac verum»; es decir, los efectos del matrimonio putativo, hasta la declaración de nulidad, se equiparan a los de un matrimonio válido (4).

Estamos convencidos de que únicamente aplicando la ya vieja y siempre moderna teoría de la apariencia jurídica podrán ser resueltos y comprendidos los problemas esenciales del matrimonio putativo en nuestro ordenamiento.

No obstante los numerosos estudios que le han dedicado prestigiosos civilistas y canonistas (5), la institución del matrimonio

(1) Cir. D'AMELIO, "Apparenza del diritto", en "Nuovo Digesto Italiano", I, número 1, p. 550.

(2) GONZÁLEZ TÉLLEZ, "Commentaria perpetua in Decretalia", lib. IV, tít. 17.

(3) PEGAS, "Ad ordin", vol. VII, lib. I, tít. 87, parágrafo 6., número 110.

(4) DE LUCA, "Summa de matrimonio", número 65.

(5) La bibliografía sobre el matrimonio putativo es abundantsima. Además de las obras generales sobre Derecho matrimonial y de otras relacionadas con el tema, vid. las siguientes: HERTIUS, "Dissertatio de matrimonio putativo", Halae-Magdeburgicae, 1747; GAUDEMET, "Du mariage putatif et des ses effets", Dijon, 1865; FISCHER, "Über die Erfordernisse einer Putativehe", en "Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts", XXV, 1881, pp. 69 y ss.; MAN-

putativo ofrece todavía al investigador interesantísimos y capitales temas de meditación, acrecentados en España por la falta de adecuadas interpretaciones del innovador artículo 69 del C. c., que parece salirse fuera de las líneas tradicionales del instituto al disponer que el matrimonio declarado nulo produce efectos civiles respecto de los hijos, aun cuando haya sido contraído de mala fe por parte de ambos conyuges (6).

KIEVICZ, "Die Voraussetzungen der Putativen", Gotinga, 1895; MASSINI, "Del matrimonio nullo contratto in buona fede" Roma, 1895; PIOLA-CASSELLI, "Matrimonio putativo", en "Il Digesto italiano", XVI, I; THIESING, "Die Wirkungen nichtiger Ehen", Munich, 1907; CARTERON, "Du mariage putatif et des effets de la nullité en général en matière de mariage", París, 1907; KIESSLING, "Das Recht des gutgläubigen Ehegatten bei Nichtigkeit der Ehe", Leipzig, 1911; MOREL, "Etude historique sur le mariage putatif", París, 1913; CRISAFULLI, "Il matrimonio putativo in Diritto civile", Turín, 1915; GALGANO, "Violenza nel consenso e matrimonio putativo", en "Rivista di Diritto civile", 1921, pp. 209 y ss., 438 y ss. y 484 y ss.; PIRES DE LIMA, "O casamento putativo no Direito civil português", Coimbra, 1930; LAGARDE, "La théorie du mariage putatif et la succession de l'époux de bonne foi décédé avant l'annulation du mariage", en "Revue trimestrielle de Droit civil", XXXIV, 1935, pp. 815 y ss.; FEDELE, "Impedimenti pubblici occulti e dubbi nel matrimonio putativo", en "Il Diritto ecclesiastico italiano", 1935, pp. 40 y ss.; TRABUCCHI, "Il matrimonio putativo", I.ª parte, "Linee di una teoria civilistica dell'istituto", Padua, 1936; CARON, "Les conditions du mariage putatif", Lille, 1939; FEDELE, "L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo", en "Rivista di Diritto civile", 1939, pp. 313 y ss., 283 y ss. y 458 y ss.; GALLARDO, "L'institution du mariage putatif en Droit français. Etude historique et critique", París, 1939; VASSALLI, "Il matrimonio putativo", en "Studi giuridici", I, Roma, 1939, pp. 147 y ss. y en "Nuovo Digesto italiano", VIII, voz "Matrimonio putativo"; DE RUBEIS, "Matrimonio putativo", en "Rivista del Diritto matrimoniale italiano e dei rapporti di famiglia", 1940, pp. 332 y ss.; MACCHIA, "I problemi essenziali del matrimonio putativo", en "Studi di Diritto matrimoniale", Padua, 1947, pp. 165 y ss.; VASSALLI, "De matrimonio putativo", en "Il monitore ecclesiastico", 1950, pp. 478 y ss.; LIBRANDO, "La bona fides nel matrimonio putativo secondo il Diritto canonico, con riferimento al Diritto civile italiano", en "Archivio di ricerche giuridiche", 1950, pp. 405 y ss.; CTCU, "Sul fondamento del cosiddetto matrimonio putativo", en "Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile", 1952, pp. 1 y ss.; GALLARDO, "Le rôle et les effets de la bonne foi dans l'annulation du mariage en Droit comparé. Etude historique et critique", París 1952; AMENDOLA, "Visione teleologica e costruzione dogmatica del matrimonio putativo alla luce di un unitario metodo ermeneutico", en "Nuova Rivista del Diritto commerciale, Diritto sociale, Diritto dell'economia", 1956, pp. 15 y ss.

En España, vid. VALVERDE, "El artículo 69 del Código civil", en "Revista de los Tribunales", 1894, pp. 717 y ss.; COVIAN, "Matrimonio putativo", en "Enciclopedia jurídica española", t. XXII, pp. 86 y ss.; FUENMAYOR, "El Derecho sucesorio del cónyuge putativo", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1941, 2.º semestre, pp. 431 y ss.; PIÑAR, "El matrimonio putativo", Madrid 1944 (tesis doctoral inédita); RUIZ JUSUF, "Los efectos jurídicos de la ignorancia en la doctrina matrimonial de Hugo de San Víctor y Roberto Pulley", en "Revista española de Derecho canónico", 1948, pp. 61 y ss.; GARCÍA CANTERO, "El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español", Roma-Madrid, 1959, cap. VII, pp. 250-268.

(6) Poniendo la buena fe como fundamento exclusivo de los efectos del matrimonio putativo, VASSALLI (op. cit., número 13, p. 158), llega a sostener que en legislaciones como la nuestra se está fuera de la figura del matrimonio putativo.

¿Cómo se explica este *ius novum* respecto del Derecho canónico e histórico castellano? Sólo recurriendo a la teoría de la apariencia, pensamos, puede explicarse por qué se conserva la legitimidad de los hijos en aquellos ordenamientos (Código civil suizo, Código civil mexicano, legislación portuguesa, antiguo Código prusiano) que, al igual que el español, la admiten aun cuando hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges (7).

Aquí, en esta Introducción, nos limitaremos a esbozar los más graves problemas que el matrimonio putativo plantea en nuestro Derecho, a fin de adquirir una visión de conjunto y de poner los cimientos seguros de la investigación subsiguiente.

Aunque el matrimonio putativo es una creación original del Derecho de la Iglesia (*ius canonicum*) (8), fué éste recibido por el Derecho del Estado (*ius civile*). Aparece ya en el Derecho histórico castellano (Partida 4.ª, tit. III, ley 3.ª), más tarde pasa a la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870 (arts. 94-96) y, por último, al Código civil con una fórmula en la que se combinan la concepción tradicional canónico-latina y la germánica, según los modelos francés y prusiano, respectivamente (9).

El primer problema del artículo 69 del C. c. consiste en fijar su ámbito de aplicación.

No siempre se tiene en la debida cuenta que dicha norma es una disposición común a las dos clases de matrimonio, canónico y civil, reconocidas por la ley española, lo cual plantea la cuestión de las relaciones entre el ordenamiento canónico y el civil en materia de matrimonio putativo, que hay que replantear a la luz del Concordato de 27 de agosto de 1953 y de la Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958.

Especialmente interesantes son esas relaciones entre los dos

(7) Sin duda alguna exagera VASSALLI (op. cit., número 29, p. 177), cuando observa que admitiendo también en este caso la legitimidad de los hijos, se minaría en su raíz el régimen legal del matrimonio. Compárese Royo ("Derecho de familia", Sevilla, 1949, p. 121), para quien los hijos, en el supuesto del párrafo 4.º del artículo 60 C. c., tienen en todo caso un título de legitimidad del que el Estado no puede despojarles empeorando su condición, por lo mismo que el Estado o la Iglesia contribuyeron a crear una apariencia que a los hijos aprovecha, sin que por ello —a mi modo de ver— quiebre el régimen legal del matrimonio y el favor hacia una familia y prole legítima, ya que —como señala Royo— tales hijos nacieron de una unión que superó ciertas pruebas de aptitud nupcial exigidas la Iglesia o el Estado y fué por una o por otro autorizada.

(8) No faltan, sin embargo, atisbos del instituto en algunas decisiones de las fuentes romanas (D., 23, 2, 57, 1 y C., 5, 5, 4).

(9) Sobre la historia del matrimonio putativo véase un breve resumen en FUENMAYOR, op. cit., pp. 434 y ss. Y, además de las obras ya citadas de MOREL, GALGANO y RUIZ JESÚS, véase HUC, "Influence du Droit canonique sur la constitution juridique de la famille", en "Revue critique de législation et de jurisprudence", IX, 1856, pp. 237 y ss.; y ESMÉIN, "Le mariage en Droit canonique (Etudes sur l'histoire du Droit canonique)", vols. I y II, París, 1935.

ordenamientos, canónico y civil, por lo que se refiere al problema de la fijación jurídica de la buena fe (10).

¿Podrá el Tribunal civil fijarla, con vistas a la aplicación del artículo 69 del C. c., cuando no lo haya hecho el Tribunal eclesiástico?

Parece que sí. Pero ¿qué normas deberá tener en cuenta para ello el Tribunal civil: las normas civiles o las normas canónicas?

Dando por sentada la respuesta afirmativa a la primera interrogante, es evidente que el Tribunal civil deberá tener en cuenta, para fijar la buena fe de los cónyuges, las normas del ordenamiento canónico (arg. art. 75, reformado, del C. c., que reconoce la competencia legislativa de la Iglesia por lo que en general se refiere a la reglamentación jurídica del matrimonio canónico) (11).

El segundo problema esencial del matrimonio putativo es el de determinar los presupuestos de aplicación del artículo 69 del Código civil.

¿Es necesario el *título* (forma de celebración del matrimonio) como requisito o elemento objetivo y autónomo?

En este punto la doctrina está dividida. Mientras que Vassalli (12), Trabucchi (13), Ciccù (14), Amendola (15) y, entre nosotros, Fuenmayor (16) y Piñar (17) consideran necesario el título matrimonial como elemento objetivo del matrimonio putativo, independiente y autónomo respecto del elemento subjetivo de la

(10) Víd. BERTOLA, "Buona fe nel matrimonio putativo e relazioni fra gli ordinamenti canonico e civile", en "La giurisprudenza italiana", 1952, IV, col. I y ss., quien se ocupa casi exclusivamente de estas relaciones, desde el punto de vista del Derecho italiano.

(11) Esta solución se imponía ya haciendo aplicación de las normas y criterios generales contenidos en el Concordato de 1953. Aunque sin referencia al problema concreto aquí tratado, cfr. la firme doctrina defendida por SANCHO REBULLIDA ("Las formalidades civiles del matrimonio canónico", Madrid, 1955, pp. 79, 80 y 83), que ha sido expresamente sancionada por la Ley de reforma del C. c.: "La presente modificación del Código civil —se lee en su preámbulo— afecta principalmente al régimen del matrimonio, para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado el 27 de agosto de 1953 entre la Santa Sede y el Estado español... El nuevo artículo 75 —continúa el preámbulo—, atinente al matrimonio canónico, comprende en su texto tanto el Derecho canónico actualmente en vigor como el que pueda dictarse en el futuro, con lo que se reconoce a este tenor la competencia legislativa de la Iglesia... Explícitamente reconocida la competencia de la Iglesia, respecto al matrimonio canónico, el Estado se limita a regular los efectos civiles..."

Diversa solución parece imponerse de cara al Derecho italiano, aunque la cuestión es discutida (vid. VASSALLI, op. cit., número 21, p. 160; LIBRANDO, op. cit.; y BERTOLA, op. cit.).

(12) VASSALLI, op. cit., números 15 y ss., pp. 160 y ss.

(13) TRABUCCHI, op. cit., pp. 22-23 y 70.

(14) CICCÙ, op. cit., número 3, pp. 2 y ss.

(15) AMENDOLA, op. cit., p. 25.

(16) FUENMAYOR, op. cit., p. 433.

(17) Según PIÑAR, a los efectos del canon 1015 C. I. C. y del artículo 69 C. c., es necesario un título, realmente existente y no putativo: la celebración del matrimonio observando su forma esencial, impuesta por razones de orden público (op. cit., que hemos podido consultar por gentileza de su autor).

buena fe, la doctrina francesa (18), Crisafulli (19), Pires de Lima (20), Ravà (21), Fedele (22), Macchia (23) y García Cantero (24) no lo estiman así.

Mas parece claro que tanto el Derecho canónico (25) como el civil (26) requieren inexcusablemente la forma de celebración, por la necesidad de distinguir entre matrimonio y concubinato (27) y de garantizar la certeza de la existencia del primero. Sin la exigencia del título, las uniones maritales de mero hecho serían le-

(18) La tendencia constante seguida por la doctrina francesa es la de no considerar el título como requisito indispensable, independiente y autónomo, respecto de la buena fe. Las opiniones más extendidas son las de que hasta "una forma *cualquiera* de celebración" (PLANIOL, "Traité élémentaire de Droit civil", vol. I, 4.^a ed., París, 1906, número 1107, p. 366) o "una voluntad matrimonial, una apariencia de celebración", que impida producir efecto al simple concubinato (JOSSEYARD, "Derecho civil", t. I, vol. II, trad. casella de la 3.^a ed. del "Cours de Droit civil positif français", Buenos Aires, 1950, pp. 107-108). Así el mínimo de forma requerida opera como mera justificación de la buena fe (*iusta causa erroris*), no constituyendo un requisito *a se* (título).

(19) CRISAFULLI, op. cit., número 50, pp. 90 y 98.

(20) PIRES DE LIMA, op. cit., número 32, pp. 141 y ss.

(21) RAVA, "Lezioni di Diritto civile sul matrimonio", 3.^a ed., Padua, 1935, p. 471.

(22) FEDELE, op. cit., pp. 474 y ss.

(23) MACCHIA, op. cit., pp. 219 y ss.

(24) GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 257.

(25) El 26 de enero de 1949 la Comisión pontificia para la interpretación auténtica del *Codex iuris canonici* respondió afirmativamente al *dubium* de si, bajo el verbo *celebratum* del canon 1015, párrafo 4., se debe entender *matrimonium coram Ecclesiae celebratum*. De esta suerte, el Derecho canónico exige hoy sin vacilación alguna el presupuesto del título o forma. Antes de la referida respuesta la cuestión era muy discutida en la doctrina canonista, pues algunos autores admitían que la falta de celebración *in facie Ecclesiae* no excluía el matrimonio putativo, sino que tan sólo hacía más difícil la prueba de la buena fe, exigiendo, sin embargo, que existiera cuando menos una apariencia exterior de matrimonio (*figura seu species matrimonii*).

(26) Obsérvese que el art. 69 C. c. habla de matrimonio *contraido*: según el art. 100 del mismo Código, se entiende. El matrimonio se ha de contraer observando su forma, porque ésta es esencial o necesaria a todo matrimonio por razones de orden público y atendiendo al *bonum commune*.

(27) Presupuesto inexcusable del matrimonio putativo es la existencia de un matrimonio aparente formalmente distingible de toda otra unión, aunque en la intención y *de facto* corresponda a la unión conyugal. Ilay, por tanto, que excluir del trato de favor del art. 69 C. c. a todos los supuestos en que no se da formalmente al menos el acto. De lo contrario, se reconocerían los efectos de la legitimidad a cualquier unión concubinaria, con lo que se minaría en su misma base la institución del matrimonio que se quiere defender (cfr. FUENMAYOR, op. cit., 433). Sobre el concubinato vid. CASTAÑS, "Le mariage, la société de fait y el régimen de gananciales en el concubinato", en "Boletín del Colegio de Abogados de Madrid", núm. 45, 1924, pp. 84 y ss.; VALVERDE, "El concubinato", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1935, pp. 184 ss.; PUIG PEÑA, "Uniones maritales de hecho" en "Revista de Derecho privado", 1949, páginas 1086 y ss.; GALLARDO RUEDA, "Uniones maritales de hecho" en "Boletín de información del Ministerio de Justicia", núm. 63, 1949, pp. 3 y ss.; MORENO MOCHONÍ, "El concubinato", en "ANUARIO DE DERECHO CIVIL", 1951 páginas 54 y ss.; GONZÁLEZ MULLIN, "Efectos patrimoniales del concubinato", en "Revista de Derecho público y privado" (Montevideo), núm. 231, 1957, pp. 131 y ss., y núm. 232, 1957, pp. 195 y ss.

galmente equiparadas al matrimonio putativo (*matrimonium coloratum*), llegándose a admitir el llamado «matrimonio por comportamiento» que constituye una verdadera deformación del matrimonio, aunque haya tenido reciente consagración positiva en algunas avanzadas legislaciones (28).

Una cuestión que atormenta a la doctrina y jurisprudencia españolas es la de si el artículo 51 del C. c. excluye el régimen del artículo 69 del mismo cuerpo legal, habiéndose pronunciado por la solución afirmativa Fuenmayor (29), Castán (30), García Cantero (31) y, al parecer, aunque incidentalmente, por vía de *obiter dictum*, las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1926 y 14 de julio de 1953 (32).

Ahora bien, tras del Concordato de 1953, del Decreto de 26 de octubre de 1956, de la Circular de la Dirección General de los Registros de 2 de abril de 1957, de la nueva Ley de Registro civil de 8 de julio de 1957, de su Reglamento de 14 de noviembre de 1958 y de la reciente Ley de reforma del Código civil, parece que hoy no puede seguir sosteniéndose— como hizo Fuenmayor a la vista de la Orden de 10 de marzo de 1941 (33)— que la finalidad del artículo 51 del C. c. sea la de consagrar en forma enérgica el principio de la monogamia, finalidad distinta de la que originariamente tuvo: abarcar todos los posibles casos de impedimento de vínculo matrimonial no previstos por los artículos 83, número 5.^o, y 101, número 1.^o, del C. c. y por el Derecho canónico, muy especialmente el supuesto de matrimonio meramente civil de uno de los cónyuges anterior al matrimonio canónico, que, como es sabido, nunca constituyó, ni puede constituir, impedimento dirimente de ligamen para el Derecho de la Iglesia.

Por tanto, es oportuno replantear el problema de la pretendida exclusión del régimen del artículo 69 con base en el artícu-

(28) Vid. ORTIZ-URQUIDI, "Matrimonio por comportamiento", Méjico, 1955.

(29) FUENMAYOR, op. cit., pp. 454 y ss.

(30) CASTÁN, "Derecho civil español, común y foral", 8.^a ed., Madrid, 1960, t. V, vol. I, pp. 711. Para CASTÁN (op. el loc. cits.) es decisiva la consideración de las graves consecuencias a que conduciría la solución contraria, obligando a suponer dos vínculos eficaces y subsistentes mientras no fuere anulado el último por sentencia firme, y a conceder a esta segunda unión efectos que perjudicarían los derechos del cónyuge verdadero y de los hijos del bigamo.

Pero no es menos grave desconocer los intereses de la prole inocente, nacida de la segunda unión, y los del cónyuge de buena fe que ignoraba el matrimonio anterior de su consorte. Y, sobre todo, es —según creemos— mucho más decisivo en pro de la solución defendida en el texto la consideración del interés público y social, sobre el que principalmente asienta el matrimonio putativo (cfr., *infra*, I, núms. 5 y 6).

(31) GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 231.

(32) En contra, vid. últimamente SANTAMARÍA, "Comentarios al Código civil", I, Madrid, 1958, pp. 136-137, aunque sin alegar razón alguna.

(33) En su reciente y magnífico comentario al art. 42 C. c., FUENMAYOR ("El sistema matrimonial español", Madrid, *separata* de R. G. L. J., núm. 5.^o, pp. 23 y ss. y núm. 14, pp. 84 y ss.) no se ocupa específicamente de este problema, remitiéndose a su anterior estudio sobre el derecho sucesorio del cónyuge putativo.

lo 51, en caso de conflicto de dos títulos matrimoniales. ¿Prevalecerá el que primero fue legítimamente constituido o concurrirá el *titulus coloratus* con el *titulus legitimus*?

Cabe pensar que ambos artículos se refieren a supuestos diferentes: el artículo 51 atendería ahora—como cuando entró en vigor el Código—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 (34).

Que haya matrimonio «declarado nulo» es otro de los presupuestos de aplicación del artículo 69 del C. c. (34 bis).

No afrontaremos aquí el problema de la retroactividad de la sentencia de nulidad de matrimonio y su pretendida irretroactividad, recientemente sostenida por Cicu, quien atribuye naturaleza constitutiva a dicha sentencia (35). Nos limitaremos a dejar constancia de que, a nuestro juicio, la sentencia de nulidad del matrimonio tiene un indudable carácter declarativo (*constat de matrimonii nullitate in casu*, rezan los fallos de los Tribunales eclesiásticos), siendo el matrimonio putativo una excepción al principio de la retroactividad, como venía sosteniendo la doctrina tradicional y hoy mantiene la *communis opinio* (36).

(34) Según PIÑAR (op. cit.), el art. 51 C. c. atiende preferentemente a los problemas que surgen de la coexistencia de dos formas de matrimonio en nuestro Derecho positivo; el 69 al matrimonio putativo, uno de cuyos casos es el del matrimonio nulo por impedimento de vínculo al que no parece justo privar de los beneficios del matrimonio putativo cuando es contraído de buena fe a menos por parte de uno de los cónyuges.

(34 bis) Conviene advertir que, a este respecto, están equiparadas la «declaración de nulidad» de matrimonio, canónico o civil, y la «declaración de ineffectuacíon civil» del matrimonio canónico comprendido en el art. 51 C. c., declaración esta última que podrán pronunciar los Tribunales ordinarios de la jurisdicción del Estado (cfr. la sentencia del T. S. de 19 de enero de 1926 y CASTÁN, op. cit., páginas 677-679).

(35) Cicu, op. cit., pp. 7 y ss. y 14 ss.; id., *Adisione II*, núm. 8, a la trad. it. del Tratado de BAUDRY-LACANTINERIE, vol. III, «Delle persone», Milán, 1924, p. 934; id., «Adulterinità della prole da matrimonio annullato», en «Il foro italiano», 1933, I, col. 1637 y ss.; id. «Riconoscimento di figlio adulterino nato da matrimonio annullato», en «Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile», 1951, pp. 1125 y ss. La misma posición defiende substancialmente ROUAST (en el prólogo a la obra de GALLARDO, «L'institution du mariage putatif en Droit français», cit.), para quien el matrimonio putativo no constituye una excepción al principio de la retroactividad de la nulidad del matrimonio (*quod nullum est nullum producit effectum*), en cuanto que el matrimonio es ante todo una institución civil, la cual, aun cuando esté vivida en su origen, ha funcionado sin embargo de hecho, y no puede, por tanto, ser anulada retroactivamente sin negar la evidencia y contradecir la realidad de las cosas; de donde resulta que la teoría del matrimonio putativo constituye la regla y no ya la excepción, puesto que lo que es verdaderamente excepcional es que los efectos del matrimonio sean anulados para el pasado: si se quieren excluir los beneficios efectos del matrimonio putativo hay que probar la mala fe. En parecidos términos se pronuncia GARCÍA CANTERO, op. cit., pp. 245-247, 256 y 260-261.

(36) Por todos, vid. MACCHIA op. cit., núm. 3, p. 178 y ss.

Una interesante cuestión, ligada al presupuesto que ahora nos ocupa, es el problema de la inexistencia del matrimonio, que, en caso de admitirse (37), quedaría al margen de los beneficios del matrimonio putativo.

A nuestro modo de ver, claros supuestos de inexistencia matrimonial son: 1) La falta o defecto total de forma, que hay que distinguir de las simples irregularidades formales, las cuales sólo provocan la nulidad; y 2) La identidad de sexo, ya sea patente (38) o encubierta.

De capital importancia es fijar la función que el elemento subjetivo de la buena fe (39) tiene en el matrimonio putativo.

(37) Sobre el problema, vid. SAUDELLAS, "La distinction entre l'inexistente et la nullité du mariage", en "Bulletin de la Société d'études législatives", X, 1911, páginas 353 y ss.; SANTORO-PASSARELLI, "Bigamia e nullità del precedente matrimonio", en "Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi", VII, 1923, páginas 112 y ss.; BERTON, "La concepción de la nullité de mariage en Droit civil français et en Droit canonique moderne. Etude de Droit comparé", París, 1938; VASSALLI, op. c.t., núm. 15, pp. 160 y ss.; id., "L'invalidità del matrimonio nel Diritto canonico e nel Diritto civile", en "Studi giuridici", I, Roma, 1939, pp. 111 y ss.; OLIVERO, "Appunti sulla invalidità nel Diritto canonico", Turín, 1946; MACCHIA, op. cit., núm. 12 y ss., pág. 197 y ss.; LEÓN FETI, "Notas sobre inexistencia y nulidad de matrimonio", en "Cuadernos de los Institutos" (Córdoba-Argentina), Boletín II, 1957, pp. 41 y ss.; GARCÍA CANTERO, op. cit., páginas 230-323.

A mi modo de ver, la distinción entre inexistencia y nulidad de matrimonio se impone no para introducir subrepticiamente causas de nulidad no previstas por los textos legales (en contra de la máxima *pas de nullité sans texte*) (cfr., *infra*, nota 52), sino precisamente para excluir del régimen del artículo 69 C. c. los dos supuestos enumerados a continuación en el texto, que repugna someter a la tutela de dicho precepto.

(38) Este supuesto, de difícil —por no decir imposible— realidad práctica, es más bien un puramente académico.

(39) Como es sabido, la esencia del concepto de buena fe es muy discutida. Sobre el problema vid. ARTHAUD, "De la bonne foi et des ses effets en matière civile", París, 1874; RUFFINT, "La buona fede in materia di prescrizione. Storia della teoria canonistica", Turín, 1892; JAUBERT, "Des effets civils de la bonne foi", París, 1899; GALGANO, "Sull'essenza della buona e mala fede", Roma, 1914; id., "Violenza nel consenso e matrimonio putativo", c.t.; BERTON, "Des effets civils de la bonne foi", en "Revue critique de législation et de jurisprudence", XLVI, 1926, pp. 86 y ss.; BONFANTE, "Essenza della *bona fides* e suo rapporto colla teoria dell'errore", en "Scritti giuridici vari", vol. II, Turín, 1926, pp. 718 y ss.; FEDELE, "Impedimenti pubblici occulti e dubbi nel matrimonio putativo", c.t.; id., "L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo", c.t.; VOUIN, "La bonne foi", Burdeos, 1930; SCAVO LONBARDO, "Il concetto di buona fede nel Diritto canonico", Roma, 1944; FEDELE, "Il concetto di buona fede nel Diritto canonico", en "Ephemeridis iuris canonici", 1947, pp. 140 y ss.; MACCHIA, op. cit., pp. 227 y ss.; SACCO, "La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato", Turín, 1949; LIBRANDO, op. cit., pp. 405 y ss.; BERTOLA, op. cit.; GÓMEZ ACEBO, "La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código civil", en "Revista de Derecho privado", 1952, pp. 101 y ss. y 192 y ss.; GALLARDO, "Le rôle et les effets de la bonne foi...", c.t.; GARCÍA CANTERO, op. cit., pp. 258-259.

A nuestro juicio, la buena fe en sentido psicológico y la buena fe en sentido ético tienen en esta materia un juego combinado, conforme a la tradición canónica, exigiéndose, por tanto, un error o ignorancia invencible y excusable,

¿Es la buena fe de los cónyuges, al menos unilateral, requisito autónomo del matrimonio putativo o señala apenas la extensión de sus efectos con relación a aquéllos?

Para responder a esta fundamental interrogante hay que interpretar el párrafo último del artículo 69 del C. c. conforme a su verdadera *ratio iuris*. Las ideas de la protección de la prole inocente y del título matrimonial legitimador dan la clave para resolver adecuadamente la cuestión en el último sentido indicado (40).

Tal vez los problemas más atrayentes desde el punto de vista teórico, aunque no exentos también de interés vital, sean los del fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio llamado putativo.

No siempre la doctrina distingue con claridad ambas cuestiones. Una cosa es la visión teleológica del instituto del matrimonio putativo y otra muy distinta—aunque estrechamente vinculada a la misma—es la construcción técnico-jurídica (41).

Preguntarse por el fundamento del matrimonio putativo es in-

atendiendo a las circunstancias del caso. La buena fe puede originarse tanto en un error de hecho como de derecho (*error iuris*). El estado de duda no imputable es compatible con la buena fe. Al error excusable debe parificarse la coacción o miedo grave ejercido sobre uno de los cónyuges, por lo que hay que entender que el cónyuge *coactus* obra de buena fe. La buena fe se presume siempre (art. 69, pár. 3.º, C. c.). La solución civilista al problema de la mala fe sobrevenida es la expresada en el principio *mala fides superveniens non nocet*, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho canónico, donde rige el principio *mala fides superveniens nocet*.

(40) Vid. *infra*, I, números 5 y 6, y II, número 6, *in fine*. En cambio, PIÑAR (*op. cit.*) entiende que para que exista matrimonio *putativo* hace falta al menos la buena fe unilateral. Los efectos a que se referiría el párrafo último del artículo 69 C. c., serían únicamente el derecho de alimentos de la prole ilegítima no natural (arts. 130, 140, 143, penúltimo párrafo, y 845 C. c.) y el posible reconocimiento de la filiación natural al amparo de los artículos 129, 131 y 135, número 2., con los derechos anejos a tal reconocimiento (art. 134 C. c.). El elemento subjetivo cifrado en la buena fe de al menos uno de los contrayentes evitaría equiparar a la legítima cualquier unión ilegítima, incluso adulterina, sacrílega o incestuosa, revestida de título matrimonial con mala fe bilateral; de lo contrario, se llegaría al resultado absurdo de que la mera forma del matrimonio convertiría en legítimos a los hijos adulterinos, sacrílegos o incestuosos, cosa que el Derecho veda de un modo terminante (arg. arts. 110 y 121 C. c.).

El mismo temor y su remedio no son nuevos. Al discutirse en el Senado el Código civil, don Augusto Comas combatió duramente la solución innovadora del último párrafo del artículo 69, presentando el caso extremo de un sacerdote que contrac matrimonio con una mujer casada, conociendo los dos su impedimento. Al contestarle Romero y Girón confundió lamentablemente los términos, interpretando el precepto en el sentido de que los hijos de tales matrimonios sólo tenían derecho a alimentos, por no alcanzarles la legitimidad (cfr. BURENAYOR, "El derecho sucesorio del cónyuge putativo", *cit.*, p. 414, nota 1).

Parceclaro que los efectos civiles a que alude el último párrafo del artículo 69 C. c. son los efectos civiles del matrimonio, respecto de los hijos, sin límite alguno. Acaoso la *natura rerum* y la mala fe o ilicitud cualificada por la injuria o torpeza muy graves (incesto, sacrilegio o adulterio no purificados por la buena fe) impongan —aunque el precepto no lo mencione— un límite. Vid, no obstante, lo que dejamos dicho *supra*, nota 7.

(41) Cfr. AMENDOLA, *op. cit.*, *passim*.

dagar el *por qué*, la *ratio iuris* de nuestro artículo 69 del Código civil. Pero las exigencias del intérprete no se agotan con la búsqueda de los motivos que están en la base de la norma. Es también necesario investigar *cómo opera*, hallar la fórmula que explique suficientemente los efectos propios de la figura en cuestión, que sea la expresión abreviada y esquemática de su estructura y eficacia (42).

En torno a esos dos momentos, teleológico y técnico-jurídico, de la interpretación en función normativa (43) del artículo 69 del Código civil girará en lo sucesivo nuestro estudio.

Se impone, por tanto, hacer una recapitulación estimativa acerca de la verdadera *ratio* del artículo 69 del C. c., pasando revista para ello a las posibles justificaciones doctrinales del instituto, tales como el consentimiento matrimonial, el *favor matrimonii* y la regla *magis valeat quam pereat*, la fuerza creadora de la buena fe, la equidad, la protección de la prole inocente (*favor prolis vel legitimatis*) y la *utilitas* (pública y privada).

En orden a la naturaleza o construcción técnico-jurídica del matrimonio putativo, nos proponemos hacer una revisión crítica de las diferentes teorías presentadas por la doctrina: la de la fic-

(42) Así es como entendemos nosotros la llamada "naturaleza jurídica" de una institución.

En contra de quienes creen que la discusión teórica acerca de la llamada naturaleza jurídica de un derecho o instituto no tiene interés de ninguna clase (vid., por ejemplo, D'ORS, "En torno a la llamada obligación alternativa", en "Revista de Derecho privado", 1944, pp. 3, 4, 9 y 23-24; y PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil", Barcelona, 1953-1959, *passim*), opinamos que tales discusiones son fundamentales por cuanto que ayudan a comprender de un solo golpe, en visión de conjunto, la institución o derecho de examen. Estamos de acuerdo en que se trata de encontrar "fórmulas de encantamiento" para dominar la múltiple y variable realidad jurídica, y en que no son más que síntesis extraídas de los efectos producidos por aquella institución o derecho. De ahí su enorme valor explicativo o pedagógico. Su máximo peligro es el "método de inversión": considerarlas como expresión de una *verdadera naturaleza* (inexistente) de la que, a su vez, puedan deducirse todos los efectos, aun no previstos de la figura jurídica de que se trate y en la que pueda descansarse intelectualmente porque los determine con el rigor de una ley causal. Pero de semejante desvarío de la jurisprudencia conceptual huimos nosotros, que preconizamos una jurisprudencia realista, instrumentalmente conceptual, al servicio de la justicia.

Sobre el problema a que se refiere esta nota vid., últimamente, LORS, "Sobre el concepto de *naturaleza jurídica*", en "Anuario de Filosofía del Derecho", 1956, pp. 150 y ss., para quien la "naturaleza jurídica" es la *ratio essendi*, el por qué trascendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto en estudio: las formas puras de valor de donde proviene y a qué se reduce. "En fin —escribe—, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la intelección genética; es decir, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica. Comprensión que se logra demostrando cómo una institución cualquiera no es sino implicación y consecuencia de alguna forma de valor jurídico primitiva" (op. cit., pp. 178-179).

(43) Vid. BETTI, "Le categorie civilistiche dell'interpretazione", Milán, 1948; id., "Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)", Milán, 1949; id., "Teoria generale dell'interpretazione", vols. I y II, Milán, 1955.

ción (Laurent, Aubry y Rau, Pacífici-Mazzoni, Macchia); la que configura el matrimonio putativo como matrimonio excepcionalmente válido *ad tempus*, defendida por la doctrina dominante; la que concibe el matrimonio putativo como instituto independiente y autónomo, revestido *ex lege* de efectos análogos a los del matrimonio válido (Crisafulli, Pires de Lima); la teoría que reconduce el matrimonio putativo a la figura general de la posesión como relación de hecho tutelada por el Derecho (Finzi, Trabucchi, Amendola); la teoría de Cicu—ligada a su personal concepción del Derecho de familia y del matrimonio como «acto del Estado»—, para quien la celebración del matrimonio tiene eficacia constitutiva, con efectos hasta la sentencia de nulidad, salvo el obstáculo de la mala fe; la que conceptúa el matrimonio putativo como regla general (Rouast, García Cantero).

Aun a riesgo de anticipar ideas que serán expuestas con más detalle y precisión después de ser convenientemente discutidas (pues de momento no pasan de constituir meras hipótesis de trabajo), queremos destacar aquí la trascendencia de la revisión doctrinal que nos proponemos realizar. Ella nos permitirá obtener unas conclusiones del más alto interés sobre el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio en general y del matrimonio putativo en particular.

Acaso la tesis contractual del matrimonio, defendida por la opinión común de los canonistas y hoy casi abandonada por los modernos iusprivatistas, pueda renacer en el campo del Derecho civil concibiendo el contrato como convención obligatoria del contenido lícito, patrimonial o no. Todas las dificultades invocadas en contra de la tesis contractual por la actual opinión reaccionaria de gran número de los civilistas, pueden ser superadas—según creemos—configurando el matrimonio como contrato de sociedad extrapatrimonial o contrato asociativo, creador de una comunidad familiar y origin por ello de una situación jurídica preestablecida.

Y, como ya dijimos en las primeras páginas de esta Introducción, tenemos la impresión de que sólo recurriendo a la teoría de la apariencia jurídica puede explicarse satisfactoriamente la esencia y el funcionamiento del matrimonio putativo. La apariencia provocada por el matrimonio nulo sería así, bajo los requisitos o presupuestos señalados y con relación a ciertas personas (hijos, en todo caso, y cónyuges y terceros de buena fe), un equivalente jurídico del matrimonio válido y eficaz, disuelto.

I

FUNDAMENTO DEL MATRIMONIO PUTATIVO

Como dijimos en la Introducción de este trabajo, preguntarse por el fundamento del matrimonio putativo es lo mismo que indagar el *por qué* de la norma contenida en el artículo 6º del C. c.

La visión teleológica del instituto dista mucho de ser uniforme en la doctrina, alegándose por los autores muy distintas motivaciones que suelen combinarse en fórmulas armónicas o conciliadoras.

Pasemos, pues, revista a las diversas justificaciones doctrinales del matrimonio putativo para luego hacer una recapitulación estimativa acerca de la verdadera *ratio iuris* o fin de la norma objeto de nuestro estudio.

1. *El consentimiento de las partes.*

Recientemente se ha presentado al consentimiento de las partes como pretendido eje del matrimonio putativo. Aunque sea una de las últimas justificaciones propuestas por la doctrina es la más endeble de todas. Por ello la examinaremos en primer lugar.

Para Gallardo el fundamento del matrimonio putativo estriba en el consentimiento de las partes y no en su buena fe, incapaz de producir *per se* ningún efecto jurídico. La consideración de este segundo elemento como eje de la institución ha sido la causa—según él—de las muchas inconsecuencias y contradicciones que ofrece la teoría del matrimonio putativo (44).

La opinión de Gallardo es inaceptable y no merece una crítica detenida. Basta decir que, como toda su tesis, responde a una concepción jurídica voluntarista que trata de explicar todas las instituciones por el molde contractual, concepción actualmente superada *v. démodé* (45). Evidentemente, el art. 69 del C. c. no mira a tutelar o proteger el «consentimiento matrimonial» de las partes. La voluntad aquí no se toma en consideración, ni directa ni indirectamente. Piénsese que los efectos del matrimonio putativo no pueden ser excluidos ni siquiera en el caso de que la voluntad falte del todo, como ocurre, por ejemplo, cuando el matrimonio es declarado nulo por ausencia de consentimiento, dependiente de enajenación mental. ¿Cómo se puede, frente a este caso, afirmar que el Derecho tutela una situación puesta en movimiento *por la voluntad de los contrayentes*?

2. *El «favor matrimonii» y la regla «magis valeat quam pereat».*

Otra posible justificación o fundamento del instituto podría ser el principio del *favor matrimonii* y la regla *magis valeat quam pereat* (principio de conservación). No falta, en efecto, quien sos-

(44) Vid. GALLARDO, "L'institution du mariage putatif en Droit français", cit.; id., "Le rôle et les effets de la bonne foi...", cit.; id., "Una nueva teoría en materia de nulidad del matrimonio y su análisis desde el punto de vista comparativista", en el vol. titulado "Orientaciones hacia el Derecho comparado del porvenir", Madrid, 1959, pp. 73 y ss.

(45) Cfr. FUENMAYOR, "El derecho sucesorio del cónyuge putativo", cit., página 451.

tenga que el *favor iuris* constituye el fundamento práctico más seguro del matrimonio putativo (46).

El Derecho canónico explícitamente contiene el reconocimiento del principio del *favor matrimonii* en el canon 1.014 del C. I. C.: «*matrimonium guadet favore iuris*», afirmación de carácter generalísimo, dada la posición del referido canon (Lib. III, «*Re rebus*», Tit. IV, «*De matrimonio*»), que forma parte de las normas fundamentales de naturaleza teológico-jurídica que el *Codex* coloca al comienzo de la regulación del matrimonio. De esto se deduce que el matrimonio canónico goza de esa particular condición de *favor*, tanto en el Derecho procesal (47) como en el sustancial; es más, el principio que domina el procedimiento canónico no es sino un reflejo o consecuencia del *favor matrimonii material*, del que son aplicaciones concretas las instituciones de la *convallidatio simplex*, la *sanatio in radice* y la *dissimulatio* (48), siendo la nulidad del matrimonio una última o extrema *ratio*; y la tendencia, histórica y actualmente manifiesta en el Derecho de la Iglesia, que mira a favorecer la conclusión del matrimonio requiriendo para la validez del mismo el mínimo de condiciones compatibles con la naturaleza divina del sacramento (por ejemplo, el límite lo más bajo posible en la edad de los contrayentes, la ineficacia de la voluntad contraria de los padres a la celebración del matrimonio de los hijos menores, etc.) (49).

En nuestro Código civil, si bien no encontramos—como en el ordenamiento canónico—una proclamación general del principio del *favor matrimonii*, es posible inducirle a través de algu-

(46) A juicio de PACIFCI-MAZZONI («*Istituzioni di Diritto civile italiano*», volumen XII, parte 1.^a, 5.^a ed., Turín, 1927, p. 216), la excepción que implica el matrimonio putativo está justificada por diferentes motivos (indulgencia hacia los esposos de buena fe, miramiento y piedad de la prole inocente) "y especialmente por el favor que merece el matrimonio". Para FUENMAYOR (op. últimamente cit., p. 435), la institución del matrimonio putativo está inspirada en el *favor legis*. Y, según MESSINEO («*Manual de Derecho civil y comercial*», tomo III, trad. castellana, Buenos Aires, 1954, p. 83), en el caso de inexistencia de prole, para justificar los efectos del matrimonio putativo respecto de los cónyuges, debe necesariamente recurrirse al concepto del *favor matrimonii*, que no tiene, sin embargo, la misma virtud explicativa de el *favor legitimitatis*.

(47) Cfr. CALAMARI, «*Il favor matrimonii nel processo matrimoniale canonico e civile*», Padua, 1932, quien estudia exclusivamente las instituciones características mediante las cuales en el proceso matrimonial se tutela el vínculo y se obtiene que la sentencia del Juez sea contraria al matrimonio (en el sentido de que lo anule, lo disuelva, etc.) sólo cuando, no obstante la más completa y probatoria de las defensas, aparezca manifiesto el vicio o causa que lo afecta. Vid., también MIGUÉLEZ, «*El favor iuris en el matrimonio*», en «*Revista española de Derecho canónico*», 1948, pp. 353 y ss.

(48) Sobre la última vid. SALLENT, «*La dissimulatio en el Derecho canónico hasta las compilaciones antigüas*», en «*Cuadernos de trabajos de Derecho*», II, Roma, 1953; OLIVERO, «*Dissimulatio e tolleranza nell'ordinamento canonico*», Milán, 1953; GARCÍA BARBERENA, «*Disimulación y tolerancia en el ordenamiento canónico*» (Nota sobre el libro de OLIVERO), en «*Revista española de Derecho canónico*», 1953, pp. 985 y ss.

(49) Vid. ESMÉIN, op. cit., pp. 91 y ss.

nos preceptos singulares, en los que late, y de ciertas declaraciones jurisprudenciales:

a) Los artículos 45-50, en su reciente reforma, que tienden a facilitar, siguiendo las directrices generales del Derecho de la Iglesia, la conclusión del matrimonio, suavizando las prohibiciones y sanciones de los correspondientes artículos derogados.

b) El artículo 83, en sus números 1.^o, párrafo 2, y 2.^o, por cuanto que, respectivamente, admiten una sanatoria excepcional de la nulidad radical respecto al matrimonio de los impúberes (50) y la posibilidad de contraer matrimonio en un intervalo lúcido (51).

c) El Tribunal Supremo ha declarado que la enumeración de las causas de nulidad del artículo 101 es taxativa o limitativa (SS. de 13 junio 1943, 12 mayo 1945, 25 y 26 enero y 7 marzo 1956), sin que el precepto de índole general del artículo 4.^o, párrafo 1.^o, del C. c. pueda prevalecer contra el especial, como es aquel artículo, especialidad, por otra parte—añade la sentencia de 13 de junio de 1947—, *perfectamente legítima por la trascendencia del matrimonio, singularmente en casos en que se ha seguido la vida común de los cónyuges durante un largo período de tiempo* (52).

(50) En la parte final del segundo párrafo del núm. 1.^o del art. 83 C. c. se encuentra recogido un curioso residuo histórico procedente del Derecho romano. Sobre el mismo, vid. GARCÍA GARRIDO, "Minor amnis XII nupta", en "Labeo", 1957, pp. 76 y ss.

(51) En contra del sistema general de nuestro Derecho respecto a los intervalos lúcidos. Cfr. CASTRO, "Derecho civil de España", t. II, Madrid, 1952, páginas 320 y 321.

(52) No obstante, dada la imperfección técnica del Código civil, resulta aventurado afirmar, como hace el Tribunal Supremo, que las causas de nulidad enumeradas en el art. 101 constituyen un *numerus clausus*, sobre todo teniendo en cuenta que algunas (las fundadas en la existencia de impedimentos no dispensables o en irregularidades de forma) son causas de nulidad y otras de mera anulabilidad, absoluta o relativa (cfr. art. 102, párrafo 2.^o), por lo que no es aventurado afirmar que hay otras causas que producen la inexistencia (vid. *supra*, Introducción y nota 37) o incluso la impugnabilidad del matrimonio. Tal ocurre, a nuestro juicio, en los casos de discordancia entre voluntad y declaración (declaración *iocandi causa*, reserva mental, simulación) y falta de un verdadero consentimiento matrimonial (exclusión del objeto o de las propiedades esenciales del matrimonio).

La trascendencia o relevancia de la simulación, total o parcial (exclusión del objeto o de las propiedades esenciales del matrimonio), y de la reserva mental en el matrimonio es muy discutida. Vid. un resumen del estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia italianas en GARCÍA CANTERO, "La simulación del consentimiento en el matrimonio civil según la reciente doctrina y jurisprudencia italianas", en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1957, pp. 819 y ss. En Portugal, BELEZA DOS SANTOS ("A simulação", Coimbra, 1927, pp. 175 y ss.) opina que la necesaria estabilidad del matrimonio y la indispensable certeza de sus efectos obligan a considerar siempre irrelevante la simulación o reserva mental que haya existido en su realización. PIRES DE LIMA ("Direitos de familia", vol. I, 3.^o ed., Coimbra, 1949) participa de la misma opinión y añade que admitir la nulidad de los matrimonios simulados equivaldría prácticamente a admitir la celebración de matrimonios a plazo. Pero, a su juicio, si la simulación no constituye fundamento bastante para la anulación, no deja de funcionar como

d) El artículo 102, en su párrafo 3.º, admite una convalidación por caducidad de la acción en el supuesto de los matrimonios anulables por vicio del consentimiento.

Sentado lo que antecede, cabría pensar que la norma contenida en el artículo 69 del C. c. es también una aplicación concreta del principio del *favor matrimonii*, explicable por la trascendencia del matrimonio en cuanto vínculo o *status matrimonial*. Constituiría así dicha norma una expresión del principio general de conservación (traducido en la regla *magis valeat quam pereat*), común a toda categoría de negocios y que opera también en el campo del matrimonio, donde tiene una específica razón de ser (trascendencia del *vinculum vel status matrimonii*), lo cual justifica la particular amplitud de aplicación que dicho principio encuentra aquí y la existencia de aquel *favor matrimonii* de que expresamente habla el ordenamiento canónico.

Mas por muy sugestivo que parezca este posible fundamento del instituto del matrimonio putativo, lo cierto es que el artículo 69 del C. c. no puede constituir en modo alguno una consagración específica del principio del *favor matrimonii* o de la regla *magis valeat quam pereat*, porque el supuesto de hecho de tal norma está integrado precisamente por un matrimonio *declarado nulo* que produce, sin embargo, efectos civiles hasta la declaración de nulidad, significando apenas una simple excepción al principio «*quod nullum est nullum producit effectum*».

3. La fuerza creadora de la buena fe.

Sigue, pues, en pie el problema de determinar cuál es el fundamento de dicha excepción.

A este propósito, insistentemente hablan los autores de la

un impedimento impediente: el encargado del Registro civil no debe consentir la celebración del matrimonio desde que se sepa que hay una divergencia entre la voluntad real y la que los contrayentes pretenden declarar con la intención de perjudicar a terceros.

En España, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER sostienen que el art. 101 de nuestro Código, al enumerar las causas de nulidad del matrimonio, deja abierto el problema de la posibilidad legal de la simulación del mismo, porque no hay en aquél expresión literal alguna de la que se infiera la exclusión de otras causas de nulidad que no estén previstas en algún otro precepto legal (por ejemplo, artículo 51); pero reconocen que la doctrina dominante niega la simulabilidad del matrimonio fundándose en el carácter constitutivo que en ese acto tiene la intervención del funcionario público. Y añaden que cualquiera que sea la opinión que se sustente sobre este extremo concreto, pues el texto del art. 106, ap. 2, del C. c. no impide la diversidad de opiniones, es lo cierto que la improcedencia de impugnar el matrimonio por simulación tendrá siempre un punto de apoyo en la consideración de las graves consecuencias a que podría dar lugar su admisión (Anotaciones a la "Parte general", del "Tratado de Derecho civil" de ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. I, vol. 2.º, 2.ª ed. al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1950, p. 189). Y PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en las anotaciones al "Derecho de familia" de KIPP-WOLFF, del mismo Tratado (t. IV, vol. 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1953, p. 148), escriben que los fines del matrimonio y la necesidad de que las actuaciones del estado civil sean seguras, junto con la circunstancia de

fuerza o función creadora de la buena fe (53). Y, en verdad, esta es la función típica de la buena fe en el Derecho canónico, función puesta de relieve por Ruffini con particular referencia a la prescripción (54) y sobre la que ha llamado la atención Fedele en sus luminosas obras (55).

La doctrina dominante explica los efectos del llamado matrimonio putativo como determinados exclusivamente por la buena fe de los cónyuges, que así tendría valor constitutivo de la institución. Podemos decir que la *communis opinio* es ésta: la buena fe es la que justifica el instituto del matrimonio putativo. Para sólo citar un nombre, muy representativo, según Vassalli las derogaciones a los efectos de la declaración de nulidad del

no estar prevista la simulación como causa de nulidad, llevan a la conclusión de que es válido el matrimonio contraído en apariencia (simulado), aun cuando el funcionario del estado civil conociera la simulación. Y, por las mismas razones —agregan—, tampoco producen la nulidad del matrimonio los vicios de falta de seriedad y reserva mental. En contra, vid. BELTRÁN FUSTERO, "Un estímulate de matrimonio: el art. 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos", en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1956, pp. 1305 y ss., cuyas conclusiones nos parecen en general aceptables.

A nuestro modo de ver, la admisibilidad y relevancia de la simulación y de la reserva mental en el matrimonio civil es —al igual que en el canónico— indudable desde el momento que viene impuesta por consideraciones de orden práctico (justicia del caso concreto, que ha movido a la reciente jurisprudencia italiana desviacionista de la tradicional solución negativa); no tropieza contra el obstáculo del pretendido carácter constitutivo que en el acto matrimonial tiene la intervención del funcionario público (el Juez, lo mismo que el Párroco en el matrimonio canónico, no pasa de ser un testigo cualificado); y está respaldada por la función esencial que el consentimiento tiene (arg. arts. 1.254, 1.258 y 1.261, número 1º, C. c.) en la formación del matrimonio como contrato de sociedad extramatrimonial o contrato asociativo, creador de una comunidad familiar y origen por ello de una situación jurídica pre establecida (sobre ésto vid., *infra* II, núm. 6). Por otro lado, el Derecho canónico concede —dentro de ciertos límites— relevancia a la simulación y a la reserva mental que hayan mediado en la celebración del matrimonio, y no por ello ataca su necesaria estabilidad y certeza. Las graves consecuencias que podrían acarrear la admisión y relevancia incondicionada de ambos tipos de discordancia entre voluntad y declaración se evitan suficientemente teniendo en la debida cuenta el principio del *favor matrimonii*, y siendo muy cautos en la ponderación de la prueba, no contentándose con un juicio de mera probabilidad (enasicerteza), sino exigiendo la certeza absoluta o —cuando menos— la *certeza moral*, como hacen los Tribunales eclesiásticos.

En vista de todo lo expuesto, no alcanzamos a ver ninguna razón que obligue a establecer una diferencia de tratamiento por lo que a este punto se refiere entre las dos clases de matrimonio, canónico y civil, reconocidas por la Ley española. ¿Por qué va a ser de peor condición el matrimonio civil frente al matrimonio canónico respecto a la relevancia de la simulación y reserva mental? Sobre los problemas ahuidos en esta nota vid. últimamente GARCÍA CANTERO, "El vínculo del matrimonio civil...", cit., pp. 173 y ss.

(53) Vid, por ejemplo, TRABUCCINI, op. cit., p. 57.

(54) RUFFINI, op. cit., *passim*.

(55) FEDELE, "L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo", cit.; id, "Il concetto di buona fede nel diritto canonico", citada.

matrimonio tienen su origen en la buena fe de uno o de ambos contrayentes (56).

La buena fe unilateral o bilateral se convierte de este modo en el punto de apoyo del matrimonio putativo, llegándose a decir que, si se quiere penetrar de verdad en el espíritu de la institución, el civilista tiene que partir de la función creadora de la buena fe, característica del Derecho canónico, sin que quepa objetar que la peculiaridad de este Derecho es tal que no consiente una parificación del fundamento del matrimonio putativo en el ordenamiento canónico y en el ordenamiento civil (57).

Pero lo cierto es que algunas legislaciones, y entre ellas la nuestra, conceden efectos civiles respecto de los hijos al matrimonio declarado nulo, aun cuando intervenga mala fe por parte de ambos cónyuges (58). Avanzando tanto hay forzosamente que reconocer que se ha renegado de la base tradicional del instituto y que ya no cabe poner la buena fe como fundamento exclusivo de los efectos del matrimonio putativo, so pena de decir que esas legislaciones innovadoras van más allá de las líneas arquetípicas de la institución y contemplan, junto al clásico matrimonio *putativo* (basado en la buena fe), un matrimonio *no putativo*, en el que, una vez declarado nulo, sobreviven efectos propios del matrimonio.

En nuestra opinión, el artículo 69 del C. c. se refiere a un solo instituto que no hay ningún inconveniente en seguir llamando «matrimonio putativo» (59), máxime teniendo en cuenta el significado que al calificativo *putativum* atribuyen González Téllez y Pegas (ops. et locs. cits.). Y, como dejamos sentado en la Introducción de este estudio, la buena fe de los cónyuges señala apenas la extensión de los efectos civiles del matrimonio declarado nulo con relación a aquéllos, no siendo ya un presupuesto, requisito o elemento subjetivo y autónomo del matrimonio aparente o putativo.

Concluyendo, la doctrina que explica el matrimonio putativo refiriéndose a la «función creadora de la buena fe» (60), aunque recoge uno de los fundamentos o bases tradicionales del instituto, es incompleta de cara a nuestro ordenamiento, pues en él la sola buena fe no basta para explicar por qué la correlación entre ciertos presupuestos y ciertos efectos, establecida por la norma del artículo 69 del C. c., debe funcionar.

4. *La equidad.*

No ha faltado quien enenentre la justificación de nuestro instituto en la idea de equidad o *ius aequum*, como justicia benévo-

(56) VASALLI, "Il matrimonio putativo", cit., p. 148.

(57) Así MACCHIA, op. cit., p. 270.

(58) Vid., *supra*, Introducción y nota 6.

(59) Cfr. PIERRES DE LIMA, op. cit., pp. 21-22.

(60) En España defiende esta doctrina GÓMEZ ACEBO, op. cit., pp. 231 y ss.

la o moderación benigna y prudente del *ius strictum*, según la dirección humanitaria cristiana, que lunde sus raíces en la Patrística y el Derecho canónico (61).

Así, para Macchia, la justificación del matrimonio putativo reside pura y simplemente en una razón equitativa. «No a otros elementos, fuera de la equidad —escribe—, ha apelado la doctrina canonista cuando quiso justificar aquella creación original suya, que es el matrimonio putativo: recuérdese la significativa expresión de un representante de dicha doctrina: ... *hic forte aequitas quadrum et benignitas nos moriet...* (Palaeotus)» (62).

Aplicando al Derecho civil esta actitud mental canonista —ya que no hay ningún motivo que lo impida, al no tomarse en consideración ningún elemento religioso peculiar del Derecho canónico—, resultaría que el artículo 69 del C. c. puede referirse a una idea tan simple como aquella sobre la que reposa el Derecho equitativo: la atenuación de las consecuencias de la nulidad del matrimonio, ese temperamento tan excepcional se admite y justifica por fuertes razones de equidad (*humanitas, pietas, benignitas*), en consideración a la trascendencia humana de la relación matrimonial (63).

Pues bien —afirma Macchia—, «es en la doble función de la equidad y de la buena fe donde, respectivamente, se debe buscar la justificación y el fundamento del instituto del matrimonio putativo al margen de cualquier otra consideración, que inevitablemente turbaría su espíritu y fisonomía, sin que por otro lado añadiera nuevos elementos a los que integran uno y otra» (64).

No cabe negar que la institución del matrimonio putativo sur-

(61) Sobre el concepto e historia de la equidad y las distintas direcciones doctrinales acerca de la misma, vid. los magistrales estudios de CASTÁN, "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho", Madrid, 1947, pp. 39, 156, 159, 160, 193, 196 y 271-272; id., "La idea de equidad en las letras españolas", Madrid, 1949; id., "La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea", Madrid, 1950; id., "La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines", Madrid, 1950; id., "La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad", Madrid, 1953.

(62) MACCHIA, *op. cit.*, p. 265.

(63) A la idea de equidad se refiere también FUENMAYOR, cuando sostiene que el tratamiento excepcional o atenuación de las consecuencias de la nulidad del matrimonio, frente a la rigurosa aplicación del viejo brocado románista "quod nullum est nullum prodiicit effectum" —que acarrearía a los supuestos cónyuges, a la prole y a los terceros, ignorantes del vicio que provocó la anulación, una situación irreparable de desfavor jurídico y moral (PIRES DE LIMA, *op. cit.*, p. 15)—, "sólo puede admitirse por graves razones de equidad" (FUENMAYOR, "El derecho sucesorio del cónyuge putativo", *cit.*, pp. 432-433). Vid., además, PIRES DE LIMA (*op. cit.*, pp. 138, 142 y 164), quien atude a la equidad como base fundamental del matrimonio putativo, en combinación con la buena fe; y TRABUCCINI (*op. cit.*, p. 71 y s.), quien si bien se refiere al interés público, no niega que el matrimonio putativo responde a razones de equidad por lo que mira a los intereses privados.

(64) MACCHIA, *op. cit.*, p. 270. También nuestro GONZÁLEZ TÉLLEZ (*op. et loc. cits.*) ponía el fundamento del matrimonio putativo en la buena fe y en las exigencias de la equidad y de la justicia (*super casum*).

gió en el ámbito del Derecho canónico como una moderación prudente y benigna de la ley escrita, atendiendo a las particularidades de casos concretos de la vida real (65).

Mas hoy la institución ha pasado a ser objeto del *ius scriptum*. El artículo 69 no es uno de los preceptos del Código civil que se remiten a la equidad para adaptar el Derecho a la realidad o para suavizar la norma general en vista de las particulares circunstancias que concurren en cada caso. El artículo 69 del C. c. es ya *per se* una norma de carácter general.

Ahora bien, del inequitable origen equitativo del precepto, resultante de la justa ponderación de determinados intereses, aún perduran éstos, como motivos o fin de la norma (*ratio legis*).

5. La protección de la prole inocente.

¿Cuáles eran y continúan siendo esos intereses que constituyen el objetivo o punto de mira de la institución? El mismo Macchia apunta que la razón equitativa, origen del instituto del matrimonio putativo, está basada sobre el *favor legitimatis* y sobre los intereses de la prole inocente (66).

Y, en efecto, las constituciones canónicas de los Papas Alejandro III, Celestino III e Inocencio III (siglos XII-XIII), al decidir algunos casos particulares (67), atienden, sobre todo, al bien de la prole (*in favorem prolis potius declinamus*): su preocupación fundamental es la de que los hijos sean, en la medida de lo posible, sustraídos del estado de ilegitimidad (*favor legitimatis* o principio de la legitimidad de la prole). De ahí la inicial limitación de los efectos del matrimonio putativo a sólo los hijos nacidos o concebidos durante tal matrimonio y la exclusión de los cónyuges de cualquier efecto favorable del instituto, a pesar de exigírseles la buena fe.

Pero esa primitiva dirección canonista, que limitaba la eficacia del matrimonio putativo únicamente a los hijos, dejó pronto paso a otra más amplia, formada al calor de la opinión de algunos canonistas (68) y de los jurisconsultos civiles (69), según la

(65) Cir. Decretales de Gregorio IX, L. IV, tit. 17, *qui filii sint legitimi*, constituciones 2 (Alejandro III), 8 (Alejandro III), 10 (Celestino III), 14 (Inocencio III) y 15 (Inocencio III). FISCHER, "Die Ungültigkeit der Ehe", en "Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik", XXIX, 1890, p. 253, recuerda también una decretal de Celestino III, contenida en las "Quinque Compilationes".

(66) MACCHIA, op. cit., p. 265.

(67) Véase las decretales citadas en la nota 65.

(68) Es a un español, Manuel GONZÁLEZ TÉLLEZ (op. et loc. cits.), a quien cabe la gloria de haber presentado por vez primera una teoría completa del matrimonio putativo. Adelantándose a las ideas de su tiempo, equipara los efectos del matrimonio putativo, hasta la declaración de nulidad, a los de un matrimonio válido; pone su fundamento en la buena fe y en las exigencias de la equidad y de la justicia; considera suficiente la buena fe inicial y unilateral, defendiendo el concepto ético de la misma; estima que el matrimonio ha de celebrarse *publice et in facie Ecclesiae*; reputa legítimos los hijos de tal matrimonio;

cual también se reconocen efectos al instituto respecto del cónyuge o cónyuges de buena fe, dirección recogida por el *Codex iuris canonici* y por los Códigos civiles latinos.

Así, pues, la protección de la prole inocente no es hoy en esos países el único interés al que la institución del matrimonio putativo mira, si bien en algunas legislaciones (como la nuestra, la portuguesa, la suiza y la mejicana) la idea inicial del *favor prolii o legitimatis*, situada —según hemos visto— en la base del matrimonio putativo, se desenvuelve y potencia hasta el máximo, manteniendo en todo caso para los hijos la legitimidad, aunque hubiere intervenido mala fe por parte de los padres.

6. La «utilitas» (pública y privada).

En la base de la norma que regula el matrimonio putativo se encuentran, frente a frente, un interés dirigido a la aniquilación del vínculo matrimonial por la violación de determinadas normas imperativas, y unos intereses que, por el contrario, operan en el sentido de salvar los efectos del matrimonio hasta la sentencia de nulidad. La destrucción de una familia, la ilegitimidad de la prole, los daños irreparables para los presuntos cónyuges y para los terceros de buena fe, pesan más en la balanza de la justicia y son los intereses que en aquella pugna prevalecen.

Por ello, se ha dicho que la *ratio iuris* del instituto del matrimonio putativo mira a la tutela de un interés superior del ordenamiento, definido en cuanto a su naturaleza como interés típicamente familiar (70), lo que no es nada nuevo, pues ya el Papa Inocencio III, con unas palabras muy vigorosas —*utilitate publica suadente*— expresaba las razones de utilidad pública en que la protección de la legitimidad de los hijos se resuelve (71).

El pensamiento pontificio, que Amendola desenvuelve, sigue teniendo valor actual, pero con un ligero retoque, impuesto por lo que acabamos de exponer en el número anterior.

Asentando el matrimonio putativo —como dice Fuenmayor (72)— sobre el interés público y social, hoy se le reconoce eficacia civil incluso respecto de los cónyuges.

y llega a tratar de sus efectos, personales y patrimoniales, con relación a los cónyuges.

(69) Sobre todo HERTIUS, autor de una monografía sobre la institución (cit. en nota 5), que ha ejercido gran influjo en la doctrina y codificación modernas.

(70) AMENDOLA, op. cit., pp. 18-19. Este interés, cuya tutela condice a una derogación del rígido principio de la retroactividad de la anulación del matrimonio, es definido por el autor acabado de citar como "un interés superior del ordenamiento a que vengan eliminadas o limitadas las consecuencias dañosas de la anulación, consecuencias dañosas que se verifican a causa de la retroactividad".

(71) Vid. Decretales de Gregorio IX, Lib. IV, tit. 17, *qui filii sint legitimi*, constitución 15 (Inocencio III).

(72) Con apoyo en una interesante cita de D'AGUESSEAU, que nos permitimos transcribir con una apostilla entre paréntesis y un subrayado: "El nombre (título!) de matrimonio es tan poderoso, que por sí mismo basta para purificar

Sigue siendo cierto que primordialmente el matrimonio putativo mira a proteger intereses familiares, superiores, mas —de rechazo— tutela también secundariamente intereses particulares o individuales de los cónyuges y aun de los terceros de buena fe (73).

De este modo, la *utilitas publica* y la *utilitas privata* se combinan, situadas ambas en sus respectivos planos, primario y secundario.

En definitiva —y he aquí el balance de nuestro recorrido o recapitulación estimativa— la verdadera *ratio iuris* del artículo 69 del C. c. consiste en la *utilitas*, pública y privada, en los intereses familiares de la prole y cónyuges inocentes, y en los intereses particulares o individuales de éstos y de los terceros de buena fe, subordinados a los primeros.

II

NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO PUTATIVO

Ya advertimos oportunamente (74) que las exigencias del intérprete no se agotan con la búsqueda de los motivos que están en la base del artículo 69 del C. c., o sea con la visión teleológica de dicha norma. Se torna preciso, además, encontrar la categoría jurídica que explique adecuadamente los efectos característicos de la figura del matrimonio putativo y que sea la expresión abreviada y esquemática de su estructura y eficacia.

Antes de exponer nuestra opinión en orden a la naturaleza jurídica o construcción dogmática del matrimonio putativo, conviene hacer una revisión crítica de las diferentes teorías presentadas por la doctrina para construir, desde el punto de vista técnico-jurídico, la institución objeto de nuestro estudio.

1. *La teoría de la «fictio».*

La manera más elemental de dar forma jurídica al instituto es la de recurrir al fácil y cómodo expediente de la *fictio*.

La tesis de la ficción ha sido, en efecto, admitida aun hoy

en favor de los hijos el principio de su nacimiento. La Iglesia y el Estado toman en cuenta la intención que tienen aquellos que contraen un matrimonio, de dar hijos legítimos a la Sociedad; ellos han formado un compromiso público y solemn, han seguido el orden prescrito por la ley para dejar una posteridad legítima. Un impedimento secreto, un acontecimiento imprevisto rompe su previsión; *no se deja en estos casos de recompensar su voto, la apariencia, el nombre de matrimonio*, y se mira menos aquello que los hijos son, que lo que los padres quisieron que éstos fuesen" (vid. *apud* FUENMAYOR, op. cit., página 437, nota 3).

(73) Cfr. GARCÍA CANTERO, "El vínculo del matrimonio civil...", cit. p. 256 para quien el interés de los mismos cónyuges si están de buena fe, el de los terceros y el de la sociedad justifican la concesión por la ley de los efectos del llamado matrimonio putativo.

(74) Vid., *supra*, Introducción.

por muchos autores, tales como Laurent (75), Aubry y Rau (76), Pacifici-Mazzoni (77), Macchia (78) y otros (79).

Según esta directriz doctrinal, el matrimonio declarado nulo no tiene existencia jurídica, pero cuando su celebración va unida a la creencia en su validez, se supone por ficción esa existencia.

El matrimonio putativo sería de este modo un *quasi-coniugium* o *quasi-matrimonium*.

Ya Pedro Lombardo, en el siglo XII, al exponer las corrientes doctrinales de su tiempo sobre la materia, recogía dos opiniones de los doctores de la Iglesia: mientras unos sosténían la absoluta validez del matrimonio y la legitimidad consiguiente de los hijos, otros, reconociendo la legitimidad de éstos, negaban la validez de aquél y preferían aceptar la ficción del *quasi-coniugium* (80). Y, aunque se trate todavía de un mero atisbo del instituto, en un curioso rescripto conservado en el *Corpus iuris civilis* (D. 23, 2, 57, 1), ante un caso de matrimonio nulo, los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero mantuvieron a los hijos en el estado de legitimidad recurriendo a la idea de la *fictio*, tan cara a la mentalidad jurídica romana: «*confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonium quaeſitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitima concepti fuissent*».

Esta solución no puede ser admitida en el estado actual de la legislación sobre el punto concreto del matrimonio putativo. La ley, al regular éste directamente, no acude a ninguna ficción. Le basta con establecer preceptos nuevos, que pueden libremente derogar o constituir excepción a los formulados *aliunde*. Es lo que sucede con nuestro artículo 69 del C. c. respecto del principio general de Derecho «*quod nullum est nullum producit effectum*».

(75) LAURENT, "Principes de Droit civil français", t. II, 4.^a ed., Bruselas-París, 1887, núms. 501 y 502, págs. 634-635.

(76) AUBRY y RAU, "Cours de Droit civil français", t. VII, 5.^a ed., París, 1913, parágrafo 460, pp. 63 y ss., esp. p. 77, nota 25.

(77) PACIFICI-MAZZONI, op. cit., p. 216.

(78) MACCHIA, op. cit., p. 215.

(79) De "ficción legal" habla también, por ejemplo, TRABUCCHI, op. cit., página 71, y GALLARDO, "Una nueva teoría...", cit., p. 106.

(80) "... Si autem ignoranter coniuncti fuerint in conspectu Ecclesiae, et postea probata consanguinitate eiusdem iudicio separati, quaeritur utrum copula illa coniugium fuerit. Quibusdam videtur non fuisse coniugium quia non erant legitimae personae; sed tamen de crimine excusantur per ignorantiam et quasi coniugium reputatur, quia bona fide et per munum Ecclesiae convenerunt. Unde et filii eorum legitimi habentur. Alii vero dicunt fuisse coniugium, licet non essent legitimae personae, quia tales coniunctiones vocant canones coniugia, ubi de personis agitur, quarum testimonio consanguineorum sit dirimenda coniunctio" (PEDRO LOMBARDO, "Sentent. lib. IV", dist. XLI, núm. 3). También el Cardenal inglés ROBERTO PULLEYN alude al *quasi coniugium* ("Sentent. lib. VIII", VII, cap. 38), pero la noción que de éste presenta es algo distinta de la dada por PEDRO LOMBARDO. Obispo de Pa-

2. *El matrimonio putativo como matrimonio excepcionalmente válido «ad tempus».*

La doctrina dominante ve en el matrimonio putativo un matrimonio que, pese a ser declarado nulo, es excepcionalmente mantenido en sus efectos. El matrimonio putativo, como excepción al principio «quod nullum est nullum producit effectum» o derogación de los efectos normales de la declaración de nulidad, constituiría de esta suerte un matrimonio excepcionalmente válido.

Así, según Fuenmayor, «el temperamento que el matrimonio putativo lleva consigo, consiste en privar de retroactividad a la sentencia de anulación. No se destruyen los efectos producidos desde la celebración; sólo dejan de producirse en lo futuro. *El matrimonio putativo es, más bien que un matrimonio anulado, un matrimonio disuelto*: la sentencia extingue el matrimonio, que continúa siendo eficaz en el pasado; *es, propiamente, un matrimonio válido 'ad tempus'*. Se trata de conservar los efectos ya producidos, no de producir efectos nuevos» (81). Más adelante añade: «al declararse la nulidad tendremos un matrimonio válido *ad tempus*» (82). Y, con referencia concreta a nuestro Código civil, sostiene que el art. 6º, al decir «produce efectos civiles», *proclama la validez temporal del matrimonio* (83).

En estos pasajes que hemos transcritto se refleja muy bien la actual *communis opinio*.

La solución es vieja: ya Pedro Lombardo refería una tendencia de los doctores de la Iglesia, según la cual, frente a la tesis del *quasi coniugium*, defendida por algunos, sostenían otros la absoluta validez del matrimonio, estimando que aquí existe un verdadero *coniugium* (84).

La fórmula de un efectivo matrimonio *ad tempus* está ciertamente muy extendida en la doctrina (85), pero tiene el grave defecto de identificar completamente el matrimonio putativo con el matrimonio válido y eficaz, disuelto.

El hecho de que, en una visión superficial del fenómeno, la institución del matrimonio putativo dé aparentemente validez al matrimonio contraído concurriendo una causa de nulidad, no quiere decir que la doctrina científica deba contentarse con esa explicación, por otro lado falsa, y que únicamente acarrearía muchas complicaciones a la construcción dogmática del instituto. Afirmar --como hace la doctrina dominante-- que éste tiene el alcance de tornar válidos los efectos, en principios nulos, del ne-

rís, quien parece beber en la fuente de Hugo de SAN VÍCTOR (vid. RUIZ JUSUFÉ, op. cit., pp. 61-62, 65 y 101-102).

(81) FUENMAYOR, op. cit. cit., pp. 441-442.

(82) FUENMAYOR, op. cit., p. 449.

(83) FUENMAYOR, op. cit., p. 451.

(84) Vid., *supra*, nota 80.

(85) Vid., últimamente, AMENDOLA, op. cit., p. 19.

gocio jurídico matrimonial anulado, es identificar matrimonio verdadero y matrimonio putativo, considerando también al último como nacido de un acto jurídico y, por tanto, de un *acto de voluntad*, lo cual es absolutamente inadmisible (86).

Los efectos del matrimonio declarado nulo tienen, pues, su fuente exclusiva —como la técnica jurídica más depurada lo impone— no en un *acto jurídico* (jurídicamente inexistente, una vez declarada por sentencia su nulidad), sino en una *situación de hecho*, concurriendo determinados presupuestos. La ley, por tanto, al decir que el matrimonio nulo (o anulable) «producirá todos sus efectos civiles mientras subsista» (87), no expresa sino la idea de que los efectos a producir por el matrimonio putativo, son aquellos que *habría producido el matrimonio si fuera válido*; o sea, la ley determina los efectos del instituto por un procedimiento indirecto, remitiendo a los efectos del matrimonio válido.

El matrimonio putativo sólo aparentemente concede validez a los efectos del matrimonio celebrado mediando una causa de nulidad, apariencia ésta que resulta de que la ley hace integrar su contenido por el del matrimonio verdadero: con otras palabras, el artículo 69 del C. c. es una norma de remisión; al decir «produce efectos civiles» no proclama la *validez* del matrimonio declarado *nulo*, lo cual implicaría una contradicción en los propios términos (88).

3. *El matrimonio putativo como instituto independiente y autónomo.*

Otra manera de dar forma jurídica al instituto del matrimonio putativo, tan expedita y fácil como la cifrada en el recurso a la técnica de la *fictio*, es la de concederle una especial carta de naturaleza. El matrimonio putativo vendría a constituir de esta guisa una figura *sui generis*, un instituto independiente y autónomo revestido *ministerio legis* de efectos análogos a los del matrimonio válido.

La fórmula atrae por su sencillez, en contraste con la complicación de la acabada de criticar.

Según Crisafulli, «en el matrimonio putativo parece que la voluntad de los esposos es la fuente esencial de la eficacia del instituto; pero atendiendo a que la voluntad nula no es voluntad jurídicamente relevante y a que, por otro lado, otros elementos deben cooperar en primera línea, como la buena fe de al menos uno de los esposos, debe concluirse que no hay un *acto jurídico*

(86) Cfr. *supra*, I, núm. I, *in fine*.

(87) Cfr. el artículo 94 de la Ley de Matrimonio civil de 1870, que se expresa con más propiedad que el artículo 69 del Código: «El matrimonio nulo —decía—, contraído de buena fe por ambos cónyuges, producirá todos sus efectos civiles mientras subsista y la legitimidad de los hijos».

(88) Compárese PIRES DE LIMA, op. cit., pp. 24-25.

(matrimonial), excepcionalmente mantenido en sus efectos, como dice la doctrina dominante, *sino un hecho jurídico que produce efectos semejantes a un acto contractual*» (89).

Y, más adelante, el mismo Crisafulli escribe: «Históricamente, el matrimonio putativo surgió como una desviación de los principios. Sin embargo, una vez que llegó a su pleno desenvolvimiento, adoptó una posición autónoma, incorporada a la teoría matrimonial, y que ya no constituye excepción a dicha teoría. En otras palabras: los efectos civiles respecto de los cónyuges y de la prole pueden ser producidos o por el matrimonio válido o por un *estado de hecho* que caracteriza el matrimonio putativo. Hay así una *duplicidad*, un dualismo de institutos distintos entre sí y autónomos, pero que no se colocan en el sistema como regla y excepción» (90).

Para Pires de Lima, quien sigue los mismos pasos de Crisafulli, si la ley atribuye—por el matrimonio putativo—eficacia a una materialidad, convirtiéndola en productora de consecuencias jurídicas, forzoso es dar a ese instituto fueros de entera autonomía, considerándolo *creador* y no como *convalidante* de efectos jurídicos. A su juicio, «el matrimonio putativo es el hecho material que se revela por la apariencia de un matrimonio y al que la ley atribuye efectos análogos a los de ese acto». Y agrega que «no se puede hacer intervenir en su concepto a la buena fe, aceptando cualquiera de las nociones clásicas del instituto (como la de Gentile: *matrimonium quod palam bona fide contrahitur*), porque tal presupuesto puede ser innecesario (cuál ocurre en el Derecho portugués y en el español), ni el mayor o menor grado de validez jurídica de los matrimonios nulos, dado que, declarada por sentencia su nulidad, tales matrimonios, jurídicamente, son siempre inexistentes, y sólo la materialidad es susceptible de provocar efectos de derecho» (91).

La teoría en examen, aun negando la tesis de la ficción, no consigue dar a nuestro instituto una naturaleza distinta: el matrimonio putativo es—según ella, aunque no emplee la expresión—un «*quasi-matrimonio*» que se coloca junto al «matrimonio» en una situación de analogía o semejanza de supuestos de hecho—como si fuera «matrimonio»—, establecida *ex lege*. No es diferente la estructura de la *fictio*. En realidad, estamos de nuevo ante el mecanismo característico de las ficciones (92). ¡El mismo perro con distintos collar!

Con todo, la tesis contiene algunas ideas muy aprovechables, especialmente la de presentar el matrimonio putativo como uno

(89) CRISAFULLI, op. cit., núm. 70.

(90) CRISAFULLI, op. cit., núm. 71.

(91) PIRES DE LIMA, op. cit., pp. 26 y 27. Lo que figura en el texto entre paréntesis está puesto por nosotros.

(92) Sobre éstas y sus distintas clases, vid. la fundamental monografía de ESSER, «Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen». Frankfurt, 1940.

de los casos en que la ley da eficacia jurídica a ciertas situaciones de hecho. Con razón escribió el principal fautor de la teoría que la ley no supone que el matrimonio nulo se mantenga válido, sino que hace producir efectos civiles al estado *«de facto»* resultante de un matrimonio nulo (93).

Por otra parte, decir que el matrimonio putativo es una figura *a se*, dotada de autonomía, es dejar sin resolver el problema de su naturaleza y estructura. Nada se adelanta, en efecto, afirmando que el matrimonio putativo es tan *sui generis*..., que ¡es el matrimonio putativo! Era necesario comprobar ulteriormente si la particular tutela que se actúa en el artículo 69 del C. c. puede ser encuadrada en alguna de las categorías jurídicas de otros institutos del ordenamiento civil, donde la ley protege meras situaciones *de facto*: la posesión de estado familiar, la posesión de derechos, la posesión de cosas, la posesión en sentido amplio, la apariencia jurídica, en todas las cuales una simple relación de hecho es tutelada por el Derecho. Este paso decisivo no lo da ni Crisafulli ni Pires de Lima.

4. La teoría que reconduce el matrimonio putativo a la figura general de la posesión.

Entre las construcciones técnico-jurídicas del matrimonio putativo elaboradas por la doctrina se destaca, como una de las más interesantes, la de la tutela posesoria.

Es Finzi quien primero recondujo el matrimonio putativo a la figura de la posesión en sentido amplio y general. «En ocasiones—escribe—, a la extinción de una relación de posesión formal sobrevive, cooperando determinadas circunstancias, una relación jurídica análoga: tal es, por ejemplo, el matrimonio putativo.» Y agrega: «Yo considero el matrimonio putativo esencialmente como el efecto inmediato de la investidura de la relación jurídica de matrimonio. Yo veo la tutela jurídica del mismo religarse bastante más a la eficacia de la forma seguida que a una pretendida fuerza creadora de la buena fe» (94).

También Trabucchi, al plantearse el problema de la naturaleza jurídica del instituto, se refiere a la figura de la posesión (95).

A este propósito, Trabucchi excluye que pueda entrar en juego la figura de la posesión de estado familiar (96). Exclusión justa porque, aun cuando algunos canonistas de los primeros siglos de existencia del matrimonio putativo identificaron ambas instituciones, lo cierto es que la posesión de estado no se confunde con el matrimonio putativo, desde el momento que éste exige siempre una forma de celebración (título), y, si no es corriente, posible

(93) Vid. CRISAFULLI, op. cit., núm. 54.

(94) FINZI, "Il possesso dei diritti", Florencia, 1915, pp. 429 y ss.

(95) TRABUCCHI, op. cit., pp. 70 y ss.

(96) Sobre ésta vid. SALVI, "Il possesso di stato familiare", Milán, 1952.

es que los cónyuges vivan en la posesión de estado de casados sin que hayan mediado las formalidades destinadas a la constitución de aquel estado, no pudiendo en esta hipótesis aplicarse el artículo 69 del C. c. Presupuesto del matrimonio putativo es que exista un matrimonio *declarado nulo*. En el juicio tendente a esa declaración el actor tiene que probar que el matrimonio ha sido *contraído* o *celebrado*, y ello sólo puede hacerse «por certificación del acta del Registro civil, a no ser que los libros de éste no hayan existido o hubiesen desaparecido, o se suscite contienda ante los Tribunales, en cuyos casos será admisible toda especie de prueba» (art. 53, párrafo 2º, C. c.). (97). Por consiguiente, así como para dar vida al matrimonio válido es necesaria la concurrencia de un elemento constitutivo consistente en la celebración formal, del mismo modo para dar vida a un matrimonio putativo se precisa que concorra la celebración en forma. Puede haber dificultades en la prueba de la celebración del matrimonio, también en el caso de que éste sea nulo, quedando imposibilitados los hijos de aprovecharse de los beneficios del matrimonio putativo. El artículo 54 del C. c., sin más finalidad que la de regular la prueba subsidiaria del matrimonio, trata de evitar a los hijos de personas fallecidas en la posesión de estado de casados, dificultades que acaso tuvieran en la prueba del matrimonio de sus padres.

Trabucchi excluye también la figura de la posesión de derechos, diciendo que «en el matrimonio putativo existe una situación que tiene exacta correspondencia, y se corresponde exactamente, por su naturaleza, con la posesión de las cosas». Pero tampoco se puede aplicar directamente esta figura, puesto que «el contenido de hecho del matrimonio putativo no consiste en la materialidad de la convivencia *more uxorio*». Por ello afirma que «hace falta remontarse desde la figura de la posesión de las cosas y de la posesión de los derechos hasta un concepto más amplio de la posesión como *relación de hecho tutelada por el Derecho*; y a su vez este estado de hecho se debe distinguir según que haya sido acompañado o no de la buena fe en su comienzo», añadiendo que, «a los efectos del instituto del matrimonio putativo, la figura de la posesión se debe considerar únicamente en el sentido más amplio de *investidura de hecho de una relación jurídica*. Mas de relación jurídica matrimonial sólo puede hablarse siempre en virtud de un título».

Separándose en parte de la opinión de Finzi, entiende Trabucchi que la investidura formal es solamente uno de los elementos constitutivos: el otro, característico y de igual modo fundamental, es la buena fe que en el primero manifiesta una eficacia crea-

(97) Cfr. también los artículos 2º y 68 de la Ley de Registro civil. En el apartado II de su preámbulo, en los artículos citados y en el 3º late la idea del «título de estado», tan bien expuesta por Royo, op. cit., pp. 93 y ss. CASTRO prefiere, en cambio, hablar de «título de legitimación» (op. cit., pp. 78 y ss. y 571).

dora. La buena fe participa, a su juicio, en la creación de los efectos del matrimonio, sustituyendo los elementos que faltan al título.

En fin, para Trabucchi la relación matrimonial tiene un contenido totalmente diverso del contenido de la posesión en las relaciones de Derecho patrimonial, pues no sólo es diferente el objeto, sino que también son diversos los intereses (sociales, prevalentes sobre los de los particulares) que entran en la valoración de la norma jurídica (98).

Recientemente, las opiniones de Finzi y Trabucchi han encontrado fiel eco en Amendola, quien reitera las mismas ideas con escasísimas variantes (99).

Alm reconociendo el alto nivel científico de la teoría expuesta, no es del todo convincente.

Ante todo—como ha puesto de relieve Cicu—, la aplicación analógica de los principios generales de la tutela posesoria al instituto del matrimonio putativo, en tanto que sería apta para justificar, una vez celebrado el matrimonio (incluso de mala fe), la tutela correspondiente a la que en Derecho patrimonial se manifiesta en las acciones posesorias, debería conducir a la convalidación del matrimonio concurriendo la buena fe sobre la validez del título (100). Lo cierto, sin embargo, es que, de un lado, al ser declarado nulo, el matrimonio contraído de mala fe no produce efecto alguno respecto de los cónyuges; y, de otro lado, el matrimonio putativo es un matrimonio inválido (cfr. canon 1.015, párrafo 4.º, C. I. C. y arts. 69 del C. c. español y 128 del C. c. italiano).

Lógicamente, Trabucchi debería sostener —como hace Amendola (101)— que el matrimonio resulta convalidado *ad tempus*.

(98) TRABUCCHI, op. cit., p. 79.

(99) AMENDOLA, op. cit., pp. 21-22.

(100) Según Cicu, excluido que aquí venga en consideración analógica la figura de la usucapión inmobiliaria, que requeriría la perduración de la posesión de estado de los cónyuges durante diez años, la convalidación del título en virtud de la posesión de buena fe —cual se verifica en materia de muebles—, tanto más habría debido ser admitida, en cuanto es coherente con el principio fundamental de la indisolubilidad del matrimonio, una vez celebrado. Reducir la posesión a la existencia de la buena fe en el momento de la celebración —añade—, equivale a reducirla a aquella investidura formal de que habla FINZI, investidura que por sí sola no sería apta —a juicio de TRABUCCHI— para dar vida a la relación por causa del vicio (o existencia de impedimento); esa aptitud la adquiriría merced a la fuerza creadora de la buena fe. Siendo esto así la analogía con la adquisición de buena fe de los bienes muebles tendría fundamento: título no idóneo para constituir el matrimonio del cual uno de los esposos, o los dos, ignoraban el vicio (Cicu, "Sul fondamento del cosiddetto matrimonio putativo", cit., pp. 10 y ss.).

(101) AMENDOLA, op. cit., p. 22, donde escribe que "en el matrimonio putativo la tutela del cónyuge de buena fe es como un medio para llegar a tornar válida la relación que era inválida". Por eso habla en otro lugar de "un efectivo matrimonio *ad tempus*" (p. 19).

hasta la sentencia de nulidad. La fuerza creadora de la buena fe conduce forzosamente a la convalidación del título constitutivo del matrimonio.

Con todo, Trabucchi niega que la buena fe convalide el título viciado, siendo a su modo de ver inadmisible una convalidación temporal del matrimonio, porque en éste opera no el interés privado de los esposos, sino un interés más amplio (social) (102).

Ahora bien, si la inidoneidad del título no queda convalidada, la eficacia del matrimonio putativo debería atribuirse exclusivamente a la buena fe, cosa que es posible en el Derecho canónico, en el que rige el principio «mala fides superveniens nocet» (los efectos putativos duran en él mientras persiste la buena fe), pero no en el Derecho civil y menos en el nuestro, que otorga efectos al matrimonio declarado nulo respecto de los hijos, incluso cuando ambos cónyuges están de mala fe (103).

La teoría que reconduce el matrimonio putativo a la figura general de la posesión como relación *de facto* tutelada por el Derecho, aunque es criticable, apunta, sin embargo, una directriz muy fecunda, pues ¿qué es la posesión, así concebida, sino la apariencia de derecho?

Mas antes de exponer nuestro punto de vista acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio putativo, debemos hacernos cargo aún de la teoría de Ciccu, uno de los últimos y más brillantes intentos de construcción dogmática del instituto.

5. *La teoría de la eficacia constitutiva de la celebración del matrimonio.*

Ciccu, invirtiendo el punto de partida de la doctrina del matrimonio putativo (fundada sobre el principio de la retroactividad de la sentencia de nulidad del matrimonio), sostiene que no es la anulación del matrimonio la que da lugar a la retroactividad de la misma anulación, sino que lo es tan sólo la eventual mala fe de uno o de ambos cónyuges, pues los efectos del matrimonio inválido subsistirían hasta la sentencia de anulación, en virtud de la celebración del matrimonio ante el oficial del estado civil y no ya en virtud de la buena fe unilateral o bilateral.

De acuerdo con su concepción del Derecho de familia (104)

(102) Según TRABUCCHI, lo que hay es una ficción legal, con un término *ad quem* de validez del título, ficción que se explicaría cual reconocimiento de fuerza creadora a la buena fe, en sustitución de los requisitos de validez del título (op. cit., p. 71). De este modo pone todo el acento del matrimonio putativo en la fuerza creadora de la buena fe e incurre en los defectos, ya apuntados, de la teoría de la ficción.

(103) No obstante, MACCHIA (op. cit., pp. 208 y ss.), de cara al Derecho civil italiano, atribuye exclusivamente la eficacia del matrimonio putativo a la función creadora de la buena fe.

(104) Vid. CICCU, "Lo spirito del Diritto di famiglia", Macerata, 1914; id., "Il Diritto di famiglia", Roma, 1915; id., "La filiazione", Milán, 1927, pp. 1 y ss.; id., "Lo spirito del Diritto famigliare nel nuovo Codice civile", en "Rivista di Diritto civile", 1939, pp. 3 y ss.; id., "Il Diritto di famiglia nello

y del matrimonio como «acto del Estado» (105), entiende que la celebración del matrimonio tiene eficacia constitutiva, con efectos hasta la sentencia de nulidad, salvo el obstáculo de la mala fe. La sentencia de anulación del matrimonio tendría así de ordinario eficacia *ex nunc*, no estando la retroactividad ligada a la anulación, sino apeñas a la eventual mala fe de uno o de los dos cónyuges.

«Puesta la eficacia del matrimonio *putativo* (el contraído de buena fe al menos por uno de los cónyuges)—escribe Cicu—en la eficacia constitutiva de la celebración, con efectos hasta el día de la sentencia de anulación, así como en dicho matrimonio putativo la mala fe de un cónyuge es obstáculo para alguno de aquellos efectos, también en el caso de matrimonio *no putativo* (el contraído interviniendo mala fe por parte de ambos cónyuges), es la mala fe obstáculo para que se produzca el efecto de la legitimidad. En ambos casos la celebración constituye la relación: la sentencia la disuelve.» Así se equipara la anulación con el divorcio, si bien Cicu no confunde las dos figuras, puntualizando que el divorcio consiste en la disolución de un matrimonio válido, cuya causa es un hecho sobrevenido, provocable *ad libitum* por los esposos; la anulación consiste, en cambio, en la disolución de un vínculo nacido inválidamente y, por tanto, privado *ab origine* del carácter de la indisolubilidad (106).

Estamos ante una original posición que, como hemos dicho, invierte el punto de partida de la teoría clásica del matrimonio putativo, porque, una vez considerado inexistente el principio de la retroactividad de la sentencia de nulidad, es evidente que no cabe ya considerar a nuestro instituto como una excepción de dicho principio, sino que se debe estimar el matrimonio putativo como normal, constituyendo precisamente la irretroactividad de los efectos de la sentencia de anulación del matrimonio la regla, que tendría una excepción en el caso de mala fe de uno de los cónyuges o de ambos.

La teoría de Cicu, ligada a su personal concepción del Derecho de familia y del matrimonio, es claramente inaceptable no sólo frente al ordenamiento canónico, sino también de cara a nuestro ordenamiento civil.

Stato fascista”, en “Ius”, 1940, pp. 373 y ss.; id., “Cómo llegó a la sistematización del Derecho de familia”, en “Revista de Derecho privado”, 1952, pp. 185 y ss.; SANTA CRUZ y JIMÉNEZ ARNÁU, “La posición del Derecho de familia en la doctrina del Profesor Cicu”, *ibidem*, 1927, pp. 241 y ss.

(105) Vid. Cicu, “Matrimonium seminarium reipublicae”, en “Archivio giuridico”, 1921, pp. 111 y ss.; id., “Lo spirito del Diritto famigliare nel nuovo Codice civile”, cit.; id., “Il Diritto di famiglia nello Stato fascista”, cit.; id., “Ancora sulla natura giuridica dell’atto di celebrazione del matrimonio civile”, en “Ius”, 1941, pp. 471 y ss.

(106) Cicu, “Sul fondamento del cosiddetto matrimonio putativo”, cit., p. 21. Lo que en el párrafo entrecerrillado del texto figura entre paréntesis y los subrayados son nuestros.

No hemos de hacer aquí la crítica de su concepción del Derecho de familia como Derecho autónomo afín al Derecho público (107); es suficiente decir, dada la economía del presente trabajo, que para nosotros, como para la doctrina dominante, el Derecho de familia forma parte del más puro y genuino Derecho civil, una de cuyas ideas básicas es precisamente la familia.

Por lo que a la naturaleza jurídica del acto de celebración del matrimonio se refiere, Cicu sostiene que debe atribuirse valor *constitutivo* al pronunciamiento o declaración del oficial del estado civil y que el consentimiento de los esposos no tiene más valor que el de ser un simple *presupuesto* de aquel pronunciamiento o declaración. El matrimonio sería así un «acto del Estado» (108).

Esta opinión, harto discutible aun en la misma Italia, a pesar de que los textos de los artículos 94 del C. c. de 1865 y 107 del C. c. de 1942 le suministran cierto apoyo (109), es completamente inadmisible frente al artículo 100 del C. c. español.

En nuestro matrimonio civil, el Juez municipal no pasa de ser un *testis qualificatus*, como el Párroco o su delegado en el matrimonio canónico. Son los contrayentes quienes *efectivamente* celebran o contraen el matrimonio al responder ambos afirmativamente a la pregunta del Juez de si persisten en su resolución de celebrarlo o contraerlo. El Juez se limita a *dar fe* en el acta correspondiente de que el casamiento se ha verificado en su presencia y en la de dos testigos cumpliéndose todas las formalidades prevenidas. En nuestro Derecho, el Juez municipal no hace pronunciamiento o declaración alguna tras de recibir el consentimiento matrimonial de los contrayentes (110). La función del Juez no es *constitutiva* del matrimonio, sino de mera *constatación* del mismo, aunque su intervención, como elemento formal del negocio, sea *necesaria*.

Así, pues, si la concepción semipublicista que del Derecho fa-

(107) Por todos, vid. HERNÁNDEZ-GIL, "El concepto de Derecho civil", Madrid, 1943, pp. 166 y ss.

(108) La tesis de Cicu fué duramente combatida por el P. CAPELLO, S. J. ("Esame di alcune recenti opinioni in materia matrimoniale", en "La civiltà cattolica", 1941, II, pp. 97 y ss.). Cicu respondió insistiendo en sus iniciales puntos de vista (vid. Cicu, "Ancora sulla natura giurídica dell'atto di celebrazione del matrimonio civile", cit.) y el P. CAPELLO replicó manteniendo los suyos (vid. CAPELLO, "Breve risposta", en "Ius", 1941, pp. 479 y ss.). Terció en la ruidosa polémica FEDDELE ("In margine ad una polemica", en "Archivio di Diritto ecclesiastico", 1942, pp. 251 y ss.), poniendo de relieve el equívoco padecido tanto por Cicu como por el P. CAPELLO, derivado del diverso punto de vista, civil y canónico, desde el cual ambos consideraron la institución del matrimonio.

(109) Al emplear, respectivamente, los verbos *pronunciará* y *dichiara*, referidos al oficial del estado civil.

(110) La primitiva Ley de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870, en cambio, ordenaba que el Juez municipal pronunciara la frase: "quedáis unidos en matrimonio perpetuo e indisoluble", que había de consignarse en el acta de matrimonio, según el art. 67, núm. 12, de la antigua Ley de Registro civil de 17 de junio de 1870.

miliar Cicu tiene es falsa en su mismo fundamento (111) y si quieren los elementos decisivos sobre los que él basa su actitud crítica frente a las diversas tesis sostenidas acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, es evidente que hay que descartar su construcción dogmática del matrimonio putativo, pese a su innegable brillantez y agudeza.

* * *

Recientemente García Cantero, aun no compartiendo el punto de vista inicial de Cicu sobre la eficacia constitutiva del matrimonio, entiende—como Cicu y Rouast (112)—que el matrimonio putativo constituye la regla general y no la excepción. A su juicio, normalmente, en tanto que el matrimonio no es anulado, produce los efectos del matrimonio válido. La sentencia firme de nulidad carece de efecto retroactivo respecto del cónyuge o de los cónyuges de buena fe, y en ningún caso respecto de los hijos y en cuanto a los bienes del matrimonio; en tales supuestos la sentencia es constitutiva. La sentencia tiene efecto retroactivo respecto de y en cuanto al cónyuge o cónyuges de mala fe; la sentencia en este caso tiene carácter declarativo. Y, también como Rouast, acude al carácter institucional del matrimonio para tratar de explicar el trato privilegiado dado por la ley al matrimonio putativo. En suma, para García Cantero, cuando se habla de matrimonio putativo quiere decirse que se ha anulado un matrimonio válido hasta ese momento, algunos de cuyos efectos no pueden menos de sobrevivir a la declaración de nulidad (113).

La tesis de García Cantero, en sustancia coincidente con la de Cicu y Rouast, es de igual modo inadmisible. Que en nuestro Derecho la norma general sea la de la irretroactividad de los efectos de la sentencia firme de nulidad y la excepción la retroactividad lo deduce García Cantero tan sólo de la amplitud con que están concebidos los artículos 69 y 72 del C. c., menospreciando así la aplicación de los principios generales por no haberse apercibido de que las normas contenidas en los artículos 69 y 72 del C. c. son

(111) Presupuesto de la doctrina de Cicu es la distinción entre Derecho público y Derecho privado cifrada en el interés, en la voluntad y en la posición que ocupa el individuo en la relación jurídica. "La base no es, por tanto —escribe HERNÁNDEZ-GIL—, muy estable, en la situación actual de la ciencia jurídica, porque descansa en una distinción entre Derecho público y Derecho privado inaceptable" (HERNÁNDEZ-GIL, op. cit., p. 167).

(112) Vid., *supra*, nota 35.

(113) GARCÍA CANTERO, op. cit., pp. 246 y ss. y 251 y ss. A su modo de ver, el art. 69 C. c. debe entenderse así: "El matrimonio declarado nulo se disuelve para el futuro. La sentencia de nulidad no opera retroactivamente respecto al cónyuge o cónyuges de buena fe, ni respecto de la prole o de los bienes del matrimonio, sino que deja a salvo los derechos ya nacidos, e inmutados los derechos personales y las relaciones familiares, según se habían constituido hasta la fecha de la sentencia con base en el matrimonio reputado válido. La anulación en esta clase de matrimonios opera *ex nunc* y se equipara propiamente a una disolución. No se producen efectos nuevos, sino que se conservan los ya producidos" (op. cit., pp. 260-261).

normas equiparadoras o de remisión, en el sentido que explicaremos más adelante, pero que sin ello implique la inversión de aquellos principios, aunque sí una excepción de los mismos (vid. *infra*, núm. 6, b).

6. Conclusiones sobre el problema de la naturaleza jurídica del matrimonio y del matrimonio putativo.

Tras de la revisión crítica de las diferentes teorías presentadas por la doctrina en orden a la naturaleza o construcción técnico-jurídica del matrimonio putativo, ha llegado el momento de exponer en breve síntesis nuestras propias ideas y conclusiones.

Mas antes de referirnos al matrimonio putativo en particular es oportuno aludir—aunque sea muy someramente—al matrimonio en general, pues acabamos de ver en Cícu cómo ambos problemas están inescindiblemente concatenados. En todo caso, el matrimonio es el arquetipo o prototipo del matrimonio putativo. Y es totalmente imposible hablar de éste sin hacerlo de aquél.

a) Sabido es cómo la doctrina canonista distingue con acierto entre matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*, entre el acto de la celebración del matrimonio y el vínculo o estado matrimonial que nace de la celebración (*vinculum vel status matrimonii*) (114).

Pues bien, por lo que al primero respecta, la *communis opinio* de la doctrina canonista defiende la tesis contractual, afirmando resueltamente que el matrimonio es un verdadero contrato (115). Y el canon 1.012 del *Codex iuris canonici*, recogiendo esa opinión común, habla de *contractus matrimonialis*.

En cambio, la doctrina civilista es hoy, de ordinario, contraria a la naturaleza contractual del matrimonio en cuanto acto, prefiriendo hablar de «acto del Estado» (116), de «negocio jurídico complejo» (117), de «convención» (118) o de «acuerdo» (119) y de «negocio jurídico bilateral», típico del Derecho de familia (120).

(114) Vid., por todos, WERNZ-VIDAL, "Ius canonicum", t. V, "Ius matrimoniale", 3.^a ed., Roma, 1946, núm. 21, p. 18.

(115) No obstante, hay quien —como GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, "La institución matrimonial según el Derecho de la Iglesia Católica", Madrid, 1943, p. 20 y siguiente— descarta la calificación contractual y negocial del matrimonio, defendiendo con particular vigor su completa caracterización institucional.

(116) Cícu, op. cit., *supra*, nota 105.

(117) VASSALLI, "Lezioni di Diritto matrimoniale", vol. I, Padua, 1932, páginas 71 y ss.; RUGGIERO-MAROI, "Istituzioni di Diritto privato", vol. I, 8.^a edición, Milán-Messina, 1952, pp. 260 y ss.

(118) SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho civil", t. V, vol. I.^o, Madrid, 1912, pp. 399 y ss.; DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español, común y foral", t. VI, Madrid, 1920, p. 32.

(119) CARNELUTTI, "Accertamento del matrimonio", en "Il foro italiano", 1942, IV, col. 41 y ss.; MACCHIA, "Definizione e natura giuridica del matrimonio", loc. cit., p. 139.

(120) RAVA, op. cit., pp. 9 y ss.; ROYO, op. cit., p. 29; id: "Notas acerca

Por lo que mira al matrimonio *in facto esse*, canonistas y civilistas coinciden en reconocer—como no podía ser menos—que al poder de la voluntad privada no lo es dable alterar o modificar en lo más mínimo el vínculo o estado matrimonial que nace con el acto del matrimonio. Y se habla de una «institución» (121), de un «sistema de vinculaciones jurídicas pre establecidas» (122), de «una situación legal objetiva» (123) o de cualquier otra fórmula que ponga de relieve los límites infranqueables de la autonomía y de la libertad del querer en materia matrimonial.

Acaso la tesis contractual del matrimonio en cuanto acto, defendida por los canonistas y hoy casi abandonada por los modernos iusprivatistas, pueda renacer en el campo del Derecho civil concibiendo el contrato como convención obligatoria de contenido lícito, patrimonial o no.

En efecto, la figura del contrato, basada en el *consensus* o la *conventio*, es una categoría general que puede comprender tanto los contratos atinentes a relaciones personales o familiares como a relaciones económicas o patrimoniales. Ha sido la identificación de la figura del contrato con el contrato patrimonial —llevada a cabo por la concepción individualista y burguesa, que plasmó en la codificación europea bajo el molde napoleónico (124)—la que ha inducido a muchos a negar que el matrimonio sea un contrato. Ahora bien, se trata de una identificación *histórica*, circunstancial, como la misma concepción patrimonializadora a la que corresponde.

Evidentemente, si contrato es igual a negocio jurídico bilateral de contenido patrimonial, el matrimonio no es contrato; pero si contrato es—como creemos—toda convención obligatoria de contenido lícito (patrimonial o no), el matrimonio es contrato.

Todas las dificultades invocadas en contra de la tesis contractual del matrimonio por la actual opinión reaccionaria de gran número de los civilistas pueden ser superadas.

Es cierto que la relación jurídica matrimonial está sustraída a la libre voluntad de las partes y que no cabe el mutuo disenso para disolver el vínculo cuando—como ocurre en el ordenamiento

de la naturaleza contractual del matrimonio", en "Revista crítica de Derecho inmobiliario", 1932, pp. 349 y ss., esp. 417 y ss. Cfr. también A. GARCÍA-VALDECASAS, "Naturaleza jurídica del matrimonio en el Derecho español", en "Boletín del Colegio de Abogados de Madrid", núm. 6, 1931, pp. 1 y ss., y GARCÍA CANTERO, op. cit., pp. 29 y ss.

(121) Víd., por ejemplo, TRABUCCHI, op. cit., pp. 59 y ss., y GARCÍA CANTERO, op. cit., pp. 30-31 y 256, quienes también apelan a la teoría de la institución para explicar los efectos del matrimonio putativo.

(122) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ op. et loc. cits.

(123) VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", t. IV, 4.^a ed., Valladolid, 1938, p. 50, nota.

(124) A esta concepción responde nuestro Código civil (cfr. tit. II, lib. IV, artículos 1.254 y ss.). Pero la misma no vincula al intérprete. También, por ejemplo, el art. 348 C. c. refleja una concepción individualista y burguesa de la propiedad y, sin embargo, nadie la sigue manteniendo hoy.

to canónico y en el nuestro—se configura objetivamente imprimiéndole el cuño de la indisolubilidad.

Mas si es evidente que en el matrimonio falta la «libertad contractual» (125), es decir, la posibilidad de autorregular libremente el vínculo que de aquél nace, existe al menos la «libertad de contratar» (126), o sea, la posibilidad de entrar o no en el *vinculum vel status matrimonii* tal y como es forjado por el ordenamiento en atención a la trascendencia social de la relación (*matrimonium seminarium reipublicae!*). Y esto es suficiente para que pueda hablarse de contrato. También en el campo patrimonial hay contratos en los cuales falta o está extraordinariamente limitada la libertad contractual (por ejemplo, arrendamientos rústicos y urbanos, sometidos a la legislación especial) y hasta, en ocasiones, llega a desaparecer la libertad de contratar («contratos forzosos») (127). El Derecho contractual no es el reino del arbitrio individual. Así sería según la concepción individualista y burguesa. El mundo de las «situaciones» legales tiene en aquél cabida junto al mundo de las «relaciones» forjadas por la *lex privata* (128).

Sentado lo que antecede, concebimos el matrimonio como contrato de sociedad extrapatrimonial o contrato asociativo (129), creador de comunidad familiar y origen por ello de una situación jurídica pre establecida (129 bis).

(125) Sobre este concepto vid. MESSINEO, "Doctrina generale del contratto", 3.^a ed. Milán, 1948, pp. 13 y ss.

(126) Sobre el concepto vid. MESSINEO, op. et loc. cits.

(127) Sobre el tema vid. DÍEZ-PICAZO, "Los llamados contratos forzosos", en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1956, pp. 85 y ss.

(128) Cfr. D'ORS, "De la *lex privata* al Derecho privado y al Derecho civil", Coimbra, 1949, pp. 16 y ss.

(129) Nuestro Código civil, al exigir —como el resto de los latinos— una finalidad lucrativa (art. 1.655), tiene un concepto enteico y mezquino del contrato de sociedad, correspondiente a una mentalidad individualista y patrimonializadora. Yo me sumo sin reservas a la corriente moderna que critica la concepción latina del contrato de sociedad civil y preconiza que se suprima el requisito del fin de lucro (vid. CASTÁN, "Del contrato de sociedad", en el t. XXV, vol. 1.^o, del Código civil de MUCIUS SCAEVOLA, p. 701). La sociedad —como expresa mejor el art. 530 del Código civil suizo de obligaciones— "es un contrato por el cual dos o más personas convienen en unir sus esfuerzos o sus recursos para obtener un fin común". Dentro de esta amplia fórmula tiene perfecta cabida el matrimonio, aunque suponga una entrega personal y no una simple aportación de actividad o de conducta. En caso de continuar afebrados al estrecho concepto del artículo 1.665 de nuestro Código civil, puede hablarse del matrimonio como de un contrato asociativo o *consor:ium*, según la conocida definición de MODESTINO: "Nuptiae sunt comitatio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communictio" (D., 22, 2, 1).

(129 bis) Compárese D'ORS. "En torno a la definición isidoriana del *ius gen:ium*", en "Papeles del oficio universitario", Madrid 1961, pp. 291-206, para quien el matrimonio es un negocio contractual que produce, sin embargo, un vínculo propiamente comunitario; o sea, un contrato que hace surgir no una simple relación de sociedad, sino un complejo de situaciones que integran la comunidad familiar; en suma, una relación de tipo societario, constitutiva de una comunidad familiar.

b) Pasando ahora al tema específico de la naturaleza jurídica del instituto objeto de nuestro estudio, estamos convencidos —como ya anunciamos en las primeras páginas de este trabajo— de que sólo recurriendo a la teoría de la apariencia jurídica (130) puede explicarse satisfactoriamente la esencia y el funcionamiento del matrimonio putativo, pues, a nuestro juicio, no hay por qué circunscribir la mencionada teoría al campo exclusivo de las relaciones patrimoniales (131).

(130) La apariencia jurídica es un concepto, una categoría o principio lógico que informa algunas hipótesis singulares (entre ellas la del matrimonio putativo), pero no un principio general del Derecho. En nuestro ordenamiento, los casos en que la apariencia prevalece sobre la realidad tienen carácter excepcional (vid. JORDANO, "La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros", en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 1950, pp. 668 y ss., esp. pp. 669, nota 1 bis, y 711 y ss.). Siguen esta opinión LADARIA, "Legitimación y apariencia jurídica", Barcelona, 1952, p. 157; y TALÓN, "La apariencia jurídica", en "Revista jurídica de Cataluña", 1952, pp. 372-373. Vid., también, BÉRGAMO, "La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español", en "Curso de conferencias, 1945", del I. C. N. V., Valencia 1946, pp. 241 y ss.

(131) Cfr. HERNÁNDEZ-GIL, "De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil", en "Revista de Derecho privado", 1945, pp. 413 y ss., esp. pp. 424 y 425, para quien el matrimonio putativo es una de las situaciones en que se reconoce efectos a la apariencia de derecho no en base a la seguridad del tráfico, sino por razones éticas, lo cual a su juicio no significa que no se produzca aquí una apariencia de derecho con plena eficacia, sino demuestra más bien que ésta no se halla determinada siempre por consideraciones de un mismo tipo, pues junto a lo económico se encuentra lo moral. Contra: LADARIA, op. cit., p. 138 y TALÓN, op. cit., pp. 381-382, cuya crítica a la aplicación de la teoría de la apariencia jurídica en tema de matrimonio putativo, muy poco consistente, llega a reconocer que tal aplicación "tiene en nuestro Derecho positivo el argumento a su favor que le proporciona el último párrafo del art. 69 C. c., que, al independizar la legitimidad del hijo de la buena fe de los padres, anula la teoría defendida por los autores italianos, de que el reconocimiento de la legitimidad del hijo no es sino un reflejo de la protección concedida al cónyuge de buena fe, y parece que base la legitimidad en la apariencia de matrimonio".

En Francia, PORTALIS decía que "es suficiente la apariencia, la sombra de un matrimonio, para que el legislador le anude efectos" ("Discours préliminaire", apud LOCRE, "Legislation de la France", I, núm. 62, p. 292). Compárese la cita de la nota 72, *supra*.

En Alemania, FISCHER-HENLE ("Bürgerliches Gesetzbuch", Munich, 1923, párrafos 1.344 y ss.) interpretan las normas del B.G.B. relativas al matrimonio putativo como *Rechtsästeinschränkungen*.

En el Derecho italiano, reconducen el matrimonio putativo al principio de la apariencia jurídica: SOTGIA ("Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità", Roma, 1930, pp. 3 y ss.), para quien la apariencia jurídica se derivaría en este caso de la forma solemne de celebrarse el matrimonio; BOLAFFI ("Le teorie sulla apparenza giuridica", en "Rivista del Diritto commerciale", 1934, I, pp. 141-142), según quien el matrimonio putativo, puede ser considerado como un caso de tutela concedida a la apariencia; D'AMELIO, op. et loc. cits. Contra: TRABUCCHI (op. cit., pp. 73-74) y MACCHIA ("I problemi essenziali del matrimonio putativo", cit., pp. 267-268), cuyas críticas no nos alcanzan, ya que giran en torno a la exigencia —terminante en el Derecho italiano— del requisito autónomo de la buena fe, que en nuestro Derecho señala apenas la extensión de los efectos del matrimonio putativo con relación a los cónyuges, según razonamos oportunamente. TRABUCCHI sostiene, empero, que acudir a la apariencia en el matrimonio puta-

A nuestro modo de ver, la apariencia provocada por el matrimonio nulo, bajo los requisitos o presupuestos que señalamos en la Introducción y con relación a ciertas personas (hijos, en todo caso, y cónyuges y terceros de buena fe), es un equivalente jurídico del matrimonio válido y eficaz, disuelto.

Lo que el artículo 69 del C. c. preceptúa se podría sintetizar diciendo: «La apariencia del matrimonio nulo equivale en cuanto a su eficacia al matrimonio válido, desde la celebración en forma hasta la declaración de nulidad, sin más limitaciones que las impuestas por la mala fe.»

El matrimonio putativo es, pues, un matrimonio *nulo*, que no se sana, convalida o tiene como válido *ad tempus* por la ley, sino que ésta lo parifica en los efectos al matrimonio válido, en contra del principio «*quod nullum est nullum producit effectum*», del que, desde luego, constituye excepción («*matrimonium nullum producit effectum*»), mas no inversión («*matrimonium nullum est matrimonium validum*»). No deja la ley de considerar el matrimonio como *nulo*, si bien le atribuye efectos por vía de remisión, considerando equivalente *quoad effectum* el estado *de facto*, fundado en un título matrimonial legitimador (*titulus coloratus*), al estado *de iure* que aquél revela. No es suficiente ni tampoco se precisa (132) la cohabitación *more uxorio* de dos personas, aun acom-

tivo puede tener significado en tanto en cuanto se refiera *in genere* al requisito de la existencia de un título. Naturalmente, CICU («Sul fondamento del cosidetto matrimonio putativo», cit., p. 16) es un decidido adversario de la calificación del matrimonio putativo como matrimonio aparente, puesto que —según la tesis, ya criticada— se trata de un matrimonio verdadero hasta la sentencia de anulación, por la fuerza constitutiva del pronunciamiento del oficial del estado civil y la eficacia *ex nunc* de dicha sentencia. De no seguir la teoría de CICU, no hay más camino que el de la teoría de la apariencia para explicar satisfactoriamente el instituto del matrimonio putativo en nuestro Derecho. El reciente intento de GARCÍA CANTERO (op. cit., p. 256) no es muy convincente, ya que se basa en la pretendida normal irretroactividad y consiguiente carácter constitutivo de la sentencia de nulidad de matrimonio; irretroactividad que, a diferencia de CICU, afirma sin más apoyo que la amplitud con que están concebidos los arts. 69 y 72 C. c. Así, pues, si según la doctrina tradicional y la *communis opinio*, la sentencia de nulidad de matrimonio tiene un indudable carácter declarativo y el matrimonio putativo es una excepción al principio de la retroactividad, la teoría de la apariencia jurídica no sólo sirve para explicar los efectos que se producen en relación con los terceros, sino también los que se originan entre los mismos cónyuges y respecto de los hijos.

(132) Con la celebración del matrimonio se opera instantáneamente la legitimación de los hijos naturales ya reconocidos, abstracción hecha del estado de hecho que se instaura tras de la celebración, del que se prescinde. La convivencia de carácter matrimonial no es idónea por sí sola para producir los efectos civiles propios del matrimonio; de otra suerte también se darían en el concubinato y sería admisible el llamado “matrimonio por comportamiento” (vid. nota 28 y el texto a que se refiere). Todo esto significa que en el matrimonio putativo estamos ante una apariencia jurídica *formal*, no material (*forma dat effectum!*), que prevalece sobre la realidad por razón de intereses superiores o familiares y de intereses particulares o individuales, subordinados a los primeros. TALÓN (op. et loc. cits.) no parece apercibirse de ello.

pañada de la posesión de estado de casados. Pero al menos se requiere siempre que haya una base objetiva (título) capaz de imponerse, aun cuando no se haya impuesto—dada la prescindibilidad de la buena fe—a la convicción de los nubentes o de los terceros, forma de celebración que es necesaria para la constitución del estado matrimonial. El título debe ser considerado como *iusta causa matrimonii putativum*.

Tenía, pues, razón Finzi cuando reconducía la eficacia del matrimonio putativo a la *investidura formal* operada por la celebración (133). Es que la celebración en forma, aunque después sea declarada nula, da vida mientras tanto a un matrimonio aparente o de hecho, revestido de efectos. Unicamente de esta manera puede explicarse que en legislaciones como la nuestra se conserve la legitimidad de los hijos, incluso cuando los cónyuges contraen el matrimonio de mala fe.

Habiendo nacido el instituto del matrimonio putativo para tutelar los intereses de los hijos, la legitimidad, que estuvo en un primer momento justificada dentro del Derecho canónico concurrendo la buena fe de ambos padres, como fruto de una unión no pecaminosa, pudo más tarde concederse también en el caso de buena fe unilateral, y hoy, desenvolviendo hasta el máximo la idea inicial del *favor prolis* o *legitimitatis*, situada en la base del matrimonio putativo, algunas legislaciones civiles modernas mantienen en todo caso para los hijos la legitimidad producida por la apariencia de matrimonio, eliminando los efectos ventajosos para los padres.

Resta explicar por qué se eliminan los efectos «ventajosos» para el cónyuge o cónyuges de mala fe (134).

Esa eliminación parcial de efectos se puede explicar como sanción de la mala fe. Se trata de una *pena privada* que recae sobre el cónyuge o cónyuges de mala fe, permaneciendo para la prole inocente la legitimidad producida por la apariencia de matrimonio. Del mismo modo, los terceros no están protegidos cuando obran de mala fe y, en cambio, sí lo están concurrendo la buena fe (135).

(133) FINZI, op. et loc. cits.

(134) Lo cual quiere decir que el cónyuge o cónyuges de mala fe, pese a que quedan en la situación de padres legítimos —pues, de lo contrario, el hijo no podría ser legítimo—, se ven privados de los efectos de la legitimidad que les puedan resultar favorables.

(135) El ámbito de la protección de los terceros en las relaciones patrimoniales sobre cosas muebles e inmuebles está naturalmente ceñido a los supuestos de hecho que contemplan los arts. 464 C. c. y 34 L. II, respectivamente. Han de concurrir, por tanto, con la buena fe todos los presupuestos que la aplicación de dichas normas exigen.

En lo demás, bastarán los requisitos generales (buena fe y onerosidad) de la protección del tercero.

El art. 151 del proyecto preliminar del nuevo Código civil italiano contenía

Si todo esto es así podemos concluir diciendo que el matrimonio putativo es el matrimonio aparente (*matrimonium coloratum* o *imago matrimonii*), el equivalente jurídico del matrimonio verdadero.

una disposición relativa a los efectos del matrimonio putativo respecto de los terceros. Decía así: "Al tercero que haya contratado con uno u otro cónyuge y obtenido contra él una sentencia definitiva, no se le puede oponer ninguna excepción, a menos que al tiempo del contrato, o en el curso del litigio, el matrimonio fuera ya declarado nulo, o él conociese la causa de nulidad". Esta disposición fué suprimida en el proyecto definitivo por considerarla superflua. También lo es en nuestro Derecho. En realidad, la misma regla se desprende ya del art. 69 C. c., con las particularidades —ya señaladas— que resultan del juego de los arts. 464 C. c. y 34 L. H.

El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio

ENRIQUE LALAGUNA

Profesor del Estudio General de Navarra

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Interpretación del artículo 51 del Código civil*.

A. Interpretación lógica: a) La antinomia de los artículos 51 y 69; b) El artículo 51 como regla general y el 69 como excepción; c) El artículo 69 como regla general y el 51 como excepción.—B. Interpretación histórica a) El artículo 38 del Proyecto 1882; b) El artículo 51 de la primera edición del Código. Su formulación actual; c) Significado genuino del artículo 51.—C. Interpretación sistemática.—III. *La vigencia del artículo 51 y el sistema matrimonial*: A. La cuestión de la vigencia del artículo 51 según el planteamiento crítico de la doctrina científica. B. La vigencia del artículo 51 en el régimen derogado. C. La vigencia del artículo 51 en el régimen actual.—IV. *Ambito de aplicación del artículo 51 y normas concordantes del Código civil*: A. Supuestos de aplicación de los artículos 51 y 69.—B. Concordancia de los artículos 51 y 75.—C. Concordancia de los artículos 51 y 76.—V. *Alcance de la sanción de ineficacia del artículo 51*: A. Consideraciones previas.—B. Tesis de la nulidad.—C. Tesis de la inexistencia.—D. Tesis de la ineficacia relativa.—VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCION

§ 1. El régimen aplicable a las situaciones de doble matrimonio se contiene, fundamentalmente, en los artículos 51, 42, 83, 101, 69, 75 y 76 del Código civil.

De estos preceptos destaca el artículo 51 por las peculiares circunstancias que concurren en su origen y en su interpretación. A juzgar por su ambigua y equívoca dicción, diríase, en principio, aplicable a todo supuesto posible de doble matrimonio. Pero a tenor de su relación con otros preceptos se podría llegar a la conclusión contraria de que es precepto muerto (al prevalecer, frente al régimen de ineficacia que establece, la disciplina general del art. 69—eficacia del matrimonio declarado nulo—y a la más particular del artículo 76, en relación con el 75—eficacia del matrimonio canónico válido—). Añádese a esta dificultad el hecho de ser el precepto una «pieza clave» del sistema matrimonial, por lo que es frecuente que a cada modificación operada en éste siga una crisis en la exégesis de aquél.

Esta situación, agravada por las varias antinomias que se acusan entre el artículo 51 y otras normas del Código, ha llevado a algunos autores a sugerir la supresión o modificación de norma tan controvertida o bien, equivalentemente, a proponer un régimen que supondría su derogación.

Como se ve, sobre el artículo 51 todo se discute: su significado, su ámbito de aplicación y hasta su misma vigencia.

Como las dificultades que plantean los demás preceptos anteriormente citados nacen de su conexión sistemática con el artículo 51, he creído oportuno centrar en torno a éste todas las cuestiones de interpretación y aplicación que suscita el régimen español sobre la materia que tratamos.

Nos ocuparemos en primer lugar del significado del precepto a la luz de la interpretación lógica, histórica y sistemática. El resultado de la exégesis permitirá ponderar la necesidad de su vigencia en la legalidad actual y determinar el ámbito de su aplicación en relación con las demás normas concordantes.

II. INTERPRETACION DEL ARTICULO 51 DEL CODIGO CIVIL

A. INTERPRETACIÓN LÓGICA.

a) *La antinomia de los artículos 51 y 69.*

§ 2. Desde los primeros años de vigencia del Código acusa la doctrina una antinomia entre los artículos 69 y 51. El primero de ellos establece que «el matrimonio contraído de buena fe *produce efectos civiles* aunque sea declarado nulo». El 51 dispone terminantemente que «*no producirá efectos civiles* el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente».

Algún autor, como Manresa, trató de salvar la antinomia diciendo que el artículo 51 es la regla general y el 69 la excepción (1). A mi modo de ver, la relación entre ambos preceptos es inversa a la que Manresa propone.

Conviene examinar por separado ambas posiciones.

b) *El artículo 51 como regla general y el 69 como excepción.*

§ 3. Esta proposición se ha repetido con frecuencia por distintos autores, para seguirla o para combatirla, sin precisar su exacto sentido.

Una excepción es una desviación de un principio o regla ge-

(1) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, I, 7.^a ed., Madrid 1956, págs. 458-459. Vid. también BOFARULL, M., *Código civil español*, I, 3.^a ed., Madrid 1889, pág. 29. VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, IV, 4.^a ed., Valladolid 1938, pág. 118; DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Voz *Liquamen*, II, Barcelona 1954, pág. 2541.

neral. La regla general sólo dejará de aplicarse cuando se dé el supuesto excepcional. En los demás casos se aplicará. Sería ocioso insistir en que la relación entre norma común y norma excepcional supone una operatividad de la regla común en ciertos casos. Si el número de supuestos excepcionales es tan considerable que se hace prácticamente imposible la actuación de la regla general, diremos que ésta desaparece, y si, sin llegar a tanto, la aplicación de la regla general se admite en casos muy contados, quedando en un segundo plano, diremos que la excepción se convierte en regla y lo que era regla en excepción.

Si el matrimonio canónico o civil es nulo o ineficaz por existir vínculo legítimo anterior, y en tales casos no rige, como pretende Manresa, el artículo 51 sino el 69, nos preguntamos en qué casos se aplicará el 51.

Admitidas en nuestro Derecho dos clases de matrimonio —canónico y civil—son posibles cuatro hipótesis diferentes de doble vínculo según que la primera y la segunda unión sean de la misma naturaleza—doble matrimonio civil, doble matrimonio canónico—o de naturaleza distinta—primer matrimonio canónico y segundo civil, primer matrimonio civil y segundo canónico—. El artículo 51 sanciona con *carenza de efectos civiles* el segundo matrimonio en cada una de estas cuatro hipótesis. Esta es la regla general. ¿En qué sentido el artículo 69 es excepción del artículo 51? Esta cuestión ni se contesta ni se plantea siquiera por los sostenedores de la opinión que comentamos, que se limitan a afirmar que para el cónyuge de buena fe, y, en todo caso, para los hijos, el matrimonio declarado nulo por causa de impedimento de ligamen *produce efectos civiles* conforme al artículo 69, lo que supone no una excepción al artículo 51 sino una contradicción con él; la eficacia civil negada por el artículo 51 es reconocida a tenor del 69. Así no se concilian ambos preceptos sino que se elimina uno de ellos: el artículo 51. En todos los casos previstos en éste—menos en uno, pero de él no hace Manresa consideración especial—es posible obtener una declaración de nulidad (2) y aplicar en consecuencia la doctrina del artículo 69, con lo que el artículo 51 resulta disposición superflua, ya que en ningún caso (según el planteamiento de Manresa) es aplicable.

Se podría pensar que la carencia de efectos civiles se refiere al caso en que uno o ambos cónyuges obren de mala fe y que la excepción del artículo 69 consistiría en admitir la eficacia limitadamente para el cónyuge de buena fe, y, en todo caso, para los hijos. Pero para esto no era necesaria la previsión especial del artículo 51, porque la ineficacia respecto al cónyuge o cónyuges de mala fe la establece el mismo artículo 69 con carácter general

(2) Para los supuestos de ulterior matrimonio civil cuando existe vínculo anterior civil o canónico, la nulidad se funda en el art. 83, 5.º, en relación con el 101, 1.º, del C. c. Para el caso de ulterior matrimonio canónico, existiendo vínculo canónico anterior, el art. 75 del C. c. remite a la legislación canónica.

para todos los casos de nulidad, cualquiera que sea la causa en que se funde.

En conclusión: si el artículo 51 no es aplicable en ningún caso, resulta un precepto superfluo; si es aplicable en un solo caso de los cuatro previstos, es precepto superfluo en su mayor parte. En el primer caso, no cabe hablar de concordancia con el artículo 69 en relación de norma común a norma excepcional. En el segundo caso, cuando *en un solo supuesto* prevalece el 51 frente al 69, la relación de norma común a excepcional se invierte: el artículo 69 será la regla general y el 51 la excepción.

c) *El artículo 69 como regla general y el 51 como excepción.*

§ 4. Presupuesto necesario para la aplicación del artículo 69 es la *declaración de nulidad* del matrimonio (3): «el matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles aunque sea declarado nulo» (4).

Esta disposición es aplicable al matrimonio contraído con impedimento de vínculo, tipificado como causa de nulidad en el artículo 101, 1.^o, en relación con el 83, 5.^o—con referencia a los casos en que el segundo matrimonio sea civil—, y también en el canon 1.069 del Código de Derecho Canónico—aplicable cuando el segundo matrimonio sea canónico, y relevante en nuestro Derecho por la remisión contenida en el Código civil a la legislación y jurisdicción eclesiásticas (arts. 75, 80, 82)—.

Que la concesión de efectos civiles al matrimonio canónico declarado nulo entre en línea de ejecución civil de las sentencias y resoluciones canónicas ordenada por el artículo 82 del C. c., es cosa admitida pacíficamente en nuestra doctrina. Si alguna duda pudiera surgir a este respecto quedaría desvanecida por la consideración del enclave del artículo 69 en el Capítulo I—«Disposiciones generales»—del Título IV del Libro I del Código, dentro de la sección 5.^a—«De los efectos de la nulidad del matrimonio

(3) *Vid.* por ej., SACCO, R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino 1949, pág. 133; BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Declaración de nulidad de un matrimonio civil entre españoles contraído en el extranjero* “*Revista Española de Derecho canónico*”, IX (1954), pág. 939; GARCÍA CANTERO, G., *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid 1959, páginas 257-258; PÉREZ GONZÁLEZ, B., CASTÁN TOBEÑAS, J., *Notas al Tratado de Derecho civil de EUNECCERUS*, KIPP, WOLFF, IV, I, Barcelona 1947, páginas 178-180. Dicen estos autores de la declaración de nulidad que “es precisamente el punto de arranque de la aplicación del art. 69”.

(4) Escribe GÓMEZ ACEBO, F., *La buena y la mala fe en el Código civil*, “*Revista de Derecho privado*”, XXXVI (1952), págs. 233, que “los términos empleados por el Código son equívocos. Con más claridad se expresaba el artículo 94 de la ley de Matrimonio civil al disponer que el matrimonio nulo contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá todos sus efectos civiles ‘mientras subsista’”. Por otra parte téngase en cuenta que la buena fe no es esencial para la eficacia del matrimonio respecto de los hijos.

y los del divorcio» (5)—, por lo que no sería correcto limitar la aplicación de dicho artículo a los casos de nulidad declarada por Tribunales civiles, ya que de haberlo así querido el legislador hubiera colocado dicha norma en el Capítulo III del mismo Título y Libro, dedicado especialmente al matrimonio civil.

Veamos ahora en qué sentido es excepcional el artículo 51 respecto al 69. Liga éste efectos civiles al matrimonio—canónico o civil—declarado nulo (causa de nulidad relevante para la aplicación de este precepto es, como se ha indicado, el impedimento de vínculo). El artículo 51, con expresión enérgica y sin hacer referencia a la nulidad, los niega en un supuesto especial: matrimonio legítimo anterior. He aquí la contradicción. Conviene ver caso por caso si esta antinomia es irreductible o superable.

El artículo 51 al establecer la ineficacia de la unión contraída por persona ya casada legítimamente, contempla cuatro situaciones (6).

A la eficacia del matrimonio *civil* se opone el vínculo legítimo previo, que puede ser civil o canónico, de donde resultan la hipótesis:

I matrimonio civil-matrimonio civil (7);

II matrimonio canónico-matrimonio civil (8).

Y a la eficacia del matrimonio *canónico* se opone el vínculo legítimo previo—canónico o civil—, de donde resultan las hipótesis:

III matrimonio canónico-matrimonio canónico (9);

(5) Le ley de 24 de abril de 1958 ha sustituido el término “divorcio” por el de “separación”.

(6) En lo sucesivo, para simplificar la exposición, las hipótesis se designarán corrientemente por el número que a continuación se indica en el texto.

(7) Supuesto de la sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1912.

(8) Esta situación viene en cierto modo provocada por el propio régimen legal en los sistemas de matrimonio civil obligatorio y de libre elección. Cfr. por ejemplo, el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1953. El primer matrimonio—canónico—se celebró el 26 de abril de 1937, durante la vigencia de la ley de matrimonio civil obligatorio de la República. El segundo—civil—se celebró el 28 de agosto de 1937.—En un sistema de matrimonio civil subsidiario la situación puede producirse cuando el primer vínculo—canónico—no consta inscrito en el Registro. Conforme a los principios del sistema español, en el régimen anterior a la reforma de 1958, se declara la nulidad del matrimonio civil contraído en el extranjero por súbdito español con mujer divorciada de un matrimonio canónico anterior. Cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1942 y 12 de mayo de 1944, y la sentencia de la Cour d'appel de Bruxelles de 14 de diciembre de 1955 (inserta en “Revue critique de droit international privé”, XLVI-1957, págs. 68-72). Vid. también el interesante supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1956.

(9) Supuesto de la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1905. El primer matrimonio se celebró en secreto y no se inscribió en el libro reservado destinado a los de su clase en el Registro civil de la

IV matrimonio civil-matrimonio canónico (10).

Las hipótesis I y II se hallan previstas en el artículo 83, 5.^º Conforme a esta norma, en relación con la del artículo 101, 1.^º, se podrá pretender la declaración de nulidad del segundo matrimonio, y, obtenida, aplicar, contra la declaración del artículo 51, la doctrina del artículo 69 (11).

En la hipótesis III, también es aplicable al segundo matrimonio (canónico) el artículo 69. Así lo impone el hecho de que la disciplina que rige este supuesto (c. 1.069 del C. i. c.) es relevante en el orden jurídico español al reconocer el Código civil las normas de la Iglesia sobre el matrimonio canónico (art. 75, en su antigua y nueva redacción) y la competencia de la jurisdicción eclesiástica en materia de nulidad del mismo (art. 80, redacción derogada y vigente), enlazando a este doble reconocimiento una eficacia civil (arts. 76 y 81, redacción derogada y vigente). Con ello, el Estado se limita a reproducir en su propio ámbito—efectos civiles—el trato dado por el ordenamiento jurídico de la Iglesia al matrimonio canónico celebrado con impedimento de vínculo. Para tal caso el Derecho canónico aplica sin inconveniente la doctrina del matrimonio *putativo* (12). No hay razón para rechazarla, con referencia al mismo matrimonio canónico, en el orden civil, debiendo aquí producirse los efectos según la amplia concepción del artículo 69 de nuestro Código (13).

Dirección General. El segundo se celebró tres años después “con todas las solemnidades del matrimonio público”. Al parecer, es también un caso de doble matrimonio canónico el de la sentencia de la Sala segunda de la Audiencia Territorial de Madrid de 25 de enero de 1957, inserta en “Revista general de Derecho”, XIII (1957), págs. 233-234; y, sin duda, el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1956.

(10) Tal hipótesis, posible conforme a los principios del sistema vigente, es objeto de consideración especial a lo largo de este trabajo. Hay una nutrida jurisprudencia sobre este supuesto en materia criminal. Ultimamente, en materia civil, sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1960.

(11) Se admite sin controversia que como el art. 83, 5.^º, no distingue entre matrimonio civil y canónico, juega éste como impedimento de vínculo cuando se celebra o se pretende ulterior matrimonio civil. No sería lógico excluir la consideración del matrimonio canónico como impedimento para ulterior civil con distinta persona citando con referencia a la ley de 1870 (art. 5, núm. 2.^º), en la que el matrimonio canónico carecía de efectos civiles, se reconoció ese “efecto” por la Orden de 20 de junio de 1874. Víd. también MONFREDI, J. H., *Prontuario del matrimonio civil*, Madrid 1870, pág. 55, nota 2; pág. 57, nota 2; GONZÁLEZ MER. ALBA, P., *Estudios sobre la ley provisional del matrimonio civil y del Decreto de su reforma*, “Revista general de Legislación y Jurisprudencia”, XLVII (1875-II), págs. 238-240.

(12) El único límite, por razón de impedimento, para la aplicación de esta doctrina, en lo que concierne a la legitimidad de los hijos, es la prohibición del uso del matrimonio a los padres en el tiempo de la concepción del hijo por haber hecho solemne profesión religiosa o haber recibido órdenes sagradas (c. 1114).

(13) Aunque ello suponga una diferencia en orden a los efectos respecto a los hijos que el Derecho canónico enlaza al matrimonio *putativo*, es decir, al

Queda por examinar la hipótesis IV. Aquí la aplicación del artículo 69 tropieza con el inconveniente de que, en tesis general, no cabe fundar la nulidad del segundo matrimonio—canónico—en la existencia del vínculo previo—civil—. Esa nulidad difícilmente puede provenir de la jurisdicción eclesiástica, y no parece posible que llegue a plantearse siquiera ante la jurisdicción civil.

Como principio cabe mantener que no procederá de la jurisdicción canónica porque:

1) Si se parte de que la primera unión—civil—se ha contraído por súbditos católicos (en el sentido del c. 1.099), dado que tal matrimonio es inexistente ante el Derecho de la Iglesia (14), no podrá invocarse como impedimento—causa de nulidad—del segundo.

2) Si la primera unión se ha celebrado entre infieles—no súbditos—gcza del carácter de matrimonio legítimo ante el Derecho canónico. En tal caso, si el segundo matrimonio—canónico—se celebra al amparo del privilegio paulino, el primer vínculo—disuelto—tampoco constituirá impedimento para aquél (15). Sólo fuera de las condiciones del privilegio, cabría la consideración de nulidad del segundo matrimonio—canónico—en razón del vínculo legítimo anterior—civil—. Pero advirtamos que

contraído de buena fe, mientras que el nuestro los admite incluso en el caso de que falte la buena fe en ambos cónyuges.

(14) Cfr. BELLINI, P., *Sui conflitti in materia matrimoniale tra ordinamenti laicissati e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica*. "Il diritto ecclesiastico", LXVII (1956), Parte I, págs. 114-117; *Poteri disciplinari della gerarchia ecclesiastica e diritto penale dello stato*, "Il diritto ecclesiastico", LXIX (1958), Parte I, págs. 230 y ss.; OLIVERO, G., *Matrimonio civil, concubinato e diffamazione*, "Il diritto ecclesiastico", LXIX (1958), Parte I, pág. 313; BENDER, L., *Dispensatio in casu urgenci* (c. 1.045), "Revue de droit canonique", VIII (1958), pág. 160; *Actus u' aiunt civilis et impedimentum un' publicae honestatis*, "Ephemerides iuris canonici", IX (1953), pág. 311.

Sobre el significado del término "súbditos católicos" conforme al canon 1.099 cfr. LALAGUNA, E., *Nulidad de matrimonio civil por confesión católica de uno de los contrayentes*, "Ius canonico", Revista de la Facultad de Derecho canónico del Estudio General de Navarra, I (1961), pág. 279, nota 19.

(15) Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, IV, Madrid 1956, pág. 89. La generalidad de los autores que bajo la legalidad anterior se ocuparon del tema, entendieron que el Código reconocía la disolución del matrimonio civil por privilegio paulino. Así: MEDINA, L. y MARAÑÓN, M., *Leyes civiles de España*, Madrid 1911, nota al art. 51 del C. c., págs. 37-38; ORUÉ-REMENTERÍA, F., *Disolución del vínculo conyugal en Derecho canónico por modos especiales que no constituyen el caso de muerte de los cónyuges: en relación con el Código civil*, "Revista de Derecho privado", XI (1924), pág. 379; SÁNCHEZ REBULLIDA, F. de A., *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid 1955, pág. 278; URTEAGA LOIDI, J., *El privilegio paulino en el Derecho canónico y en el Derecho civil español*. Tesis doctoral leída en la Universidad de Madrid, s. f. págs. 380-386. En contra: CONDE-PUMPIIDO FERREIRO, C., *El Privilegio Paulino: Posibilidades de su aplicación en el régimen matrimonial español*. "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", CCVIII (1960-1), págs. 28-72. En el régimen actual, la disolución por privilegio paulino se reconoce expresamente. Vid. art. XXIV del Concordato y arts. 50 y 82 del C. c.

esta hipótesis es muy rara, y más en la época de redacción del Código. Bien se puede suponer que nuestro legislador no reparó en ella.

3) Si la unión civil se celebró entre súbditos acatólicos (en el sentido del c. 1.099), difícilmente se conseguirá la nulidad del ulterior matrimonio canónico, dado que la disciplina canónica vigente al redactarse nuestro Código no era—según la opinión al parecer más segura—la actual del c. 1.099 del C. i. c. sino la más rigurosa de vinculación de todos los bautizados (acatólicos incluidos) a la forma canónica, en los lugares donde, como en España, se había publicado el *Tametsi* (16). Tampoco, pues, es de suponer que el legislador español pensara en esta hipótesis.

Como se ve, es poco probable que la jurisdicción eclesiástica declare la nulidad del segundo matrimonio—canónico—. Menos probable todavía es que se declare por la jurisdicción estatal. Como quedó indicado, nuestro Código respeta la jurisdicción eclesiástica en materia de nulidad del matrimonio canónico. Una disposición en sentido contrario, por limitada que fuera, hubiera resultado impopular y tropezado en las Cortes con la oposición de los conservadores (17).

Si, pues, la declaración de nulidad del segundo matrimonio—canónico—por vínculo civil anterior no es probable, en tesis general, que pueda obtenerse, ni siquiera que llegue a plantearse, no será aplicable el artículo 69 del C. c. y regirá la fórmula más terminante y rigurosa del artículo 51.

En resumen: existe una antinomia parcial entre los artículos 51 y 69. En una sola hipótesis de las varias previstas es aplicable el artículo 51 sin contradicción con el 69. Esta sola hipótesis justifica la presencia en el Código del artículo 51 (18).

La anterior interpretación convierte en letra muerta una

(16) Así se desprende de la Constitución *Provida* de Pío X de 18 de enero de 1906, que al declarar válidos los matrimonios contraídos sin observancia de la firma tridentina por católicos, con herejes o cismáticos en cualquier región del Imperio germánico, hacía la siguiente salvedad: “*dummodo nec aliud obstet canonum impedimentum, nec sententia nullitatis propter impedimentum clandestinitatis ante diem festum Paschae huius anni legitime lata fuerit et mutuus contingutum consensus usque ad dictum diem perseveraverit*”.

(17) Es oportuno recordar aquí que el fracaso del Proyecto de texto articulado de Código presentado al Senado en 1882 se atribuye a que el reconocimiento de la disciplina matrimonial canónica que en él se hacía era incompleto (sistema de libre elección) (§ 7).

(18) A esta misma conclusión llegaba FUENMAYOR en 1941 con un enfoque de la cuestión en cierto modo distinto del aquí adoptado. FUENMAYOR deja en segundo plano el aspecto de la aplicación del artículo 69 en las hipótesis I, II y III, que aquí se afirma en base a la posibilidad de obtener una declaración de nulidad, y se fija más en el de la consiguiente falta de operatividad del artículo 51 por el hecho de venir ya cubierta su finalidad en otros preceptos (artículos 83, 5.º, 101, 1.º, 75). Cfr. FUENMAYOR, *El derecho sucesorio del cónyuge plativo*, “Revista general de Legislación y Jurisprudencia”, CLXX (1941-II), págs. 458-462.

parte del *texto* del artículo 51. Pero ello no supone, como pudiera pensarse, mutilar el *precepto*, sino precisar su genuino significado, deliberadamente oscurecido por sus autores. Afirmación ésta que se debe justificar.

B. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA.

a) *El artículo 38 del Proyecto de 1882.*

§ 5. Al examinar la hipótesis IV escribe Fuenmayor: «Se contrajo matrimonio civil y se intenta por uno de los cónyuges contraer posteriormente otro canónico con una tercera persona. Sin la disposición del artículo 51, nada se opondría a ello: la Iglesia bendeciría esa unión y el Estado concedería efectos civiles al nuevo matrimonio, ya que el matrimonio civil no es productor para el Derecho canónico del impedimento de vínculo, y tampoco sería aplicable el artículo 83 por referirse exclusivamente a los requisitos de celebración del matrimonio civil. Es de creer que el caso que tuvo presente el legislador al redactar el artículo fué éste precisamente. Influído fuertemente por ideas liberales, colocó en un mismo plano al matrimonio canónico y al civil y, por eso, habiendo dejado a la norma de la Iglesia la determinación de los requisitos de celebración del primero, quiso salir por sus fueros y elevó a la categoría de *nuevo impedimento* el ligamen derivado del matrimonio civil anterior. Pero ante el temor de que su declaración resultara demasiado fuerte, sobre todo después de la negociación oficiosa con la Santa Sede, se buscó una fórmula velada que pareciera más bien la consagración a ultranza del principio de monogamia. Por eso, si se recuerda que el artículo 51 es idéntico al 38 del Proyecto de 1882 salvo la diferencia de que éste se refería exclusivamente al matrimonio canónico, se comprenderá claramente que el precepto pudiera haberse redactado en estos términos: 'no producirá efectos civiles el matrimonio canónico cuando cualquiera de los cónyuges estuviese casado civilmente'; y en tal sentido la expresión *efectos civiles* se explica perfectamente, pues los autores del Código no quisieron establecer las condiciones de validez del matrimonio canónico, sino sólo las exigibles para su eficacia civil» (19).

Esta explicación de Fuenmayor se confirma con un análisis más detenido sobre la génesis del artículo 51. Este es efectivamente una reproducción desfigurada del artículo 38 del Proyecto de 1882.

Decía esta disposición que «el matrimonio canónico no producirá efectos civiles cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado conforme a las disposiciones del Código».

(19) FUENMAYOR, *El derecho sucesorio*, págs 461-462. En igual sentido, ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho de Familia*, Sevilla 1949, pág. 73.

Cabe pensar que la expresión «*conforme a las disposiciones del Código*» se refiere al matrimonio civil, ya que a éste se le menciona con los mismos o parecidos términos en otros textos concordantes. Así, por ejemplo, en la base 3.^a del Proyecto de Alonso Martínez de 1881 (20) y en el artículo 30 del texto articulado del Libro I del Código presentado al Senado en 1882 (21).

Tal formulación se justifica en el tenor literal de esos textos, que reconocen como válidos al matrimonio celebrado conforme a las disposiciones de la Iglesia y al contraído por los españoles en la forma prescrita por la legislación de otro país. Esta redacción inclinaba, por esa referencia a otros ordenamientos, a designar el matrimonio civil celebrado en España con una dicción semejante—«matrimonio civil celebrado en España *con arreglo a las disposiciones del nuevo Código*» (base 3.^a del Proyecto de 1881), «matrimonio celebrado en España *conforme a lo dispuesto en este Código*» (art. 30 del Proyecto de 1882)—. Hubiera sido impropio denominar «matrimonio civil» exclusivamente al celebrado conforme al régimen español, ya que la misma designación era también adecuada para el celebrado en el extranjero en la forma de la *lex loci*.

El precepto comentado tiene singular importancia en el sistema de matrimonio civil electivo acogido por el Proyecto de 1882. Veamos en qué sentido.

El conflicto de doble matrimonio de la hipótesis IV viene provocado en el Proyecto de 1882 por la disciplina del artículo 30, reproducción casi literal de la 3.^a de las bases del Proyecto de 1881. Antes de que el legislador se hiciera cargo de este conflicto, estableciendo en el texto articulado la ineficacia del segundo matrimonio (art. 38), Alonso Perujo, en una obra en su mayor parte dedicada a combatir la base 3.^a del Proyecto de 1881, lo expone en los siguientes términos: «Así pues, la Iglesia obrará con perfecto derecho admitiendo a los casados civilmente al matrimonio canónico con otra persona, y este segundo matrimonio será válido y

(20) La base 3.^a de este Proyecto, publicado por R. D. de 20 de octubre de 1881, establecía: “Será válido:

a) El matrimonio celebrado con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento.

b) El matrimonio civil celebrado en España *con arreglo a las disposiciones del nuevo Código*.

c) El matrimonio contraído por españoles en el extranjero en la forma establecida por las leyes del país donde tuviese lugar su celebración, etc.”.

(21) El artículo 30 del texto articulado del libro I del Código presentado al Senado en 24 de abril de 1882, disponía: “Son válidos: 1.^o, el matrimonio celebrado en España con arreglo a las disposiciones del Concilio de Trento y cánones de la Iglesia católica; 2.^o, el celebrado en España *conforme a lo dispuesto en este Código* y 3.^o, el contraído en país extranjero, siendo españoles ambos contrayentes o alguno de ellos, en la forma establecida donde tuviera lugar su celebración, etc.”. Ref. de MUCIUS SCAENOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, II, 2.^a ed., Madrid 1892, pág. 9.

legítimo. ¿Qué hará, pues, el poder civil? Cuando un matrimonio es declarado válido por la Iglesia, el Gobierno debe también reconocerlo como válido, si no quiere ser inconsiguiente consigo mismo y con su propia ley. ¿Se atreverá a disolver o a declarar nulo el legítimo matrimonio canónico, cuya validez él mismo ha sancionado? ¿Se atreverá a poner el impedimento de *ligamen*, en virtud del matrimonio civil, al canónico, haciendo así imposible en muchos casos su celebración y por consiguiente ilusoria su validez? Se encuentra, pues, encerrado en un círculo de hierro, viéndose obligado a permitir que a un mismo tiempo un hombre pudiera estar casado válidamente con dos mujeres, con la una según la ley, con la otra según la Iglesia...» (22).

Estas observaciones son puramente críticas: reconocido como válido el matrimonio celebrado con arreglo a las disposiciones de la Iglesia, el tratamiento del conflicto no puede consistir en una declaración *ex lege* de nulidad del segundo matrimonio ni en una configuración del vínculo civil como impedimento para ulterior matrimonio canónico, que, en definitiva, se traduciría en nulidad.

Con tal planteamiento, el conflicto se presenta insoluble. El autor ignora el Proyecto de texto articulado de 1882, a juzgar por el hecho de no aludir a él en ninguna ocasión. La visión del conflicto, limitada al dato de la base 3.^a de 1881, y ajena, por tanto, a la solución ideada después en el artículo 38 del Proyecto de 1882, guarda gran paralelismo con la situación actual.

Por una parte, nos muestra Alonso Perujo el conflicto que estudiamos en un marco sistemático, como resultado de una colisión de los principios del sistema de matrimonio civil facultativo acogido en el Proyecto de bases de 1881, luego llevado al Proyecto de texto articulado de 1882. Idéntica génesis tiene el conflicto en el sistema de matrimonio civil subsidiario actualmente vigente (23).

(22) ALONSO PERUJO, N., *El matrimonio católico y el matrimonio civil desde el punto de vista teológico, canónico, político y social*, Madrid 1882, páginas 193-194.

(23) Caben dos modalidades en el sistema de matrimonio civil subsidiario, según que la ley estatal reconozca la imperatividad de la forma canónica de celebración de la misma amplitud que la ley eclesiástica (c. 1.009 del C. i. c.) o en un ámbito personal más reducido. En tal sentido se puede calificar el sistema de absoluto o relativo, respectivamente. En el Derecho español vigente, el matrimonio civil es subsidiario del canónico con carácter relativo. La ley española obliga a observar la forma canónica a los súbditos de la Iglesia que profesan la religión católica (vid., arts. 42 y 86 del C. c.), no a los católicos apóstatas (bautizados en la Iglesia o convertidos a ella que a fide defecerunt). Para la noción de apostasía, a tal efecto, es de consulta ineludible la Orden Circular de 2 de abril de 1957. Sobre esta discrepancia entre la ley eclesiástica y nuestra ley civil —raíz del conflicto que estudiamos—, puede verse mi trabajo *Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero en la forma de la "lex loci"*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIII (1960), págs. 921 ss. Sobre el concepto de apostasía en el *Codex*, en relación con la materia, trato en *Nulidad de matrimonio civil*, cit., pág. 279 y siguientes.

Por otra parte, al igual que la generalidad de los autores que se han ocupado del artículo 51 del C. c., presenta Alonso Perújo el conflicto en términos irreductibles. La dificultad—insuperable al parecer de este autor— de establecer en la ley secular, en base a un matrimonio civil anterior, una nulidad *ipso iure* o un impedimento de vínculo para el matrimonio canónico, fué resuelta por el artículo 38 del Proyecto de 1882, mediante la distinción entre validez y eficacia del matrimonio canónico, negando ésta sin prejuzgar aquélla. También hoy, a la luz de esa diferencia, frecuentemente olvidada, pierde el conflicto en buena parte su aparente gravedad.

b) *El artículo 51 en la primera edición del Código. Su formulación actual.*

§ 6. A la luz de estos precedentes aparece clara la razón de ser y precisado el alcance del artículo 51 del C. c.

Si nos fijamos en su primera redacción, el parentesco con el artículo 38 del Proyecto de 1882 no deja lugar a dudas. El artículo 51 en la primera edición del Código, publicada por Real Decreto de 6 de octubre de 1888, venía redactado así: «No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado *conforme a las disposiciones de este Código*». Este inciso último es, como vemos, idéntico al del artículo 38 tantas veces citado.

Pero esta dicción no respondía dentro del Código a la exigencia de estilo que la justificaba en el Proyecto de 1882, porque en el Código nada se dice en concreto sobre la validez del matrimonio de los españoles en el extranjero, y no siendo necesario designar el matrimonio civil mediante referencia a su régimen (el de país extranjero o el del Código español), en cuanto el matrimonio civil «español» es el único regulado, podíase ya designar concisamente por su nombre.

Sin embargo, ese inciso final, en el contexto del Código, podía significar indistintamente el matrimonio civil o el canónico, ya que tanto uno como otro era «conforme a las disposiciones del Código». Tal acepción amplia resultaba, por añadidura, adecuada al enclave del artículo 51 entre las ««Disposiciones generales» (Cap. I, Tít. IV, Lib. I) y a la rúbrica de la Sección en que se reconocen las dos formas de matrimonio («Disposiciones comunes a las dos formas de matrimonio»). Así entendida la expresión habrían de considerarse incluidas en el supuesto de hecho de la norma dos nuevas hipótesis (II y III), que de otro modo—con la significación estricta que tenía en el artículo 38 del Proyecto de 1882—hubieran quedado fuera. Adviértase, en fin, que la misma acepción es conveniente al designio de nuestro legislador de disfrazar la sanción de ineficacia del matrimonio canónico en una

fórmula amplia que pareciera, al decir de Fuenmayor, «la consagración a ultranza del principio de monogamia».

En la segunda edición del Código se sustituye la expresión comentada por la de «legítimamente».

A mi modo de ver, este cambio terminológico ninguna novedad supone para la exégesis del artículo 51. Lo único cierto es que, quizá por operarse el cambio en el corto período de tiempo que media entre las dos ediciones del Código, ha pasado inadvertido a la doctrina y a la jurisprudencia, y que cuando una y otra han tratado de precisar el alcance del concepto «casado legítimamente» han incluido en él al matrimonio canónico y al civil (24).

Según una opinión aislada, formulada a los cinco años de vigencia del Código, el empleo del término «legítimamente», en la segunda edición, responde al propósito del legislador de introducir en el supuesto de hecho de la norma nuevas hipótesis de conflicto: primer matrimonio civil de súbditos españoles contraído en el extranjero cuando alguno de ellos celebrara en España un ulterior matrimonio, canónico o civil, con tercera persona (25). De haberse acogido esta idea por la doctrina posterior hubiera sido quizá más difícil la labor interpretativa. En el punto en que nos hallamos, no parece que esa opinión aislada influya en la exégesis que se viene manteniendo: el cambio terminológico, aunque tuviera el efecto de introducir nuevas hipótesis en el supuesto de la norma (26) e independientemente de la intención del legislador

(24) Con referencia al caso de primer matrimonio canónico y segundo civil, invocan el artículo 51 —incluyendo la referencia al vínculo canónico en el concepto de "casado legítimamente"— las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1942, 12 de mayo de 1944 y 14 de julio de 1953. Igualmente en la doctrina. Cfr., por ejemplo, PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, II, I, Madrid 1953, página 153. Conforme a esta interpretación, las hipótesis de doble matrimonio serán las cuatro indicadas en el § 4. Por estar generalizada y ser gramaticalmente irreprochable la he tomado como punto de partida para la interpretación lógica.

(25) Cfr. "El Consultor de los Ayuntamientos", XLII (1894), págs. 366-367. La consulta se refiere al caso de doble matrimonio de un español, celebrado el primero civilmente en Brasil con mujer de este país, y el segundo en la forma canónica en España y con mujer española. En la respuesta se indica que el cambio realizado en el texto del artículo 51 "obedeció sin duda al propósito de negar los efectos civiles lo mismo al que previamente estaba casado con arreglo a las leyes de España que al que contrajo vínculo legal con sujeción a las del país en que residía".

(26) En la primera edición del Código la frase *casado conforme a las disposiciones de este Código* se puede interpretar:

a) en sentido equivalente a *matrimonio civil*, en cuyo caso las hipótesis de conflicto son dos (I y II).

b) o, en sentido más amplio, comprendiendo también el matrimonio canónico, ya que estar casado canónicamente es estarlo conforme al Código (art. 42), en cuyo caso las hipótesis de conflicto serán las cuatro indicadas anteriormente.

El cambio terminológico en la segunda edición del Código pudo obedecer:

c) si se parte de sub a), al deseo de incluir en el art. 51 las hipótesis planteadas por la consideración de la forma canónica como impedimento para ulterior

—que no creo fuera otra que ganar concisión en el texto (27)—; no altera la finalidad primaria del precepto: combatir, en el ámbito del ordenamiento jurídico estatal, la eficacia civil de un vínculo canónico, que no puede ser declarado nulo, en defensa de la plena eficacia de un primer vínculo civil.

En resumidas cuentas, la única diferencia literal apreciable entre el artículo 51, en su redacción original, y su precedente de 1882, es que éste contemplaba una sola hipótesis de doble matrimonio (civil-canónico), mientras que aquél viene a considerar además el caso de que la segunda unión, como la primera, sea también civil. La sanción de *ineficacia* en el artículo 38 resultaba justificada en tanto, para la única hipótesis considerada en él, la solución de *nulidad* no era adecuada ni posible, dado que de seguir este camino hubiera incurrido el legislador en contradicción con el principio de reconocimiento de *valides* del matrimonio canónico (art. 30). La misma sanción no resulta tan clara en el artículo 51 del Código por ser aplicable, cuando menos, a una nueva hipótesis (doble matrimonio civil) para la que hay previsto un tratamiento de nulidad y consiguiente reconocimiento de efectos (art. 83, 5.º, en relación con el 101, 1.º, y el 69) (28).

De la exégesis expuesta se sigue que la referencia del artículo 51 al matrimonio civil es superflua. La explicación de Fuentemayor de que se trató de recoger en forma velada la misma doctrina del artículo 38 del Proyecto de 1882 me parece plenamente convincente.

c) *Significado genuino del artículo 51.*

§ 7. Apuntado quedó que el artículo 38 tenía una razón de ser de acuerdo con los principios del sistema del matrimonio civil electivo seguido en el Proyecto de 1882. El precepto salía al paso del conflicto internamente latente en tal sistema, en cuanto permitía a los católicos celebrar matrimonio civil. Este era válido *per se*,

unión canónica o civil (la reforma introduciría las hipótesis III y IV del esquema expuesto en el § 4);

d) Si la parte de *sub b*), a la intención de recoger en el art. 51, además de las cuatro hipótesis indicadas, otras dos, que resultan de considerar la forma matrimonial extranjera como impedimento para nueva unión civil o canónica.

(27) En la Exposición de Motivos de la edición reformada se justifican los diversos cambios del articulado en razón de las críticas o de las sugerencias hechas en la discusión parlamentaria del Código, y, de modo genérico, se anuncian algunos cambios de expresión sin otro alcance que el de lograr una mayor concisión o claridad. La Exposición de Motivos no alude al artículo 51.

(28) Es justificado el comentario que a este respecto hace MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado*, II, Madrid 1907, pág. 18. "Esta doctrina [la del artículo 38 del proyecto de 1882] tenía más razón de ser y fundamento que la consignada en el artículo 51 del Código vigente, que se refiere también al matrimonio civil. El Proyecto de 1882, en su artículo 38, quería decir que el matrimonio meramente canónico celebrado por uno de los cónyuges ya casado, no producía ningún efecto civil".

independientemente de la cualidad confesional de los sujetos. Recordemos que esa unión contraída por católicos no genera en sede canónica el impedimento del vínculo, por lo que cualquiera de los así unidos podría contraer matrimonio canónico con tercera persona. ¿Cómo tratar en el orden jurídico estatal está segunda unión? Ante la imposibilidad de considerarla nula, viene a combatirla el artículo 38 con un procedimiento indirecto, declarándola sin efectos civiles (29).

Una situación normativa parecida da lugar en el sistema del Código, en proporción más reducida, al conflicto sancionado por el artículo 38 del Proyecto 1882. Razones políticas, sin embargo, vedan el empleo de una fórmula, como la de éste, tan abierta y directamente encaminada a cominhar con la ineficacia civil al matrimonio canónico.

El Código civil, fracasados los intentos de traer a nuestras leyes el sistema de matrimonio civil electivo, vino a establecer un sistema de matrimonio civil subsidiario, más en armonía con el Derecho de la Iglesia. Sólo que este sistema no se estableció con un carácter absoluto sino con un carácter relativo (30), y de un modo incompleto y con una serie de manifestaciones proclives al sistema de libre elección, lo que no tiene nada de extraño si se tiene en cuenta la personal preferencia del autor de la base 3.^a de 1888 hacia este sistema (31). Quedaba, por tanto, en el sistema del Código, abierta a los católicos la posibilidad de acceso al matrimonio civil, y puesta por consiguiente la base del conflicto de matrimonio canónico consecutivo con tercera persona.

¿Cómo abordar el conflicto? Se contaba con la solución ideada para tal caso en 1882. Para acogerla en el Código debería suavizarse su formulación.

Llegados a este punto, conviene hacer, aunque brevemente, algunas consideraciones laterales a nuestro tema, pero pertinentes para explicar la presencia—acrítica—en el texto del artículo 51 del término «matrimonio civil», que no aparecía en el artículo 38 del Proyecto de 1882.

En la formación de nuestro sistema matrimonial juega un papel importante la intervención y la tolerancia de la Iglesia.

No está de más recordar aquí la reacción de los católicos contra el sistema facultativo del Proyecto de bases de 1881, iniciada con la firme actitud de intransigencia de los prelados es-

(29) Esta misma finalidad se podrá reconocer en la redacción más ambigua del Código civil aislando la hipótesis del artículo 38 del Proyecto de 1882, única en la que el artículo 51 es aplicable sin contracción con el 69, y descartando la virtualidad de la sanción de ineficacia del 51 en las demás, al prevalecer para ellas, por las razones expuestas (§ 4), el artículo 69.

(30) Vid. nota 23.

(31) Sobre las desviaciones posibles del sistema codificado de 1888-89 hacia un sistema de libre elección he tratado en *Matrimonio de españoles*, cit., páginas 895-898.

pañoles, que se retiran de la sesión del Senado de 24 de noviembre de 1881 cuando representantes del partido gubernamental tratan de mantener la viabilidad de la base 3.^a (32).

Años más tarde es Alonso Martínez, el mismo autor de la base 3.^a del Proyecto de 1881, y uno de los firmantes del Voto particular al Proyecto de bases de 1885 (33), quien recabará de la Santa Sede una conformidad a la nueva fórmula (recogida más tarde en la base 3.^a de la ley de 11 de mayo de 1888).

Tras la negociación oficiosa y la contestación de la Santa Sede —de aprobación a una parte de la fórmula y de tolerancia a otra, se habla en las Cortes repetidamente de «concordia» (34), y, en varias ocasiones, ante la crítica adversa al Proyecto de Código opondrán los defensores—sin entrar en controversia—el valor de la respuesta pontificia.

Con la conformidad de la Iglesia venía, en punto al matrimonio, la colaboración de los conservadores. A esto obedece en gran medida la actitud de los mantenedores del dictamen al procurar por todos los medios no empañar el valor de la concordia y resaltar, por otra parte, el sentido de respeto a la Iglesia reflejado en algunos de los preceptos del Código (35).

Si, por último, tenemos en cuenta que la causa del fracaso del sistema de 1881-82 fué, como nos dice Falcón, la oposición de los Prelados (36), se comprenderá la inconveniencia que, para la aprobación parlamentaria del Código Civil, implicaba la con-

(32) Cfr. ALONSO PERUJO, *El matrimonio católico*, págs. 182-185, donde se recogen comentarios de prensa sobre la retirada de los prelados.

(33) El Proyecto de 1881 y el voto particular al Proyecto de 1885 establecían un sistema de matrimonio civil facultativo.

(34) Cfr. FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, Madrid 1959, páginas 105-106 y notas correspondientes.

(35) En numerosos pasajes del debate parlamentario sobre el Código civil se manifiesta el afán de la Comisión defensora por mostrar la aproximación del sistema codificado al Derecho de la Iglesia, en compensación por las diferencias que mantiene en otros puntos (sírvase de ejemplo la extralimitación del artículo 77, respecto a lo dispuesto en la base 3.^a de la ley de 11 de mayo de 1888). Así, con ocasión de la discusión provocada por el artículo 83, 4.^º, del C. c., dice ROMERO GIRÓN en el Senado: «Estamos haciendo una obra de paz, y por parte del Estado y en la obra del Código, una obra de religiosismo respecto a la Iglesia». Cfr. *El Código civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1889*, publicada por «Revista de los Tribunales», Madrid 1889, pág. 610. A propósito del mismo precepto dice GAMAZO: «Mientras este artículo sea para todos inclaudible, la Comisión de Códigos no puede menos de rendir respeto a lo que la religión del Estado manda que se le rinda, y consignar el impedimento de los ordenados *in sacris*», *Diario de Sesiones de Cortes, Congreso*, 10 de abril de 1889, núm. 91, pág. 18.

(36) Cfr. FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del Derecho civil español común y foral*, I, 5.^a ed., Madrid 1897, pág. 91. Dice este autor del Proyecto de 1882: «La oposición que los prelados suscitaron al proyecto en el Senado, con motivo del matrimonio civil e inscripción de los matrimonios canónicos en el Registro civil, fué causa de que el Proyecto se retirase del Parlamento, hasta hallar y convenir una fórmula de avenencia con la Santa Sede sobre estas delicadísimas cuestiones».

servación de un precepto tan abiertamente opuesto a la eficacia civil del matrimonio canónico como el artículo 38 del Proyecto de 1882.

Sin embargo, el conflicto previsto en 1882 se presentaría también *conforme* a los principios del sistema del Código. Se imponía, pues, la misma solución pero con dicción más holgada para que la verdadera finalidad del precepto quedara oculta.

Y así, el artículo 51 establecerá la sanción de ineficacia del segundo matrimonio canónico extendiendo el precepto al caso de segundo matrimonio civil, ampliación que, lejos de resultar forzada, encajaba de modo natural en la norma por su enclave entre las «Disposiciones generales».

La función de esta referencia al matrimonio civil queda cumplida al promulgarse el Código. Se logra el propósito del legislador al pasar inadvertido el artículo 51 en el debate parlamentario, hasta el punto de no mencionarse siquiera. La antinomia con el artículo 69, fruto de la engañosa redacción del artículo 51, ha pesado gravosamente sobre la doctrina científica hasta el momento actual.

C. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.

§ 8. Entre la norma del artículo 51 y el sistema matrimonial existe una radical y estrecha conexión. La norma perdería su preciso significado técnico aislada del sistema. Y éste resultaría incompleto separado de aquélla.

Tal consideración se halla implicada en el desarrollo y resultado de la exégesis hasta aquí expuesta. A su luz se perfila con nitidez la conclusión a que hemos llegado.

La aplicación limitada del artículo 51 a una sola de las varias hipótesis de doble matrimonio comprendidas en su tenor literal responde a la contraposición de principios que informan el sistema en que el precepto viene inserto: 1) validez del matrimonio civil contraído por súbditos de la Iglesia vinculados a la observancia de la forma canónica; 2) reconocimiento—sin excepciones—de la calificación de validez del matrimonio canónico. Cuantas veces se contraiga el vínculo canónico por uno de los cónyuges de la primera unión (*sub 1*) con tercera persona, se manifestará esa rivalidad de los principios del sistema. Ante tal situación, el artículo 51, sin romper la tensión entre ambos principios en el orden de la *valides*, viene a evitar la colisión que se produciría en el orden de la *eficacia* de llevar uno y otro a sus últimas consecuencias. Sólo el designio de salvar esa contradicción interna del sistema en el supuesto referido puede explicar la presencia en nuestra ley civil de la norma comentada. Cualquier otra situación de duplicidad de nupcias, no provocada por el sistema, tiene tratamiento jurídico diverso (art. 69).

III. LA VIGENCIA DEL ARTICULO 51 Y EL SISTEMA MATRIMONIAL

A. LA CUESTIÓN DE LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 51 SEGÚN EL PLANTEAMIENTO CRÍTICO DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA.

§ 9. En el orden de la exégesis hemos llegado por distintos caminos a la conclusión de que el artículo 51 en su genuino significado responde a la necesidad de regular una situación jurídica de doble matrimonio (primero civil y segundo canónico) provocada por una contraposición de principios del sistema codificado. Mientras este conflicto sea posible, está justificada la presencia de tal norma en el Código civil.

Deriva el conflicto de discrepancias entre la ley secular y la ley eclesiástica en materia de capacidad, consentimiento y forma de celebración (37). En ningún momento de la evolución de nuestro sistema matrimonial se eliminan del todo esas divergencias. La Orden de 10 de marzo de 1941, que marca el momento de mayor aproximación de nuestra ley civil al Derecho de la

(37) Con referencia a la hipótesis IV se plantea el conflicto de doble matrimonio cuando al vínculo previo convienen, en diferentes ámbitos normativos ley eclesiástica y ley secular— dos calificaciones incompatibles (nulidad-validez, nulidad-inexistencia, inexistencia-validez). Esta dualidad de calificaciones deriva de diferencias entre la ley secular y la ley eclesiástica en materia de capacidad, consentimiento y forma de celebración.

Las diferencias de régimen en materia de capacidad surgen concretamente en los matrimonios canónicos contraídos en forma civil por súbditos de la Iglesia no vinculados a la observancia de la forma canónica, pero afectados por algún impedimento diríamente eclesiástico no establecido en la ley secular ni dispensado por la Iglesia. Esos matrimonios, *válidos* a tenor de la ley secular, serán *nulos* ante la ley canónica, no por defecto de forma, sino por la falta de capacidad que el impedimento entraña.

Las diferencias de régimen en materia de consentimiento se manifiestan también en los matrimonios canónicos contraídos en forma civil, por ejemplo, cuando media simulación.

Para el Derecho canónico es relevante la simulación como causa de nulidad del matrimonio (por falta de consentimiento). Para el Derecho secular, dominado por una inspiración formalista en los problemas de discordancia entre voluntad real y consentimiento aparente, la simulación no suele considerarse relevante —tal es la opinión común de la doctrina científica acogida en ocasiones por la jurisprudencia (aunque en este campo hay también manifestaciones en sentido contrario)—. La repercusión en el orden jurisdiccional de tales divergencias normativas entre el Derecho estatal y el Derecho eclesiástico determinará esa dualidad de calificaciones que hace posible el conflicto. El matrimonio canónico en forma civil celebrado con simulación será, en tesis general, *válido* para el Estado, *nulo* para la Iglesia. Cualquiera de los contrayentes podrá contraer nuevo matrimonio —canónico— con tercera persona.

Respecto a diferencias de régimen en materia de forma vid. nota 23.

Conviene advertir que bajo el régimen vigente difícilmente se originará el conflicto por diferencias en régimen de capacidad y consentimiento (por cuanto existen en el nuevo sistema términos hábiles para que en la generalidad de los casos prevalezca dentro del propio orden jurídico español la calificación de la jurisdicción eclesiástica).

Iglesia, consigue (dejando aparte sus defectos técnicos y de expresión) una completa armonía en el régimen de forma, pero mantiene las diferencias en régimen de capacidad y consentimiento (38). Siempre, por tanto, ha estado latente en nuestro sistema la posibilidad del conflicto que estudiamos, por lo que bien puede decirse que nunca ha faltado razón de ser al artículo 51.

Sin embargo, cuando la doctrina científica se ha planteado la cuestión de si el artículo 51 debía derogarse o modificarse no ha tenido presente todas las posibles causas del conflicto a que la norma debe su existencia. Hasta fecha reciente, la atención de los autores ha estado polarizada sobre las diligencias en régimen de forma (39).

Una valoración exacta de las opiniones contrarias a la vigencia del artículo 51 debe someterse a los términos de este incompleto planteamiento.

B LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 51 EN EL RÉGIMEN DEROGADO.

§ 10. El conflicto que ahora analizamos, *ratio legis* del artículo 51, se produce en los sistemas de libre elección y de matrimonio civil subsidiario en la modalidad vigente en España (40).

Si el autor del Código hubiera aceptado con toda fidelidad, sin reservas, el régimen eclesiástico de vinculación a la forma canónica, el conflicto no se hubiera llegado a plantear, y la norma del artículo 51, dentro siempre de una perspectiva formalista, no hubiera sido necesaria. Es natural que, promulgado el Código, las propuestas de supresión de esta norma vinieran de aquél sector de la doctrina empeñado en defender el carácter absolutamente subsidiario del matrimonio civil (41). No era éste el sentido del sistema (42), ya que el Código permitía la autoriza-

(38) Acusan las diferencias de régimen en materia de impedimentos, bajo la vigencia de la Orden de 1941: DEL AMO, L., *Los matrimonios civiles durante la República. Problemas que plantean*, Madrid 1954, págs. 87, 90, 92-93; GARCÍA BARBERENA, T., *Matrimonios mixtos*, "Anuario de Derecho civil", VII (1954), página 15, nota 35.

(39) Considera como fuentes posibles de conflicto las diferencias en régimen de capacidad: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932* (Notas a la sentencia del T. S. de 25 de enero de 1956), "Anuario de Derecho civil", X (1957), págs. 263.

(40) Cir. nota 23.

(41) Entendieron algunos autores que el Concordato postulaba la plena conformidad del sistema matrimonial codificado a las exigencias del c. 1090 del C. i. c. De aquí que con buena lógica considerasen derogado el artículo 51 por virtud del artículo XXXVI del Concordato. En este sentido: SANCHÍ REBULLIDA, F. de A., *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, cit., pág. 314.

(42) Sobre este punto he tratado en *Matrimonio de españoles*, cit., págs. 895 y siguientes y 921 ss..

ción del matrimonio civil a personas obligadas por el Derecho de la Iglesia a la observancia de la forma canónica. Con ello, causa radical del conflicto, resultaba coherente dentro del sistema la norma estudiada.

Por la Orden de 10 de marzo de 1941 se pone en armonía el artículo 42 del C. c. con la disciplina canónica de forma de celebración, excluyéndose con ello la posibilidad de futuros conflictos (§ 9). Ante tal sistema sólo caben respecto al artículo 51 dos soluciones: derogarlo, o aplicarlo en un sentido diferente del que inspiró su redacción. Mientras la primera exigía una reforma legislativa, la segunda suponía una labor de exégesis para adaptar el precepto a las condiciones del nuevo Derecho.

La armonía que en el régimen de forma presta la Orden de 1941 al sistema codificado comporta la eliminación del conflicto de primer matrimonio civil y segundo canónico, con lo que el ámbito de aplicación del artículo 51 queda en el futuro limitado a las hipótesis restantes—doble matrimonio civil, doble matrimonio canónico, primer matrimonio canónico y segundo civil—. Frente a la ineficacia con que sanciona esta norma al matrimonio ulterior, el artículo 69—en relación con los artículos 83, 5.^o, 101, 1.^o y 75 del C. c.—permite reconocerle en las mismas hipótesis efectos civiles. La antinomia se resuelve entonces a favor del artículo 51. Es Fuenmayor quien considera que éste tiene un carácter especial y que su finalidad—en la legalidad de la Orden de 1941—es sustraer la invalidez por impedimento de vínculo del régimen general de nulidad del artículo 69. Si por virtud de esta norma se reconocen efectos civiles al matrimonio en todos los casos de nulidad tipificados por el Código, por el artículo 51 se vienen a negar en el caso concreto de que la nulidad derive del impedimento de ligamen. El artículo establece una sanción de inexistencia (43).

Este giro de la interpretación viene forzado por la reforma del sistema matrimonial operada por la Orden de 1941 (44), que, al modificar el sentido del artículo 42, elimina la posibilidad del conflicto del primer matrimonio civil y segundo canónico, y no deroga, en cambio, la norma creada para resolverlo.

Es claro que el artículo 51, en su genuino significado (§ 7), es norma superflua dentro del sistema de matrimonio civil subsidiario de carácter absoluto. Por ello era oportuna la propuesta de

(43) FUENMAYOR, *El derecho sucesorio del cónyuge puta iro*, cit., págs. 458-469.

(44) La solución de FUENMAYOR resulta lógica dentro del sistema de la Orden de 1941. Recientemente y para el régimen establecido por la ley de 1958 se ha acogido por GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil...*, cit., págs. 231, 247-248, y CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, V, I, 8.^a edición revisada y ampliada con el concurso de CALVILLO y MARTÍNEZ DE ARENAZA, J., Madrid 1961, págs. 677 y 711. No parece que el nuevo sistema permita esta solución, como más adelante trataré de explicar.

su derogación durante la fase de vigencia de la Orden de 1941 (45). No se comprenden, en cambio, durante este régimen, las propuestas de reforma del artículo 42 en sentido coincidente con el c. 1.099 del C. i. c. (46) dejando subsistente el artículo 51 (47), a menos que la aplicación del precepto se limitara a las situaciones de doble matrimonio provocadas por la legislación republicana (48).

(45) En tal sentido se manifestó FERNÁNDEZ VIVANCOS, G., *Algunos de los problemas que plantea el doble matrimonio*, "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", V (1951), número 166, pág. 8.

(46) La interpretación del art. 42 del C. c. en sentido coincidente con el c. 1.099 del C. i. c. llevó a SANCHO REBULLIDA, en el régimen anterior a la reforma, a proponer la modificación del art. 51 añadiéndole "para concordarlo con el restante Derecho vigente... 'según la Ley de la Iglesia', cuando se refiere al matrimonio de los bautizados en ella". Cfr. *Las formalidades...*, cit. página 314. La objeción que se hizo a esta propuesta de no resolver el caso de doble matrimonio civil [Cfr. DEL AMO, L., *Los matrimonios civiles y el delito de bigamia*, "Revista española de Derecho Canónico", X (1955), pág. 322, nota 54] no parece fundada, ya que este supuesto tiene su tratamiento en los arts. 83, número 5.º, y 101, núm. 1.º, del C. c. En este sentido contesta a la objeción SANCHO REBULLIDA *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*, Publicaciones del Seminario de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, 1958, página 44.

A mi modo de ver, la propuesta de modificación de SANCHO REBULLIDA reduce el ámbito de aplicación del art. 51 a las tres hipótesis en que existe impedimento de vínculo (*infra* § 12), ya que el concepto de "casado legítimamente según la ley de la Iglesia" excluye el supuesto de matrimonio civil de súbditos obligados a la observancia de la forma canónica —inexistente para la Iglesia, y nulo para el Estado en virtud de la homologación del régimen de forma del art. 42 con el c. 1.099— y consiguientemente el conflicto de primer matrimonio civil y segundo canónico. Así, para las tres hipótesis indicadas existirá una dualidad de tratamiento, y entonces: o se opta por la aplicación exclusiva del art. 69 —en cuyo caso la propuesta comentada equivale a una derogación del art. 51— o se mantiene la aplicación del art. 51 en el sentido propuesto por FUENMAYOR.

(47) Propugnan la reforma del artículo 42 en conformidad con el c. 1.099 del C. i. c., dejando intacto el artículo 51: DEL AMO, *Los matrimonios civiles y el delito de bigamia*, cit., págs. 313-314; TOBALINA, A., *El matrimonio canónico de los casados sólo civilmente*, "Revista Española de Derecho canónico", XI (1956), págs. 64-65.

(48) En un régimen de fidelidad del artículo 42 al c. 1.099, falta esa discrepancia radical (entre la ley secular y la ley eclesiástica, respecto al vínculo previo, civil), necesaria para que se produzca el conflicto de la hipótesis IV. Con ese régimen de completa armonía se plantearía la misma alternativa que ofrece la propuesta de SANCHO REBULLIDA; o el artículo 51 es precepto superfluo o tiene el sentido de norma especial dirigida a sancionar con la inexistencia el matrimonio celebrado con impedimento de vínculo, frente al régimen general de nulidad del artículo 60. Esta solución —afortunada en el terreno de la exégesis ante la necesidad de explicar la presencia del artículo 51 en un sistema como el de la Orden de 1941— no es conveniente de cara a una reforma legislativa encaminada a concordar plenamente nuestro Derecho con el régimen canónico de forma, ya que para el supuesto de matrimonio celebrado con impedimento de vínculo —única situación posible de doble matrimonio en tal sistema— existe el tratamiento del artículo 69. Por eso, la opinión de DEL AMO y TOBALINA (nota 47) no parece pueda mantenerse como principio. Si tiene sentido, en cambio, para las situaciones de doble matrimonio derivadas de la legalidad republicana, ante los peligros señalados por DEL AMO, *Los ma-*

Vigente un sistema de matrimonio civil subsidiario de carácter absoluto, y conforme a una visión meramente formalista de la génesis del conflicto, sólo cabe, frente a la norma del artículo 69, rechazar la aplicación del artículo 51, o admitirla en el sentido propuesto por Fuenmayor (49).

C. LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 51 EN EL RÉGIMEN ACTUAL.

§ 11. Con la reforma de 1956-58 reviste de nuevo nuestro sistema matrimonial su carácter originario, regulándose el ma-

trimonios civiles durante la República, cit., pág. 42-43, y por PEIRÓ, F. J., *Una solución más al problema de los matrimonios civiles*, "Revista de Derecho privado", XL (1956), pág. 1203, cuyas opiniones comparto. Respecto a estas situaciones, hay que reconocer con DEL AMO que el art. 51 del Código civil tiene un "valor moralizador" (*Los matrimonios civiles y el delito de bigamia*, cit., página 295).

(49) Cuantas consideraciones se han hecho bajo este apartado responden al planteamiento crítico con que se ha estudiado en nuestra doctrina la cuestión de la vigencia del art. 51. Se sale de este planteamiento la proposición de enmiendas de los arts. 42 y 51 al Proyecto de Ley de reforma del Código civil debida a MANS PUIGARNAU, J. M.^a, *Relación de enmiendas y adiciones a la Exposición de motivos y articulado del Proyecto de ley sobre modificación de determinados artículos del Código civil*, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes españolas, núm. 564, de 17 de julio de 1957 (págs. 11486 y siguientes)..., Barcelona 1957, pág. 8. El texto de la enmienda del art. 42 es como sigue: "El Estado reconoce la vigencia de dos ordenamientos jurídicos sobre el matrimonio: canónico, que obliga a todos los cristianos, y el civil, que regirá exclusivamente para los infieles cuando contraigan entre sí. Sin embargo, se autorizará en todo caso la celebración del matrimonio en forma civil con tal que se pruebe la acatolicidad de ambos contrayentes".

Una norma como ésta supondría el reconocimiento pleno por parte del Estado de la competencia de la Iglesia en materia matrimonial, y en un régimen de tal armonía no se plantearía conflicto alguno de doble matrimonio. Así las cosas, no sería necesario conservar ni tampoco reformar el art. 51. Sin embargo, MANS propone su modificación: "No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente, salvo, tratándose de matrimonio putativo, respecto del cónyuge o cónyuges de buena fe y de la prole".

En este texto no se hace otra cosa que reproducir para las situaciones de doble matrimonio la doctrina del art. 69, con la única variante de que en el texto del 51 se habla de matrimonio *putativo*, lo que, si se interpreta conforme a la doctrina canónica (cc. 1015, § 4, 1114), supone que en tales situaciones, a diferencia de los demás supuestos de nulidad (arts. 83 y 84 en relación con el 101 y el 69 pár. 4º, del C. c.), no surtirán efectos el matrimonio respecto de los hijos si hay mala fe por parte de ambos cónyuges. De este modo, la novedad de la enmienda de MANS no tendría más alcance que homologar en los supuestos de matrimonio contraído con impedimento de vínculo la disciplina civil de legitimidad de los hijos con la disciplina canónica. Pero no parece que éste fuera el propósito de MANS, ya que en tal caso habría propuesto alguna adición al art. 60 para concordar igualmente la disciplina de esta norma —aplicable en cuanto a los efectos civiles al matrimonio canónico— con el Derecho de la Iglesia en todos los casos de nulidad. La referencia que hace MANS en su adición al art. 51 al matrimonio putativo parece, pues, ha de entenderse en el sentido del art. 69 de nuestro C. c., en cuyo caso el art. 51 vendría a ser en su totalidad precepto superfluo.

rimonio civil como subsidiario del canónico en un sentido relativo—ahora, a diferencia del viejo sistema codificado, sin manifestaciones proclives al sistema de libre elección— (50).

Reaparece así la posibilidad de conflicto de primer matrimonio civil y segundo canónico, y asiste de nuevo a la norma del artículo 51 en su genuino significado (§ 7) una razón de ser.

El precepto resulta intangible en el actual sistema por cuanto es la única norma sustantiva aplicable a esta peculiar hipótesis de doble matrimonio. Pero es aconsejable su modificación en la medida en que resulta superfluo. De atenernos al resultado de la interpretación anteriormente expuesta, debe suprimirse de su tenor literal, en una futura revisión del C. c., la expresión «o civil», y sustituirse el término *delegítimamente* por el de «civilmente», volviendo con ello al sentido que el precepto tenía en el artículo 38 del Proyecto de 1882.

IV. AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 51 Y NORMAS CONCORDANTES DEL CODIGO CIVIL.

A. SUPUESTOS DE APLICACION DE LOS ARTICULOS 51 Y 69.

§ 12. La antinomia entre estos dos preceptos ha constituido durante mucho tiempo un serio obstáculo para delimitar su respectivo ámbito de aplicación. Una interpretación poco afortunada y muy extendida ha contribuido a agravar la cuestión, al entender que tanto uno como otro (el 69, en relación con el 83, 5.^º y 101, 1.^º) contemplaban los mismos supuestos de doble matrimonio, y que en cualquiera de ellos el vínculo previo constituía impedimento de ligamen respecto a la unión ulterior.

Sánchez Román es uno de los primeros autores que se manifiestan en este sentido. Señala que «habiéndose aceptado por el Código como una de las formas matrimoniales de eficacia civil el matrimonio canónico, y siendo doctrina de la Iglesia la monogamia y la monoandria, y por consecuencia el impedimento del ligamen, o sea, el estar casado de antemano uno de los contrayentes, y establecido también en el Código para el matrimonio civil este mismo impedimento, no se explica que en ningún otro pasaje del Código aparezca reproducida la doctrina; y sin embargo, no era bastante la consideración de aquel impedimento separadamente en cada una de las dos formas matrimoniales, sino que reconocida igual eficacia por la ley a ambas, era pre-

(50) Se autoriza la celebración del matrimonio civil a personas vinculadas a la observancia de la forma canónica. Sobre los posibles contrayentes del matrimonio civil y la prueba de no profesión de la Religión católica, vid. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., págs. 60-67; SANCHO REBULLIDA, *El sistema matrimonial...*, cit. págs. 11-13.

ciso un precepto por el cual se declarase que cualquiera de ellas constituyese un impedimento de ligamen respecto de la otra. Esta fue la necesidad que inspiró el artículo 51..., pues había que huir del peligro de que resultara el impedimento de ligamen establecido sólo dentro de cada una de esas dos formas matrimoniales: en el canónico para el anterior canónico, y en el civil para el anterior civil; lo cual pugna con el hecho de estar atribuida igual eficacia legal a ambas formas matrimoniales. El artículo 51 no es un precepto innecesario y tiene ese sentido de recíproca aplicación del *impedimento de ligamen* a cualquiera de las dos formas matrimoniales reconocidas...» (51).

Valverde dice al comentar el artículo 51 que nuestra ley civil «establece aquí el impedimento *ligamen*» y que «mientras subsiste el vínculo anterior, no pueden los casados celebrar legítimamente otro matrimonio, no tienen *capacidad* los que se hallan casados...» (52).

Espín Cánovas, con relación al supuesto de un católico casado civilmente al amparo de las leyes republicanas que contraiga luego segundo matrimonio conforme al Derecho canónico, escribe: «Esto no es opondría al mismo [al Derecho canónico] por ser para él inexistente el matrimonio civil de los católicos, que no pasa de ser un público y notorio concubinato, pero civilmente cabe pensar que a ello se opondría el texto del artículo 51, que vendría así a crear para el matrimonio canónico un *nuevo impedimento* no previsto en el Derecho de la Iglesia, el anterior matrimonio civil, no obstante proclamarse que el matrimonio canónico se regirá por el Derecho de aquélla» (53).

Este planteamiento es general. Se advierte en trabajos de Martínez Ruiz, Serrano, Pérez González y Castán, Gómez Acebo, Puig Peña, Peré Raluy, Reyes Monterreal, De Carmona, y en el Diccionario de Derecho Privado (54). Lo sigue el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 1953.

(51) SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho civil*, V, I, 2.^a ed. Madrid 1912, págs. 485-486.

(52) VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, IV, 4.^a ed., Valladolid 1938, pág. 117.

(53) ESPÍN CÁNOVAS D., *Manual de Derecho civil español*, IV Madrid 1956, págs. 89-90. Este autor no precisa que ese *nuevo impedimento* sea de «*ligamen*». Su opinión podría por ello considerarse coincidente con la de FUENMAYOR (vid. más adelante).

(54) MARTÍNEZ RUIZ, *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, I, Madrid 1910, pág. 268; SERRANO, I., *La ausencia en el Derecho español*, Madrid 1943, pág. 404; PÉREZ GONZÁLEZ, E., y CASTÁN TOBEÑAS, J., *Notas al tratado de Derecho civil de ENNECKERUS*, KIPP, WOLFF, IV, I. Barcelona 1947, pág. 83; GÓMEZ ACEBO, F., *La buena y la mala fe en el Código civil*, «Revista de Derecho privado», XXXVI (1952), pág. 232. PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, II, I, 2.^a ed., Madrid 1953, pág. 153; PERÉ RALUY, J., *Derivaciones actuales de los regímenes matrimoniales de la II República y zona roja*, «Revista jurídica de Cataluña», LXXIII (1956),

También Fuenmayor habla de impedimento, pero no emplea el término, como los autores arriba citados, en un sentido riguroso técnico—impedimento de ligamen—sino en un sentido lato—impedimento de eficacia—. El citado autor señala que nuestro legislador, «influído fuertemente por ideas liberales, colocó en un mismo plano al matrimonio canónico y al civil, y, por eso, habiendo dejado a la norma de la Iglesia la determinación de los requisitos de celebración del primero, quiso salir por sus fueros y elevó a la categoría de *nuevo impedimento* el ligamen derivado del matrimonio civil anterior». Pero el sentido de estas palabras debe cohonestarse con la aclaración que el mismo autor hace más adelante al decirnos que «la expresión *efectos civiles* [del artículo 51] se explica perfectamente, pues los autores del Código no quisieron establecer las condiciones de validez del matrimonio canónico, sino sólo las exigibles para su eficacia civil» (55).

Por otros autores y por la jurisprudencia se han utilizado también los términos «impedimento de bigamia» (56), e «impedimento de bigamia civil» (57).

A mi modo de ver, en el supuesto de hecho del artículo 51 no se contempla el primer vínculo como impedimento de ligamen, es decir, como impedimento para la celebración de matrimonio ulterior, como lo muestra con evidencia el texto del artículo al enlazar la sanción de ineficacia a un matrimonio ya celebrado (58).

Si se admitiese que tal norma establece verdaderamente el impedimento de vínculo, el matrimonio ulteriormente celebrado sería *inválido*, conclusión ésta que no puede aceptarse en una de las hipótesis contempladas en el artículo —la unión canónica posterior a la unión civil subsistente—, y que sería redundante en las demás, en las que el segundo matrimonio es ciertamente

páginas 90-91; REYES MORTERREAL, J. M., *Problemas matrimoniales*. "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", CCIII (1957-II), pág. 100; DE CARMONA, *La bigamia*, Barcelona s. a., pág. 173; DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, II, Barcelona 1954, voz: "ligamen", pág. 2541.

(55) FUENMAYOR, *El Derecho sucesorio del cónyuge putativo*, cit., páginas 461-462. En igual sentido, GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, cit., pág. 121.

(56) Así, GOLDSCHMIDT, W., *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, II, Buenos Aires, 1954, pág. 296 (emplea el término con referencia al caso del primer matrimonio canónico y segundo civil). CIAPULÁ PÉREZ, F., y CONDE-PUMPIEDO FERREIRO, C., *Modificaciones que en materia de celebración de matrimonio nacen de la discordancia de las legislaciones canónica y civil y la norma penal*, "Revista General de la Legislación y Jurisprudencia", CXCIX (1955-II), pág. 282 (sin precisar su significado); también la resolución de la Dirección de los Registros de 23 de abril de 1949 (con referencia al caso de primer matrimonio civil y segundo canónico).

(57) AGÚNDEZ, A., *Contribución al estudio de los matrimonios civiles de los católicos*, "Revista general de Derecho", XII (1956), pág. 680.

(58) En este sentido: ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, Sevilla 1949, página 73; GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, cit., pág. 114.

inválido, pero por aplicación de otros preceptos (art. 83, 5.^o, en relación con el 101, 1.^o del C. c.; y art. 75 del C. c. en relación con el canon 1.069 del C. i. c.).

La finalidad del artículo 51 en el aspecto ahora examinado es, hablando con rigor, contraria a la supuesta por Sánchez Román. Para este autor, según hemos visto, la finalidad es la «recíproca aplicación de impedimento de ligamen a cualquiera de las dos formas matrimoniales reconocidas». Por mi parte, diría que, precisamente por no ser competente nuestro legislador para establecer ese impedimento respecto al matrimonio canónico, en razón del civil anterior, se dió el artículo 51. Si bien se mira, es esta hipótesis —primer matrimonio civil y segundo canónico— la única que no ofrece el problema de una dualidad de tratamiento. Así como para las demás cabe —en teoría— el tratamiento de ineffectuacía del artículo 51 o el de efectuacía del artículo 69 —éste con base en la nulidad derivada del impedimento de vínculo—, para la hipótesis referida sólo hay la sanción del artículo 51, ya que, *por no existir impedimento*, es improcedente la nulidad —y consecuente efectuacía prevista en el artículo 69—.

Si, pues, en rigor, lo que se impide no es la *celebración* de ulterior matrimonio, sino su *efectuacía* (59), es mejor decir que el artículo 51 contiene una mera prohibición, muy semejante a la del artículo 45, en cuanto no implica invalidez del matrimonio celebrado (vid. art. 50 del C. c.). La afinidad de naturaleza entre ambos preceptos llevó a Navarro Amandi, en el mismo año de la promulgación del Código, a considerar que el artículo 51 «limitando su alcance a prohibir el matrimonio a los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente, debió formar un apartado del artículo 45, o ponerse a continuación de él» (60).

La idea fundamental aquí afirmada de que el artículo 51 ni establece ni pretende establecer un impedimento de vínculo, no parece debilitarse por el hecho de que esta calificación conviene, fuera de una hipótesis aislada, a todas las demás. Esto es cierto, pero la calificación respecto a éstas no procede del artículo 51, sino,

(59) El nuevo Reglamento del Registro civil, en su artículo 252, habla con exactitud de “causa de ineffectuacía” en lugar de causa de invalidez.

(60) NAVARRO AMANDI, M., *Cuestionario del Código civil reformado*, I, Madrid 1889, pág. 102. La apreciación de este autor en orden al significado del precepto del art. 51 es exacta, pero su crítica respecto a la posición del mismo en el articulado no parece justificada. No podía integrarse en el art. 45 porque la ineffectuacía aparejada a las prohibiciones en éste contenidas se contrae a ciertos aspectos secundarios de la relación matrimonial (cfr. art. 50), en tanto que la del art. 51 afecta a la relación matrimonial en su conjunto y de modo muy enérgico. Parece por ello acertado el orden seguido en el Código, que en el fondo responde a la misma idea de NAVARRO AMANDI si bien el Código, lógicamente, intercala entre los arts. 45 y 51 otros preceptos conexos con la doctrina del 45 (Cfr. arts. 46 y 49).

como ya se ha indicado, de los artículos 83, 5.^o, en relación con el 101, 1.^o, y el 75 del C. c.

Queda así deslindado el ámbito de aplicación de los artículos 69 y 51.

Por el 69 se rigen las situaciones de doble matrimonio en las que media impedimento de vínculo. Por el 51, el supuesto peculiar de primer matrimonio civil y segundo canónico, en que el impedimento de vínculo no existe.

B. CONCORDANCIA DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 75.

§ 13. Tanto durante el régimen anterior a la reforma de 1956-58 como después de ella, vigente el nuevo sistema, se ha sostenido en la doctrina la incompatibilidad de los artículos 51 y 75 del Código civil (61).

En mi opinión, tal incompatibilidad no existe, siempre que se admita la diferencia real entre validez y eficacia (62).

Esta diferencia no era desconocida para nuestro legislador. Precisamente mediante ella se trató de salvar la contradicción interna del sistema de matrimonio civil electivo del Proyecto de 1882 (§ 5). Anteriormente se recoge en el Decreto de 9 de febrero de 1875, cuyo Preámbulo dice que «reconocida la *eficacia* del sacramento, no es posible entre católicos hacer depender su *validez* de una formalidad posterior prescrita por la ley secular». Y unos años más tarde, la misma doctrina se recuerda en la discusión parlamentaria del Código. Comentando el citado pasaje legal, dice el conde de Canga-Argüelles en el Senado: «Oigo hablar a mi alrededor de *validez*. Señores, el Estado no alcanza a más, no puede hacer el Estado más con un matrimonio que declararlo *sin efectos civiles*, porque el Estado, por mucho que presuma, entiendo yo que jamás puede llegar a decir que no es matrimonio aquel que la Iglesia dice que lo es» (63).

De modo general la distinción se recoge actualmente en la dogmática del negocio jurídico (64), y entre nosotros la formula De Diego en los siguientes términos: «la *validez* de los convenios o en general de los negocios y actos jurídicos va ligada indudada-

(61) Antes de la reforma, SMITH, R. M., *El matrimonio civil en la legislación de España* "Razón y fe", VII (1904), pág. 268, nota 1; SANCHEZ REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid 1955, págs. 313-314. Después de la reforma, SANCHEZ REBULLIDA, *El sistema matrimonial*, cit., página 44.

(62) No ignora SANCHEZ REBULLIDA esta diferencia cuando hace notar que "el nuevo art. 75 refiere más acentuadamente el reconocimiento a la *validez*, y el 76 supedita el reconocimiento de la *eficacia* a la inscripción civil". Cfr. *El sistema...*, cit., pág. 45.

(63) *El Código civil. Discusión parlamentaria...*, cit., pág. 59.

(64) Cfr. por ej., SCOGNAMIGLIO, R., *Contributo alla teoria del negocio jurídico*, Milano 1956, pág. 431 ss.

blemente o depende de su conformidad con la ley. Pero la validez no es tanto eficacia como virtud y potencia o posibilidad de eficacia: válido un acto jurídico tiene virtud productiva de efectos, bien que éstos puedan no llegar a producirse por causa exterior al acto mismo y aun al Derecho (imposibilidad de *facto*) o por circunstancia inserta en el acto mismo (incumplimiento de la condición suspensiva, por ejemplo). Aun sin validez formal, ¿qué duda cabe que producen los actos inválidos algunos efectos, aunque no sean los reguladores del acto ni los que sean congruentes y favorezcan la intención de los autores? Quiere esto decir que validez y eficacia son conceptos distintos, aunque entre sí muy relacionados y éste último dependiente del primero» (65).

Ya con referencia a nuestro tema, decía Romero Vieitez que «el Código sólo podía negar con sentido la eficacia civil y no la validez canónica» (66). Y éste es también, como se vió, el pensamiento de Fuenmayor y de Royo Martínez (67).

La ineficacia con que sanciona el artículo 51 al ulterior matrimonio—canónico—es compatible con la validez que le reconoce el artículo 75. Cómo puedan conciliarse una y otra calificación se explicará más adelante. Basta ahora con apuntar que el artículo 75 consagra la validez civil del *acto* matrimonial canónico, mientras que el artículo 51 niega la eficacia civil de la *relación jurídica* generada por dicho acto.

C. CONCORDANCIA DE LOS ARTÍCULOS 51 Y 76.

§ 14. Aunque durante la vigencia del régimen derogado ya se había acusado una discordancia entre los artículos 51 y 76 (68), ha sido especialmente a partir de la promulgación del Concordato, y más todavía después de la ley de 1958, cuando ha arraigado en la doctrina la idea de incompatibilidad entre ambos preceptos (69).

Dice el artículo XXIII del Concordato: «El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las

(65) DE DIEGO, C., *Dictámenes jurídicos*, II. Obligaciones y Contratos, Barcelona 1958, dictamen 10, pág. 349. Cabe incluso que un acto jurídico inválido produzca efectos típicos (mientras la nulidad no se declare). Así, matrimonio putativo, contrato de trabajo nulo etc.

(66) ROMERO VIEÍEZ, M. A., *Las normas del Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, "Revista de Derecho Privado", XXV (1941), pág. 183, nota 49.

(67) Cir. nota 55. Vid. FUENMAYOR, *El sistema*, cit., págs. 60-61.

(68) SMITH, *El matrimonio civil...*, cit., pág. 208. El art. 76 en su derogada redacción establecía que "el matrimonio canónico producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes".

(69) Se acusa la antinomia entre el art. 51 del Código y el art. XXIII del Concordato, por CONDE-PRIMERO FERREIRO, C., *El Prízilegio Paulino: Posibilidades de su aplicación en el régimen matrimonial español*, "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", CCVIII (1960-I) nota págs. 55-56.

normas del Derecho canónico». Como complemento, en el apartado A del Protocolo final dispone: «Para el reconocimiento por parte del Estado de los efectos civiles del matrimonio canónico será suficiente que el acto del matrimonio sea transcrito en el Registro civil correspondiente».

En fiel correspondencia a estos principios, el artículo 76 del C. c., modificado por la ley de 24 de abril de 1958, dispone: «El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles (70).— Para que éstos sean reconocidos bastará con la inscripción del matrimonio correspondiente en el Registro civil.— Cuando la inscripción se solicite una vez transcurridos cinco días desde la celebración, no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas».

Antes de promulgarse la ley de 24 de abril de 1958, se estimó, ante la declaración del artículo XXIII del Concordato, que había quedado derogado el artículo 51 del Código (71).

Con la vigencia de la ley de 1958, que reproduce en el nuevo artículo 76 la referida declaración y deja sin embargo intacto el artículo 51, se ha afirmado que, ante la discrepancia, ha de prevalecer éste. Pero esta conclusión se acepta sin gusto, como forzada por el hecho de haberse conservado este precepto después de la reforma (72).

Sin duda alguna, contiene el artículo 51 una limitación a la eficacia civil del matrimonio canónico. Ahora bien, por fuerza de esta limitación, ¿quedará el supuesto del artículo 51 fuera de la disciplina general del artículo 76? ¿Es, en rigor, incompatible la aplicación de ambos preceptos?

(70) Marca esta expresión una importante diferencia con el sistema derogado que, en el supuesto de falta de inscripción del matrimonio en el Registro, reconocía los efectos civiles desde la celebración o sólo desde la inscripción según que esa falta fuera imputable respectivamente al Juez o a los contrayentes (art. 77 del C. c. en redacción derogada). No parece por ello adecuado tildar la expresión comentada de "jurídicamente superflua", como hace MAJADA, A., *La reforma del Código civil*, Barcelona 1958, pág. 44.

(71) Por virtud del art. XXXVI, pár. 2.º, del Concordato. En este sentido TOBALINA, A., *El matrimonio canónico de los casados sólo civilmente*, "Revista española de Derecho Canónico", XI (1956), pág. 63; LOMOS, F., *Los matrimonios civiles en España durante la República*, "Sal Terrae", XLIV (1956), página 489; OCA, J., y CILLÁN, A., *Matrimonio y Registro civil*, "Revista española de Derecho canónico", XI (1956), pág. 545; SANCHEZ REBULLADA, *Las formalidades...*, cit., pág. 314.

(72) SANCHEZ REBULLADA, *El sistema matrimonial...*, cit., págs. 45-46. Tras reconocer que en la reforma ha prevalecido la ineficacia civil de los matrimonios canónicos contraídos por persona ligada civilmente, añade: "y también podemos afirmar en este punto que no se ha acomodado la legislación civil a la canónica ni al espíritu del Concordato sin que aquí existan..., razones prácticas que lo justifiquen". También GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil...*, cit., pág. 121, entiende que ha de prevalecer la aplicación del art. 51 pero señala que "de esta forma se recorta la efectividad del art. 23 del Concordato, que no contenía limitación alguna".

Los autores que han tratado esta cuestión parecen dar a tales interrogantes respuesta afirmativa. Sancho Rebullida nos dice que ha prevalecido en la reforma el criterio de ineeficacia civil de los matrimonios canónicos en examen (73), y García Cantero afirma que «el matrimonio canónico contraído por persona casada civilmente no será inscribible ni producirá efecto alguno en el orden civil» (74).

A mi juicio, la norma del artículo 51 no tiene un alcance tan absoluto, y, en cualquier caso, debe conjugarse con la disciplina general del artículo 76. No hay propiamente una incompatibilidad entre ambos preceptos. Y no la hay, no porque el artículo 76 por su carácter más general carezca de virtualidad en el supuesto específico del artículo 51, sino porque—aplicándose los dos a este supuesto—le afectan en sentido diferente.

El artículo 76 después de afirmar que «el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles», impone como condición para que sean reconocidos «la inscripción del matrimonio correspondiente en el Registro civil».

El artículo 76 se refiere en su párrafo primero a una eficacia ya existente pero todavía no actuante. Para la actuación de efectos—para su reconocimiento, como dice el Código—es necesaria la inscripción del matrimonio.

La inscripción carece en nuestro Derecho de valor constitutivo. No es un elemento generador de la eficacia civil del matrimonio canónico sino un instrumento probatorio de la existencia del matrimonio, que permite la manifestación de su eficacia civil en el orden jurídico del Estado.

Fuenmayor ha explicado muy claramente ese carácter instrumental de la inscripción sirviéndose de la terminología propuesta por De Castro para designar las funciones del título de estado. «La transcripción—nos dice—es requisito exigido por la ley civil como *título legitimador*, a efectos civiles, del matrimonio canónico; es decir, como normal medio de prueba para el ejercicio de las facultades derivadas directamente del propio matrimonio canónico, que constituyen el único *título de adquisición* de tales efectos». Más adelante precisa que «la inscripción es el medio para lograr el ejercicio de los efectos civiles del matrimonio canónico..., pero los efectos civiles han de referirse siempre, como a su causa y origen, a la celebración del matrimonio, no a la inscripción» (75).

Es claro, pues, que aunque los efectos civiles del matrimonio canónico no derivan de la inscripción dependen en cierto modo de

(73) SANCIO REBULLIDA, *El sistema matrimonial...*, cit., pág. 46.

(74) GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil...*, cit., pág. 121.

(75) FUENMAYOR, A., *La inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil*, "Anuario de Derecho civil", VII (1954), pág. 98.

ella. Con rigor puede decirse que el matrimonio canónico no inscrito no *despliega* efectos civiles (76). Los efectos, en el sentido de manifestaciones concretas de eficacia, aunque se refieran al matrimonio como a su fuente, *surgen* con la inscripción, lo que no obsta en tesis general a que una vez inscrito el matrimonio se opere el reconocimiento desde el momento de la celebración (77).

Conforme a lo expuesto, cabe distinguir entre eficacia virtual y eficacia actual del matrimonio canónico (78).

La eficacia virtual es cualidad inherente al matrimonio válido —artículo 75 C. c.— (79), expresiva de su idoneidad para producir efectos, y más concretamente para producir efectos civiles—artículo 76, párrafo 1.º—.

La eficacia actual es cualidad que concierne al matrimonio canónico inscrito—artículo 76, párrafo 2.º—. Designa el conjunto de efectos que en cada momento despliega el matrimonio.

La eficacia actual no comporta necesariamente la actuación de todos los efectos implicados en la noción de matrimonio válido (efi-

(76) Es oportuno aclarar que el término se emplea aquí en el sentido estricto de efectos *típicos* —caracterizados por ser el fin a que se ordena la constitución del vínculo matrimonial— y *meramente civiles*. No dependen de la inscripción los efectos atípicos y los civiles *inmanentes a la validez del matrimonio* (argumento art. 75 C. c.). Empleo esta terminología porque la canónica de *efectos inseparables de la esencia del matrimonio* a veces empleada en un sentido equivalente (SANCIO REBULLIDA, *El sistema matrimonial...*, cit., pág. 24), no se acoge en nuestro Código y podría inducir a confusión.

Entiendo por efectos atípicos, además de los no estrictamente civiles (como por ej., la consideración del matrimonio canónico en examen como elemento integrante o configurador de un tipo delictivo —bigamia, parricidio—), los extrínsecos a la relación matrimonial, como el impedimento de afinidad, la prohibición a la viuda de contraer matrimonio en los trescientos días siguientes a la muerte del marido o antes de su alumbramiento si hubiere quedado encinta, etc. En cuanto a los efectos inmanentes a la validez del matrimonio, deben admitirse —aunque falte la inscripción— en base al art. 75 del C. c. En este grupo de efectos han incluirse los que significan simple reconocimiento de la existencia del vínculo o de alguno de sus elementos constitutivos. Así: 1) la consideración del vínculo como impedimento de ligamen; 2) la cualidad de cónyuge, cuyo mero reconocimiento excluye no sólo la calificación penal de adulterio —respecto a la relación conyugal de los unidos en matrimonio canónico—, sino también la civil de filiación adulterina —respecto de los hijos nacido de esa relación—; etcétera.

(77) Siempre que lo consienta la naturaleza del derecho y no se haya perdido la oportunidad de su ejercicio. Así, por ej., no podrá hacerse efectivo el derecho de alimentos entre los conyuges en tanto no esté inscrito el matrimonio. Una vez inscrito, se hace posible la reclamación, pero ésta sólo podrá referirse a la situación de necesidad presente, dada la peculiar naturaleza de este derecho (*in prterito non vivitur*).

(78) La distinción, aunque no siempre en estos términos, se acoge en la teoría del negocio jurídico. PUGLIATTI, S., *Introducción al estudio del Derecho civil*, 2.ª ed., México 1943, págs. 323-324, trata de la “ineficacia actual del negocio”.

(79) La eficacia virtual corresponde no sólo a una validez real o entitativa, sino también a una validez aparente, al menos en la disciplina del matrimonio. De otro modo, no se comprendería la eficacia del matrimonio putativo.

cacia virtual), sino sólo la de aquellos concretos y particulares efectos que convienen a la relación matrimonial según sus peculiares circunstancias en cada momento.

Entiendo que el artículo 76, en su párrafo 1.º, se refiere propiamente a la eficacia virtual del matrimonio canónico.

El artículo 51, en cambio, se refiere a la eficacia actual (80). Lógicamente no podía negar la eficacia virtual, dado que, como se ha indicado, ésta se tiene con la validez del matrimonio canónico, reconocida en el artículo 75 y en todo punto compatible con la sanción del artículo 51 (§ 13). El artículo 51 niega al matrimonio canónico aquellos efectos civiles que no pueden reconocerse sin menigua de la eficacia del matrimonio civil anterior. Niega la eficacia actual, no la idoneidad del matrimonio canónico válido para producir sus efectos una vez removido el obstáculo que supone la existencia del vínculo previo.

La situación del matrimonio canónico regida por el artículo 51 es menos peculiar de lo que suele admitirse. En realidad es la misma situación del matrimonio canónico no inscrito, agravada por la circunstancia de ser imposible la inscripción en el Registro en tanto subsista el vínculo civil anterior (81), a diferencia del supuesto no sometido al régimen del artículo 51, cuya inscripción es no sólo posible sino obligada (82).

V. ALCANCE DE LA SANCION DE INEFICACIA DEL ARTICULO 51

A. CONSIDERACIONES PREVIAS.

§ 15. Como es sabido, no ofrece la terminología de nuestro Código significado preciso en materia de ineficacia de los actos jurídicos. Expresiones como «no producirá efectos», «son nulos», «son inválidos» y otras afines, se emplean indistintamente con referencia a los varios actos y negocios. Sin embargo, en algunas ocasiones nuestro legislador da a los términos que emplea una significación específica. Esto ocurre en el artículo 51 al decir que «no

(80) Téngase presente lo dicho en la nota 76. El art. 51 niega la eficacia actual típica y meramente civil. No niega los efectos actuales imanentes a la existencia del vínculo. Por otra parte, la ineficacia que establece el art. 51 es relativa (§ 12).

(81) Antes de la reforma se mantenía este criterio en la resolución de 20 de abril de 1949. Hoy se acoge expresamente en el art. 252 del Reglamento del Registro civil: "No podrá contraerse el matrimonio canónico o civil contraído cuando cualquiera de los cónyuges estuviera ya casado legítimamente...". La resolución de 15 de octubre de 1960, en aplicación del citado precepto, deniega la inscripción en el Registro civil de un matrimonio canónico celebrado en 1958 por quien se hallaba ligado con vínculo civil contraído en 21 de marzo de 1936.

(82) Arts. 77 del C. c. y 71 de la ley del Registro civil.

producirá efectos» el matrimonio celebrado por persona unida en matrimonio anterior. Se ha vertido en esa expresión una intención muy definida, aunque oculta por algún tiempo a la doctrina al emplearse los mismos términos en otros preceptos del Código sin un significado preciso, y al utilizarse una expresión contraria a la del texto del artículo 51 en los preceptos con él relacionados.

Las dificultades que han suscitado esas imprecisiones y antinomias se han querido salvar en ocasiones apoyando o reforzando una determinada orientación exegética en preceptos o criterios tomados del campo del Derecho penal. Así, por ejemplo, la referencia—suprimida por la ley de 24 de abril de 1958—que contenía el artículo 478º del Código penal al «eclesiástico» autorizante de un matrimonio prohibido, se tomó como indicio de que el matrimonio civil constituye impedimento de vínculo para ulterior canónico (83). Más recientemente, la posibilidad de apreciar en la situación de la hipótesis IV el delito de bigamia se ha esgrimido como argumento favorable a la tesis de la invalidez civil del matrimonio canónico (84).

Es oportuno, frente a esta tendencia, recordar que las consideraciones que en el orden penal pueda sugerir la situación de doble matrimonio (autorización de matrimonio ilegal, bigamia, adulterio, abandono de familia, etc.), son irrelevantes para la calificación que esa misma situación merece en el orden civil, no sólo por la razón de que son distintas las fuentes legales de uno y otro orden sino también porque existe una diferencia profunda entre los elementos de valoración utilizados en el Derecho penal y los empleados por el Derecho civil (85). Estas diferencias no impiden sino que, por el contrario, aconsejan tratar una inteligencia entre los dos órdenes a fin de reducir al máximo el número de conflictos. En este sentido, por ejemplo, puede el legislador arbitrar medios técnicos en el orden jurídico civil que dificulten la celebración del segundo matrimonio; de este modo se aliviará la tarea del juez penal en materia de bigamia. De otro lado, un temperamento severo para el delito de bigamia en el orden penal reducirá en cierta medida la problemática civil de doble matrimonio. Pero estudiada y convenida esa inteligencia, cada órgano jurisdiccional deberá

(83) REYES MONTERREAL, *Problemas matrimoniales*, cit., pág. 100.

(84) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El Privilegio Paulino...*, cit., pág. 58, número 42.

(85) En este sentido, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao de 30 de enero de 1959 (inéclita) admite la eficacia civil del matrimonio canónico contraído por una persona casada civilmente, estimando "que no es obstáculo a la anterior conclusión la circunstancia de que el aquí demandado haya sido condenado por matrimonio ilegal por un Tribunal de lo Criminal, pues como es sabido ambas jurisdicciones son absolutamente independientes, con fuentes legales distintas y finalidades igualmente diferentes, sin que los Tribunales penales puedan pronunciarse sobre materias relativas al matrimonio o al estado civil de las personas (art. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)" (Considerando quinto.)

afrontar la situación según los preceptos y elementos de interpretación propios de la esfera en que su función se desenvuelve (86).

A la luz de la interpretación expuesta al comienzo de este estudio (§ 2-9) se ha procurado aclarar—sin salir de la perspectiva del Código ni recurrir a criterios ajenos al Derecho civil—el significado del artículo 51. Queda por precisar el alcance de la sanción que esta norma contiene.

Sobre esta cuestión se han formulado dos opiniones en la doctrina científica. Para unos autores establece el artículo 51 una sanción de nulidad. Para otros, una sanción de inexistencia (87). A mi entender, el artículo 51 contiene una sanción de ineficacia relativa.

B. TESIS DE LA NULIDAD.

§ 16. Un sector de la doctrina toma la frase «no producirá efectos civiles» como sinónima de nulidad. El equívoco, aquí, en materia de eficacia, procede generalmente de otro equívoco en materia de capacidad: considerar que el matrimonio anterior constituye en todo caso impedimento de vínculo—también en la hipótesis IV—. Así resulta lógica la conclusión de que el segundo matrimonio es nulo.

Navarro Amandi, uno de los primeros comentaristas que se ocupa de la cuestión, escribe—a propósito del artículo 51—que «el matrimonio celebrado por quien se halle ligado por vínculo matrimonial anterior no disuelto legalmente, no puede ser otra cosa en buenos principios que un *matrimonio nulo*. Así lo declara el artículo 101 del Código, hablando del caso en que el segundo matrimonio sea civil, y no pueda hacerse declaración de efectos más graves cuando el segundo sea canónico» (88).

También Sánchez Román, coherentemente con la idea de que—en cualquier hipótesis— el primer matrimonio es impedimento de vínculo para otro posterior, afirma que «el estado de Derecho

(86) Es claro que esa libertad crítica no significa total independencia. En ocasiones, el juez penal deberá atenerse a conclusiones obtenidas en el orden jurídico civil o a conceptos elaborados en este campo. Por ej., en delitos sobre el estado civil de las personas.

(87) Hoy día se podría hablar de una tercera opinión, que, a partir de la prevalencia del art. 69 sobre el 51, considera la nulidad como tratamiento adecuado para el segundo matrimonio. Prácticamente llega al mismo resultado que la primera de las indicadas (sólo que, a diferencia de ésta, no incurre en una identificación entre la nulidad e ineficacia) a costa de reducir la antinomia eliminando uno de sus términos —el art. 51—. No se expone aquí esta tercera orientación por cuanto elude el problema de la sanción de ineficacia del art. 51, ahora analizado.

(88) NAVARRO AMANDI, *Commentario del Código civil*, cit., págs. 102-103. En consecuencia, este autor estima que dichos matrimonios “producirán efectos civiles en los casos y con los alcances determinados en el art. 69 de este Código”. De este modo deja sin virtualidad al art. 51.

que produce el matrimonio canónico o el civil respecto del matrimonio anterior en una u otra forma, es realmente el de *nulidad* del mismo». De aquí que considere innegable la antinomia entre el artículo 51 y el 69, porque «siendo un caso de *matrimonio nulo* el del supuesto que inspira el artículo 51, su fórmula es contradictoria con los efectos que atribuye el 69 a los matrimonios nulos cuando interviene buena fe» (89).

Una opinión semejante han mantenido Burón, De Carmona, el Diccionario de Derecho Privado y Castán (90).

Entre los autores que más recientemente se han ocupado del tema domina la misma orientación.

Así, Santamaría, de acuerdo con la opinión tradicional, da por supuesta la calificación de nulidad del segundo matrimonio, al decir que «puede producir efectos civiles, por lo menos en cuanto al cónyuge no bígamo, si es que ignoraba o no se prueba que conociese el ligamen anterior, y siempre respecto de los hijos» (91).

En parecido sentido, Díez Gómez, al comentar el artículo 75 del C. c. y con referencia al conflicto de primer matrimonio civil y ulterior canónico, escribe: «En tal caso, y aunque ello sea una consecuencia lamentable de la falta de armonización, hay que entender que prevalecería la nulidad, a efectos civiles, del matrimonio canónico, pues de no ser así el artículo 51 sería un precepto inútil» (92).

Casi todas las opiniones hasta aquí recogidas se formulan en términos generales, sin atender a la peculiaridad que presenta la hipótesis IV. Con referencia a ésta no parece correcta la calificación de nulidad del segundo matrimonio. Como se ha visto anteriormente, el matrimonio meramente civil, salvo cuando tenga carácter legítimo conforme al canon 1.015 del C. i. c., no genera impedimento de ligamen en orden al matrimonio canónico. De aquí que éste no pueda ser considerado nulo por causa de la unión anterior. En vistas a una calificación positiva, cabe decir que, en cuanto el matrimonio contraído civilmente por persona vinculada a la forma canónica es inexistente ante la ley eclesiástica, el posterior canónico que celebre cualquiera de los así unidos con tercera persona será válido. Esta calificación tendrá relevancia no sólo en el ámbito de ordenamiento jurídico de la Iglesia sino también en el del Estado, a menos que se considere precepto muerto

(89) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, cit., V, I, págs. 485 ss.

(90) BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español*, I, Valladolid 1898, pág. 339; DE CARMONA, *La bígamia*, cit., pág. 173; DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, II, Barcelona 1954, voz "ligamen", pág. 2541; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid 1944, pág. 717. Posteriormente este autor cambia de opinión considerando el segundo matrimonio como inexistente. Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN Notas al *Tratado de ENNECCERUS*, KIPP, WOLFF, cit., págs. 83 y 163

(91) SANTAMARÍA, J., *Comentarios al Código civil*, I, Madrid 1958, pág. 137.

(92) DÍEZ GÓMEZ, A., *La ley de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis*, "Revista de Derecho notarial", XXI-XXII, 1958, pág. 345.

el artículo 75 del C. c., que, como vimos, tanto en su antigua como en su nueva redacción, remite en tal punto al Derecho eclesiástico. Muy claramente el nuevo texto del artículo 75 dice que «el matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y *valides* y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica».

Una tal declaración no puede tener otro sentido, aunque el artículo 75 contenga una mera remisión formal, que dar cierta relevancia—su alcance no nos importa por ahora—a una calificación apoyada en las normas canónicas.

Para el tratamiento del matrimonio canónico contraído por persona unida en matrimonio civil se ha de tener en cuenta, junto a la calificación de ineficacia del artículo 51, la calificación de validez fundada en el artículo 75. Ya se indicó anteriormente que ambas calificaciones pueden predicarse del mismo matrimonio, por referirse a distintos aspectos de la institución matrimonial, como trataré de explicar más adelante. Aquí sólo intento marcar un contraste con la corriente de opinión expuesta.

En esta dirección doctrinal, como se ha podido ver, se plantea el problema de doble matrimonio en términos generales, y así es explicable que en el marco de la exégesis del artículo 51 no se advierta la improcedencia de la calificación de nulidad respecto a la hipótesis IV, completamente diferente de las demás (§ 12).

En cambio, es menos explicable que, con referencia concreta a esta peculiar hipótesis, se haya dicho del matrimonio canónico contraído por la persona ligada en matrimonio civil que es «*civilmente nulo*» (93), que «*no tiene validez civil alguna*» (94), que se podría «*declarar nulo*, a tenor del artículo 83 del C. c.» (95), que es «*como si civilmente no existiese*» (96).

C. TESIS DE LA INEXISTENCIA.

§ 17. Esta calificación se formuló, al parecer por vez primera, por Valverde en hipótesis de una interpretación aislada del artículo

(93) Así, CONDE-PUMPIDO FERREIRO I, C., *El privilegio Paulino: posibilidades de su aplicación en el régimen matrimonial español*, "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", CCVIII (1960-I), págs. 53-54. Vid. también pág. 58, nota 42 *in fine*.

(94) FERNÁNDEZ VIVANCOS, G., *Algunos de los problemas que plantea el doble matrimonio*, "Boletín de información del Ministerio de Justicia", V (1956), núm. 106, pág. 7. Parece seguir la misma opinión al recoger sin salvedad las palabras transcritas en el texto, REVES MONTERREAL, *Problemas matrimoniales*, cit., página 101.

(95) Así, DEL AMO, *Los matrimonios civiles durante la República*, cit., página 41.

(96) Así F. REGATILLO, E., *Casos canónico-morales*, II, Santander 1958, página 771. Si algo significa el artículo 75 del C. c. es que, a pesar de la sanción de ineficacia del art. 51 tal matrimonio *existe* civilmente, es válido.

lo 51, aunque por la contradicción palmaria de éste con el artículo 69 no llegó el autor a defenderla como tesis (97).

Posteriormente—en 1941—, Romero Vieitez, en base a la expresión «no producirá efectos civiles» del artículo 51, consideró que la noción de inexistencia era de posible aplicación al caso del segundo matrimonio, si bien no se decidió a defender dicho tratamiento en razón de no haberse acogido todavía la figura de la inexistencia por la doctrina ni por la jurisprudencia de los Tribunales españoles y, sobre todo, por ser entonces dominante en punto a la interpretación del artículo 51 la aplicación a los supuestos en él contemplados de la doctrina del matrimonio putativo (98).

Pérez González y Castán, en el mismo año que el anterior, plantean con cierto rigor la aplicación de la idea de inexistencia a los supuestos del segundo matrimonio del artículo 51, apuntando ya una diferencia práctica entre el régimen de inexistencia y el régimen de nulidad del artículo 101. «La lectura del artículo 51—dicen—en cuanto niega efectos civiles al matrimonio de la persona ya casada da a entender que el segundo matrimonio carece de todo efecto, aun sin necesidad de declaración judicial. En cambio, si se ponen en relación los artículos 83 n.º 5 y 101 n.º 1, parece que se trata de una nulidad equivalente a todas las demás previstas en este último artículo, o sea simple anulabilidad». Ante esta incertidumbre, entienden que no será aplicable al segundo matrimonio la disciplina del matrimonio putativo (99). Esta conclusión, sin embargo, no la mantienen con seguridad, dada la dificultad que supone el texto del artículo 69, por lo que optan dejar «al arbitrio creador de los Tribunales la norma equitativa que regule el caso con espíritu de equidad y atendiendo todas las particularidades del mismo» (100).

Con estos precedentes doctrinales, formula con decisión Fuenmayor, en un trabajo publicado también en 1941 (101), la tesis de que la sanción del precepto comentado es la inexistencia del segundo matrimonio. A partir de este autor la idea ha sido repetida por otros, aunque con menos precisión y con olvido a veces de los presupuestos dogmáticos y legislativos que fundamentan el planteamiento y condicionan el valor de la tesis de Fuenmayor.

Se plantea este autor la cuestión de si es posible, conforme a nuestras leyes, una concurrencia de derechos sucesorios entre un cónyuge legítimo y un cónyuge putativo. El problema consiste en

(97) Cfr. VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, IV, 4.^a ed., Valladolid 1938, pág. 117.

(98) ROMERO VIEITEZ, *Las normas del Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, cit., pág. 183.

(99) PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, *Notas al Tratado de ENNECKERUS, KIPP, WOLFF*, cit., págs. 83, 163.

(100) PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, op. cit., pág. 178-179.

(101) FUENMAYOR, *El Derecho sucesorio del cónyuge putativo*, loc. cit., páginas 431-474.

averiguar si son aplicables las reglas del matrimonio putativo a la unión celebrada por quien ya estaba casado legítimamente (102).

No existiría duda alguna, nos dice, si sólo tuviera que tomarse en consideración el artículo 69: Debería estarse por la concesión de los beneficios del mismo al cónyuge de buena fe, y a los hijos en todo caso, cuando el matrimonio hubiese sido contraído con el impedimento de ligamen, puesto que dicho artículo contiene una declaración general, sin distinguir causas de nulidad y *ubi lex non distinguit...* Pero en el Código se encuentra otro precepto—el del artículo 51—por el que (también sin distinguir) se niegan en tal supuesto los efectos civiles.

La explicación de esta antinomia por su origen histórico lleva al autor a la conclusión de que nuestro legislador de 1888 sólo tuvo presente en la redacción del artículo 51 la hipótesis de primer matrimonio civil y ulterior canónico, si bien por motivos políticos (§ 5) redactó una fórmula amplia en la que la hipótesis en cuestión quedó discretamente confundida con otras para las que ya existía tratamiento en el mismo articulado del Código—artículos 83, 5.^o, en relación con el 101, 1.^o, y 75—y de aquí la contradicción entre el artículo 51 y el 69.

El artículo 51 tenía razón de ser en cuanto nuestro sistema matrimonial codificado permitía el acceso de los católicos al matrimonio civil. Al ser posible el posterior matrimonio canónico de cualquiera de los así unidos con tercera persona, era necesario, para seguir manteniendo la validez del primer matrimonio, atacar el segundo. Y no pudiendo ser declarado inválido, ya que a ello se oponían los artículos 75 y 80, se declaró ineficaz. Tal es, en síntesis, el pensamiento de Fuenmayor (103).

Esto sentado, el autor examina la cuestión bajo la legalidad de la Orden de 10 de marzo de 1941 por la que «se instaura—al desvanecer las dudas que presentaba la exégesis del artículo 42—un sistema de matrimonio civil supletorio en toda su pureza».

Con este sistema deja de ser factible la única hipótesis justificativa de la norma del artículo 51, en cuanto ésta parte de la posibilidad de que personas obligadas a observar la forma canónica contraigan matrimonio civil, que no consiente el sistema de la Orden de 1941 (104).

Llegado a este punto, concluye el autor que la función del artículo 51 ya no puede ser la de 1889. El intérprete debe prescindir de la *mens legislatoris*, ya que de atenerse a ella habría de declarar

(102) FUENMAYOR, *El derecho sucesorio*, cit., pág. 454. En la solución que da a este problema niega la posibilidad jurídica de tal concurrencia. La admite, en cambio, lógicamente, en la hipótesis inversa, es decir, cuando el cónyuge putativo lo es del primer matrimonio, y el legítimo del segundo (loc. cit., pág. 463).

(103) FUENMAYOR, loc. cit., págs. 458-463. El autor ha mantenido la misma interpretación en *El sistema matrimonial*, cit., págs. 84-86. Recientemente la acoge BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho civil español*, IV, Madrid 1960, página 141.

(104) FUENMAYOR, *El derecho sucesorio*, cit., pág. 465.

el artículo 51 «precepto muerto» —por no ser posible su aplicación—, y buscar en cambio la *mens legis*, considerando la norma como voluntad del Estado independiente del legislador que la formuló.

Pues bien, el Estado, que sigue manteniendo el artículo 51, ha dado, con la Orden de 1941, un sentido diferente al artículo 42. En armonía éste con el Derecho de la Iglesia (c. 1.099 del C. i. c.), ya no puede ser la finalidad del artículo 51 sancionar la ineficacia civil del matrimonio canónico por no poder atacar su validez (art. 75 del C. c.), dado que esta hipótesis no se presentará.

El sentido del artículo 51 es ahora—año 1941—otro: «sancionar la contravención del impedimento de ligamen (105) que merece a los ojos de la Ley un tratamiento más enérgico, privando de *efectos civiles* a los matrimonios contraídos con aquél». Respecto a la cuestión fundamental de si éstos deben considerarse inexistentes o radicalmente nulos o bien simplemente anulables, contesta Fuenmayor que «debe estarse por su inexistencia, cuando menos en lo que ésta es incompatible con la aplicación de los beneficios del matrimonio putativo», debiendo, por tanto, concluirse que el artículo 51 significa una excepción del 69» (106).

La calificación de inexistencia aplicada por Fuenmayor al segundo matrimonio debe ser valorada según los términos ponderados de su planteamiento. En tal sentido, se han de tener en cuenta los diversos elementos interpretativos puestos en juego sucesivamente por el autor según un orden riguroso: en primer lugar, el elemento histórico, que decide la reducción del ámbito de operatividad del precepto a una sola hipótesis—la IV—; en segundo lugar, el elemento sistemático, por el que, en base al nuevo significado dado al artículo 42 por Orden de 10 de marzo de 1941, se postula la sustitución de la exégesis histórica del artículo 51 por otra distinta, de acuerdo con los nuevos principios—sistema puro de matrimonio civil subsidiario—; en tercer lugar, el elemento lógico, por el que, a fin de salvar la antinomia entre los artículos 51 y 69, se precisa la nueva significación del primero como excepción de la disciplina del segundo—inexistencia del segundo matrimonio celebrado—.

En cuanto al alcance dado al término «inexistencia», Fuenmayor sienta una conclusión ajustada al planteamiento de su trabajo: debe estarse por la inexistencia «cuando menos en lo que ésta es incompatible con la aplicación de los beneficios del matrimonio putativo».

Posteriormente, la opinión de Fuenmayor ha sido acogida en

(105) Cfr. § 12. FUENMAYOR, al tratar de la hipótesis IV, emplea el término «impedimento» en sentido lato —con relación al orden de la eficacia, no al orden de la validez—, salvo en el pasaje ahora citado (loc. cit., pág. 469), en que emplea el término en sentido riguroso. Pero en este lugar se está refiriendo FUENMAYOR a la legalidad de la Orden de 1941, en que la hipótesis IV no se da.

(106) FUENMAYOR, loc. cit., pág. 469.

lo fundamental por otros autores. Así, Castán y Gómez Acebo (107). Puig Peña la defiende, también, acentuando la gravedad del concepto de inexistencia. «El segundo matrimonio contraído —escribe—es nulo con nulidad absoluta. Es decir, es algo inexistente para la ley; y sigue siendo nulo con esa nulidad radical, aunque el antiguo matrimonio se disuelva después por muerte del otro contrayente» (108).

Después de la reciente reforma del C. c., derogado el sistema que inspiró la tesis de Fuenmayor para el tratamiento del segundo matrimonio en las hipótesis I, II y III (§ 9), no parece correcto seguir considerando la ineficacia del artículo 51 como equivalente a inexistencia (109).

D. TESIS DE LA INEFICACIA RELATIVA.

§17. Con el régimen vigente se hace de nuevo factible la hipótesis IV (§ 10), pierde su fundamento la tesis de la inexistencia —elaborada a partir de la Orden de 10 de marzo de 1941, sin vigor ahora—, y la interpretación de Fuenmayor sobre la génesis del artículo 51 alcanza un valor decisivo para la exégesis actual del precepto.

Conforme a la interpretación histórica del artículo 51 (§§ 5-7) y respecto a las hipótesis I, II y III, resulta aplicable al segundo matrimonio la doctrina del artículo 69, dado el tratamiento de nulidad que—en esto hay que convenir con la opinión tradicional—se prevé para el mismo en otras disposiciones del Código (ya citadas). A este respecto, el artículo 51 es inoperante. La interpretación histórica autoriza semejante reducción del texto literal de la norma.

De este modo, queda limitada la aplicación del artículo 51 a la hipótesis IV. En realidad, ésta fue la que provocó la disposición. El segundo matrimonio en tal caso «no producirá efectos civiles».

Ahora bien, que el segundo matrimonio—canónico—carezca de efectos civiles no quiere decir que sea inválido civilmente (110). Como con acierto indica Romero Vieitez, tratándose de matrimonio canónico, «el Código sólo podía negar con sentido la eficacia

(107) CASTÁN, *Derecho civil español*, cit., V, I, Madrid 1954 pág. 474; GÓMEZ ACEBO, *La buena y la mala fe...*, cit., pág. 232. Estos autores no hacen consideración especial de la hipótesis IV.

(108) PUIG PEÑA, *Tratado*, cit., pág. 153.

(109) Acaso por olvidar la conexión esencial de esta tesis con el sistema de la Orden de 1941 se ha mantenido después de la reforma de 1958 por GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, c.t., págs. 231, 247-248, y por CASTÁN, *Derecho civil español...*, cit., V, I, 8.^a ed., Madrid 1961, págs. 684-685, 711 y 677.

(110) Cfr. FERNÁNDEZ VIVANCOS, *Algunos de los problemas que plantea el doble matrimonio*, cit., pág. 7: «El segundo matrimonio, o sea el válido canónicamente, no tiene validez civil alguna». En igual sentido, considerando que el artículo 51 se opone a la validez del segundo matrimonio—canónico—, LOPOS, *Los matrimonios civiles en España durante la República*, «Sal Terrae», XLVI (1956), pág. 489.

civil y no la validez canónica» (111). Por mi parte diría algo más. El legislador estatal no se limita a «respetar» la *validez canónica* de matrimonio en el ámbito del ordenamiento jurídico de la Iglesia (112), sino que admite su *relevancia en el orden jurídico secular*. Por virtud del artículo 75 del C. c., la calificación de validez del matrimonio canónico fundada en la ley eclesiástica, alcanza en el ámbito del Derecho español una relevancia semejante a la que posee la calificación de validez del matrimonio civil a tenor de la ley española. De este modo, puede afirmarse en un sentido riguroso que el artículo 75 del C. c., al reconocer la calificación de validez procedente del Derecho de la Iglesia, consagra la *validez civil del matrimonio canónico*.

El segundo matrimonio—canónico—es, por tanto, válido—en el orden jurídico estatal—conforme al artículo 75, pero sin efectos civiles, conforme al artículo 51.

Es obvio que la eficacia que necesariamente comporta la calificación de validez del artículo 75 queda limitada por la calificación de ineficacia del artículo 51. Limitada y no neutralizada, ya que ambas calificaciones pueden coexistir. La ineficacia del artículo 51 no es absoluta e irremediable, sino relativa y transitoria. El ma-

(111) ROMERO VIEITEZ, *Las normas del Derecho matrimonial*, cit., pág. 183, nota 49. En igual sentido: FUENMAYOR, *El Derecho sucesorio*, cit., págs. 40-462; *El sis cma*, c.t., págs. 90-91. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de familia*, cit., pág. 73. Cfr. también SÁNCHEZ REBULLIDA, *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*, c.t., págs. 21 y 45.

(112) Esta actitud inspira al autor de la ley de 17 de junio de 1870, determinando unas consecuencias verdaderamente sorprendentes en el tratamiento jurídico civil del matrimonio canónico. Por una parte, no se reconoce a éste eficacia civil: “el matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley no producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes” (art. 2). Por otra parte, se reconoce expresamente su legitimidad y validez, según resulta de la Exposición de Motivos al decir que “no se declara la nulidad absoluta de los matrimonios celebrados de otra forma” ya que “esto equivaldría a reducirlos a concubinato, y la conciencia pública protestaría indignada contra el precepto legal”, y que la ley civil “no podrá privar en el orden espiritual del carácter de legitimidad al matrimonio religioso”. Cfr. ROMERO VIEITEZ, *Las normas del Derecho matrimonial*, cit., págs. 69-70 y nota 12. El legislador pretende encubrir una limitación congénita de su competencia bajo el ropaje de una autolimitación que se traduce en “respeto” para el Derecho de la Iglesia. Importa aquí destacar —por el contraste que supone con la solución de la legalidad vigente— cómo ese reconocimiento de la validez del matrimonio canónico es un fórmula vacía al no traducirse en eficacia civil. La validez del acto jurídico comporta la eficacia típica de la relación matrimonial. Y si quien reconoce la validez del matrimonio celebrado canónicamente es el Estado, de ello debe seguirse la eficacia típica *civil* de la relación correspondiente. No se opone a esto que la eficacia típica actual resulte paralizada por falta de inscripción del matrimonio en el Registro, o limitada por incompatibilidad con la eficacia en el vínculo anterior, como ocurre en la situación de doble matrimonio que estudiamos. Lo que no tiene sentido es calificar como válido un matrimonio al que se niega toda posibilidad de eficacia —que el matrimonio canónico sea impedimento del vínculo para un ulterior civil (Orden de 20 de junio de 1874) no es, en la perspectiva del sistema de matrimonio civil obligatorio, una manifestación de eficacia (típica), sino una simple medida de política legislativa—.

rimonio canónico es ineficaz temporalmente—en tanto subsista el vínculo civil previo— y relativamente—en cuanto se oponga a la eficacia plena del matrimonio anterior—.

Todas las dificultades con que ha tropezado hasta hoy la doctrina y la jurisprudencia proceden, a mi modo de ver, en parte del olvido de la distinción real entre validez y eficacia (§ 4) o de la confusión de ambas nociones (113), y en parte también de una aplicación ciega y acrítica del principio de monogamia, que ha ocultado la realidad de la situación—ciertamente extraña y alógica—de la persona ligada por dos vínculos simultáneamente válidos, situación en cierto modo provocada por el propio legislador español al admitir: 1) la validez del matrimonio civil contraído por católicos apóstatas, al mismo tiempo que 2) la validez—civil, sin excepción alguna, del matrimonio canónico válido conforme el Derecho de la Iglesia.

La realidad de esta situación se ha ignorado durante largo tiempo en nuestra doctrina y en el momento actual hay todavía autores que parecen desconocerla (114).

Por extraño que pueda parecer, el supuesto es en cierto modo resultado del desarrollo normativo de dos principios constitucionales cuyas exigencias no siempre se pueden fácilmente conciliar: la confesionalidad católica del Estado y la tolerancia del culto privado de otras confesiones (art. 11 de la Constitución de 1876, art. 6.^º del Fuen de los Españoles) (115).

Una situación en cierto aspecto parecida a la descrita, aunque menos llamativa, se presenta en el Derecho italiano al autorizar el tránsito *ad alias nuptias* del cónyuge del ausente cuya muerte presunta se ha declarado por sentencia firme (art. 65 C. c.). En tal situación, el nuevo matrimonio goza de una validez presunta, que se resuelve en nulidad si regresa el ausente o se comprueba su existencia, o se convierte en validez real, si se prueba la muerte del ausente—aunque hubiese ocurrido en fecha posterior a la del se-

(113) En estudios recientes todavía se identifican dichas nociones, o, paralelamente, las de invalidez e ineficacia. Así: CONDE PUMPIIDO, *El Privilegio Paulino*, cit., pág. 56, nota, *sub d*); pág. 54 y nota 41; págs. 56-57, nota; DÍEZ GÓMEZ, *La ley de Reforma del Código civil*, cit., pág. 345; LÓROS, *Los matrimonios civiles en España durante la República*, cit., pág. 489. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 2 de junio de 1959 (Considerando cuarto), inserta en "Revista general de Derecho", XVI (1960), página 93.

(114) Así, por ejemplo, dice CONDE-PUMPIIDO, *El Privilegio Paulino*, cit., pág. 56: "No puede reconocerse efectos a este segundo matrimonio [canónico] so pena de admitir la subsistencia de los dos matrimonios válidos y reconocer con ello una situación de bigamia".

(115) Vid. a este propósito: FUENMAYOR, *El sistema*, cit., págs. 138-147; PÉREZ MIER, L., *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, "Revista española de Derecho canónico", XIV (1959), págs. 181 ss.; MALDONADO y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *Otros tres años de vigencia del Concordato de 1953*, "Revista española de Derecho canónico", XIV (1959), págs. 274-275; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Die jüngsten spanischen Besinnungen über die bürgerliche Wirksamkeit der kanonischen Ehe*, "Ehe und Familie", 8 (1961), pág. 203.

gundo matrimonio— (art. 68 C. c.) (116). El que la nulidad no pueda declararse una vez comprobada la muerte, *ni siquiera cuando ha ocurrido en fecha posterior a la del matrimonio*, ha llevado a Jemolo a apreciar en esta situación una bigamia legalmente consentida (117).

Admitida como un hecho insoslayable la situación de doble vínculo válido procede aclarar el sentido de la calificación de ineeficacia relativa aplicada al segundo matrimonio.

Esta expresión se utiliza en la doctrina italiana y alemana para designar una serie de situaciones jurídicas heterogéneas que tienen por común denominador el hecho de ser resultado de un negocio jurídico válido pero ineffectivo frente a determinadas personas (118).

Tal calificación supone la distinción de los conceptos de invalidez e ineeficacia, frente a la doctrina que considera tales categorías como correlativas (119).

Quedó apuntado qué la validez fundamenta la eficacia, pero ésta no sigue necesariamente a aquella de un modo inmediato. Por ello la calificación de validez es compatible con una calificación de ineeficacia actual, de modo que, siendo válido el acto jurídico matrimonial, no se produzcan de momento los efectos típicos de la relación generada por el acto.

La distinción entre validez y eficacia hizo posible la creación en la doctrina canónica de la figura del matrimonio putativo (120), de estructura inversa a la situación de ineeficacia relativa. En ésta se tiene un acto válido y una relación ineffectiva. En el matrimonio putativo, en cambio, se reconocen los efectos típicos de la relación matrimonial pese a ser nulo el acto.

También sobre la base de la distinción entre validez y eficacia se ha fraguado la teoría de la inexistencia del matrimonio. Por contraposición a la figura del matrimonio putativo —acto nulo, relación eficaz—, se admite la de matrimonio inexistente —acto

(116) Sobre el tema vid. BARASSI, L., *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, 3.^a ed., Milano 1947, págs. 66-75; GANGI, C., *Il matrimonio*, 3.^a ed., Milano 1953, págs. 122-123; JEMOLO, A., *Il matrimonio*, 3.^a ed., Torino 1957, págs. 499-501.

(117) JEMOLO, op. cit., pág. 500.

(118) Ampliamente, PUGLIATTI, S., *Introducción al estudio del Derecho civil* 2.^a ed., México 1943, págs. 321-324. Otras referencias, en BERRI, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid s. a., trad. esp. de Martín Pérez, A., página 360; CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, Madrid 1956, trad. esp. de Albadalejo, M., pág. 322 y notas correspondientes. La figura es controvertida. Entre los que se admite, es discutido su significado y alcance. Aquí se emplea en el sentido que más adelante preciso.

(119) Cfr. CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho*, Madrid 1955, trad. esp. de Osset, F. J., págs. 409 ss., 419 ss., 425 ss. Vid, en el mismo sentido las referencias bibliográficas que recoge SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria*, cit., pág. 429, nota 92.

(120) Cfr. FERRABOSCHI, M., *Nulidad ed inexistenza del matrimonio canónico*, "Il Diritto ecclesiastico", LXII (1951), pág. 416.

nulo, relación ineficaz—, reconducible, por otra parte, al esquema clásico de la nulidad *quod nullum est nullum producit effectum*.

La calificación de ineficacia relativa, aquí propuesta para el matrimonio canónico contraído por persona ya ligada en matrimonio civil, es conforme: 1) al artículo 51, que establece *no una nulidad ni una inexistencia, sino una mera ineficacia*; 2) al artículo 75, que consagra la *valides civil* del matrimonio canónico; y 3) el artículo 76, que reconoce su *eficacia civil*.

Recordemos que el artículo 51 se muestra, conforme a su interpretación lógica, histórica y sistemática (§ § 2-8), como solución de compromiso, arbitrándose la sanción de ineficacia del matrimonio canónico (al no poder atacar su validez) por la necesidad de proteger la integridad (validez y eficacia) de un vínculo civil previo. Así, la ineficacia del matrimonio canónico resulta justificada sólo temporal y relativamente, en tanto subsista el vínculo civil previo y en cuanto lo exija su plena eficacia.

Una vez disuelto el matrimonio civil por la muerte de uno de los cónyuges, el vínculo canónico ulterior —que, por válido (artículo 75 C. c.), es virtualmente eficaz (§ § 13-14)— comenzará a desplegar su eficacia, detenida por la existencia del vínculo previo, presta a manifestarse en cuanto el vínculo previo desaparezca (121).

(121) Hablo de eficacia típica. Aparte, téngase en cuenta que la validez civil del matrimonio canónico (§ 13) comporta *per se*, sin necesidad de inscripción, una serie de efectos no típicos, inmanentes a la existencia del vínculo: nacimiento del impedimento de ligamen (vid. referencias nota 123) y del impedimento de afinidad, reconocimiento de la cualidad de cónyuge. De este reconocimiento deriva lógicamente la condición de legitimidad de los hijos. Si el cónyuge bínubo es la mujer, los hijos del segundo matrimonio serán con toda probabilidad considerados legítimos del primer marido por virtud del juego de presunciones del artículo 108 del C. c., efecto que puede evitarse si antes de la celebración del segundo matrimonio —canónico— se obtiene la separación legal de los cónyuges unidos civilmente. En todo caso, la cualidad de cónyuge impedirá la calificación penal de adulterio con referencia a la cópula de los casados canónicamente, y servirá de fundamento a una posible calificación de parricidio. En este sentido, cfr. la sentencia del T. S. de 10 de agosto de 1881, que aprecia parricidio en el caso de muerte de la mujer con quien el imputado contrajo matrimonio canónico —no inscrito en el Registro civil— en 1872; cit. por AGÚNDIZ, A., *Contribución al estudio de los matrimonios civiles de los católicos*, "Revista general de Derecho", XII (1956), pág. 676.

En la doctrina, salvo la opinión común de que el matrimonio canónico no inscrito general el impedimento de ligamen —que no se tiene luego en cuenta al tratar del caso en que existe vínculo civil anterior—, se llega a conclusiones diversas de las aquí mantenidas. GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, cit., pág. 121, entiende que "el cónyuge civil será el único legítimo y podrá ejercitarse las acciones penales por abandono de familia, adulterio o amancebamiento". AGÚNDIZ, *Contribución al estudio*, cit., pág. 676 —y, al parecer, también REYES MONTERREAL, *Problemas matrimoniales*, cit., pág. 91, que cita sin reservas su opinión—, afirma que "si alguno contrae matrimonio canónico con otra persona sin haberse disuelto el anterior civil, el juez niega su transcripción, los hijos son adulterinos...". A parecidas conclusiones llega CASTÁN, *Derecho civil español*, cit., V, I, 8.^a ed., Madrid 1961, págs. 684-685 en relación con págs. 677 y 711.

Por otra parte, será posible reconocer la eficacia civil *actual* del matrimonio canónico, en cuanto ello no suponga detrimiento para la eficacia del vínculo civil (art. 76). (122.)

VI. CONCLUSION

§ 18. Para las situaciones de doble matrimonio civil, primer matrimonio canónico y segundo civil, y doble matrimonio canónico, supuesto que sea válido el primer vínculo, es aplicable el artículo 69 del C. c., en relación con los artículos 83, 5.º, 101, 1.º, y 75 del mismo cuerpo legal, y c. 1.069 del C. i. c. En cualquiera de esas hipótesis, el segundo matrimonio es nulo, conservándose los efectos producidos hasta el momento en que la nulidad se declare, conforme a la doctrina del artículo 69.

Para la situación de primer matrimonio civil y segundo canónico, supuesto que ambos sean válidos —el primero conforme a la ley civil y el segundo conforme a la ley eclesiástica—, rige el artículo 51, en relación con los artículos 75 y 76 del C. c. El segundo matrimonio, válido ante la ley canónica, lo será también ante la ley civil (art. 75), si bien conforme a ésta y en tanto subsista el vínculo previo será relativamente ineficaz.

Dado que esta peculiar situación es la más controvertida, parece conveniente, antes de poner punto final a este estudio, esbozar el alcance de la calificación de ineficacia relativa aplicada al segundo matrimonio en contraste con las dos soluciones hasta hoy ofrecidas en la doctrina.

La calificación de ineficacia relativa en el sentido expuesto es al parecer la más conforme a nuestro Derecho, eliminándose con ella toda antinomia, y la mejor ajustada los principios de nuestro sistema matrimonial.

Una declaración civil de nulidad del matrimonio canónico, derivada del *ligamen* civil anterior de uno de los contrayentes, comportaría —en el caso de que fuera posible— los efectos de ese matrimonio hasta el momento de la declaración de nulidad.

(122) La plena eficacia del vínculo anterior no consiente, por ejemplo, una concurrencia del cónyuge del segundo matrimonio con el cónyuge del primero en la sucesión hereditaria del cónyuge binubio. Por el mismo principio no podrán reconocerse derechos sucesorios a los hijos del segundo matrimonio en cuanto ello implique merma de la porción legitimaria de los hijos y descendientes legítimos de la primera unión. En cambio, debe admitirse la actuación de los efectos civiles que no supongan rivalidad o incompatibilidad con los efectos del vínculo anterior. En este sentido puede, admitirse, en cuanto no resta eficacia al vínculo previo: la adquisición de la nacionalidad española por la mujer extranjera, como consecuencia de su matrimonio canónico con súbdito español casado civilmente; el llamamiento (como descendencia legítima) de los hijos del matrimonio canónico en la sucesión intestada o legítima del progenitor no binubio; etc. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao de 30 de enero de 1959 (inédita) afirma que hay efectos del segundo matrimonio —canónico— compatibles con los del primero, civil.

Pero tal calificación, aparte de estar en contradicción con el artículo 75 del C. c., tiene como inconvenientes:

- 1) No resuelve el conflicto. Para el Derecho de la Iglesia, el matrimonio canónico seguirá siendo un matrimonio válido.
- 2) Se hace posible un nuevo conflicto, al permitir la celebración de ulterior matrimonio al cónyuge no bínubo del matrimonio canónico.

No mejores perspectivas ofrece la tesis de inexistencia civil del matrimonio canónico. Conforme a ella:

- 1) El matrimonio canónico, válido según el Derecho de la Iglesia, carecería de relevancia en el orden jurídico secular. Contra la declaración del artículo 75 del C. c.
- 2) Los hijos de ese matrimonio canónico, legítimos para el Derecho de la Iglesia, serían adulterinos para nuestra ley civil.
- 3) Análogamente a lo que ocurre con la tesis de nulidad, existe el riesgo de un nuevo conflicto de doble matrimonio, sólo que aquí sería completa la libertad del cónyuge no bínubo para pasar a nueva unión, ya que, como pacíficamente se admite en la doctrina, no precisa a tal efecto esperar a que la inexistencia se declare judicialmente.

La tesis de ineficacia relativa lleva a otros resultados.

- 1) Se respetan en su integridad los artículos 69, 75, 76 y 51 del C. c. (123).
- 2) El matrimonio canónico, válido a tenor de la ley eclesiástica y válido ante la ley española [art. 75 C. c.], genera el impedimento de *ligamen* (124) con la que se elimina radicalmente la posibilidad de un nuevo conflicto de doble matrimonio.
- 3) El matrimonio canónico no gozará de momento de plenos efectos civiles, pero sí, al menos, de los que no sean incompatibles con la eficacia de la primera unión. Por otra parte, esa limitación desaparecerá una vez disuelto el vínculo civil.

(123) También el artículo 51 puede considerarse respetado en su integridad según el significado genuino que revela la interpretación histórica (§ 5-7).

(124) Dado el carácter meramente instrumental —no constitutivo— de la inscripción del matrimonio en el Registro civil, no han vacilado la doctrina y la jurisprudencia en considerar el matrimonio canónico no inscrito como fuente de impedimento de *ligamen*. Cfr. CASTÁN, *J. Derecho civil español común y foral*, V, I, Madrid 1954, pág. 102; DE DIEGO, F. C., *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid 1930, pág. 376; SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades*, cit., pág. 202; Resoluciones de la Dirección de los Registros de 18 de septiembre de 1924 y 12 de noviembre de 1925. Esta opinión se defiende en la discusión parlamentaria del Código por GONZÁLEZ DE LA FUENTE, *Diario de Sesiones de Cortes, Congreso*, 16 de marzo de 1889, número 71, pág. 1912. Antes se había consagrado como doctrina general por la interpretación gubernativa del artículo 5, 2º, de ley de matrimonio civil de 1870 (vid. nota 11).

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) Nacionales

«Conservación de la unidad del patrimonio familiar en la transmisión mortis causa»

(Conferencia pronunciada, por el Prof. J. Chevallier, en la Academia Matritense del Notariado el día 26 de mayo de 1961.)

El conocido profesor Chevallier ha disertado sobre la conservación de la unidad del patrimonio familiar dentro del ámbito del Derecho francés. El conferenciante comenzó refiriéndose a la regresión que parece se observa en este ámbito. Afirmó cómo el Código civil francés es una obra de transacción en donde se puede ver recogido el espíritu tradicional de la familia burguesa y las nuevas orientaciones individualistas e igualitarias que aporta la Revolución francesa. Sin embargo, desaparecen las antiguas atribuciones al heredero único que respondían a la idea de conservación del patrimonio familiar. Con el Código, la sucesión hereditaria viene a dividir y desintegrar, eliminándose los mayorazgos, las atribuciones preferentes, los fideicomisos, las sustituciones, etc. Se trata a sus ojos de privilegios y se desconoce su finalidad económica.

Ha de ser con la reforma de 1938 cuando se inicia una verdadera reversión a las antiguas tendencias. Sin embargo, afirmó Chevallier, esta reforma responde a una evolución en las ideas que la técnica moderna aporta; en general, la idea de conservación de los bienes se había perdido en la familia actual; ahora se trata de restaurar la sucesión familiar en el ámbito agrario, no sin que se haya producido una campaña de limitaciones respecto de las reservadas, de las cuotas, tal como Toqueville había descrito en su "familia democrática".

La reforma legal de 1938 se presenta como una lucha contra todos aquellos perjuicios individualistas que impuso la Revolución y trata de restaurar la propiedad fundiaria de las explotaciones agrícolas. En el ámbito hereditario, las reglas de partición igualitaria son tomadas como excepcionales y se establece lo que la doctrina denomina "atribución preferente", es decir, la designación de un heredero cualificado en la total explotación agrícola con la finalidad de su conservación.

Este ilustre profesor francés cree que la evolución operada es reversible y de vuelta a las antiguas tradiciones, a pesar de que el dinamismo que se produce en esta esfera va con los tiempos modernos. La intervención del legislador se acusa aquí marcadamente, tal como sucede para las "viviendas de precio rebajado". La explotación agrícola, añadió, también adquiere un nuevo carácter por la profesionalización del cultivador; hoy día supone una institución que el legislador contribuyó a fragmentar y separar del régimen común.

Respecto a la caracterización de esta reforma del año 1938 hace ver cómo supone la adopción de unas nuevas prerrogativas económicas de la familia rural

de la época materialista en que vivimos. Por lo que, concluye, una primera idea puede darse: el que cultiva la tierra, el que tiene contacto directo con ella, el que demuestra una vocación para cultivarla será el preferido por el ordenamiento a la hora de hacer la designación preferente; con terminología moderna, dirá, se convierte en un "profesional de la agricultura".

Otra de las aportaciones de la nueva reforma es el hablar de "explotaciones" y no de reparto o atribución de inmuebles y tierras, tal como se venía haciendo por los juristas. La explotación compone una unidad económica que está en función del hecho de habitar, de cultivar y de usar de la misma; de aquí que la preferencia electiva se base en estos datos, por lo que el que demuestre esta vocación, este contacto directo revierte en él la explotación. El paralelismo de la nueva situación con anteriores épocas, afirmó, no está ya en la primogenitura del nacimiento, sino en la dedicación; la elección recaerá tanto en cuanto sea participante de la explotación.

Estos privilegios que instaura la nueva legislación, cree que no son exclusivos del Derecho agrario; son hoy muchos los privilegios que el profesionalismo trae consigo. Un ejemplo ya consolidado es el comercial y se atisba, dice, en el matrimonial, en el laboral y en el ámbito de la propiedad artística y literaria. Con gran finura, Chevallier hace ver su especial cualificación en cuanto se derivan de la cualificación como "instrumentos de trabajo", contrarios a la división, destrucción y expliación.

El disertante concluyó su interesante conferencia haciendo notar la resistencia que se opone por el tradicional Derecho sucesorio y sus ideas de partes igualitarias. Pero él cree y prevé una mayor e incesante disgregación protecciónista en favor no sólo de las explotaciones agrarias, sino extensiva a otros ámbitos.

José BONET CORREA.

B) Extranjeras

«La mujer en los ordenamientos jurídicos modernos»

Bajo este título se ha celebrado en Perugia (Italia), organizado por el Centro Internacional de Magistrados "Luigi Severini", el VII Curso de Estudios, en el que año tras año destacados juristas, profesores y magistrados de diversos países, vienen manteniendo interesantes contactos para el estudio y discusión en común de importantes temas jurídicos.

Una materia como la situación jurídica de la mujer en los ordenamientos jurídicos de las diferentes naciones, viene adquiriendo cada día una importancia creciente al compás del aumento de los modernos estudios de Derecho comparado. Los trabajos presentados fueron los siguientes:

"Planteamiento y solución del problema de la igualdad jurídica del hombre y de la mujer en la República Federal Alemana", del Dr. Dietrich Freiherr von Tettan, Juez de la Corte de Hamburgo.

"La condición jurídica de la mujer en Suecia", del Dr. Nils Edvall, Juez del Tribunal de Estocolmo.

"La condición jurídica de la mujer en Holanda", del Dr. François Gérard van der Kroon, Juez de Heerlen.

“La mujer en el ordenamiento jurídico positivo uruguayo”, del Dr. Guido Berro Oribe, de Montevideo.

“La ley de adopción en Inglaterra con especial referencia a los derechos de la madre no casada”, de la Dra. Joan Priscilla Yeo, Juez de Peace Petty.

“La dote y el patrimonio familiar”, del Abogado Sra. Laura Liuzzi Barzilai, de Roma.

“La mujer en el Derecho matrimonial austriaco”, del Dr. Hermann Baumgartner, Juez de Osterreich.

“La posición jurídica de la mujer casada en los Países Bajos en lo que concierne al régimen matrimonial”, de la Sra. Wilhelmina María Peletier, de Holanda.

“La mujer que se divorcia, en el Derecho suizo”, de la Dra. Clementina Sganzini, Asesora de la Audiencia de Lugano.

“La mujer y el trabajo en sus aspectos jurídicos y económicos”, del Abogado Sra. María Luisa Zavattaro Ardizzi, de Milán.

“La participación en el salario del marido en beneficio de la esposa abandonada, en el Derecho belga”, del Dr. Etienne Loiseau, Juez de Paz del cantón de Charleroy Sur.

“La posición de la mujer en el Derecho tributario alemán”, del Dr. Curt Eberhard Cerutti, Juez de München.

“La mujer italiana y la Magistratura”, del Dr. Mario Berutti, Consejero de la Corte Suprema de Casación de Italia.

“Una visión italiana y latina del problema de la mujer moderna”, del Dr. Alberto Marinelli, Subsecretario del Ministerio del Turismo italiano.

La extensión e importancia de los temas tratados nos impide hacer un estudio, ni siquiera somero, de los mismos. Se ha puesto de relieve en todos ellos la evolución de los derechos positivos hacia una igualdad jurídica de los derechos de la mujer a los del hombre como aplicación de los principios constitucionales de los países europeos, al entrar la mujer en todos los campos de la vida social.

Las cuestiones objeto de estudio, el desarrollo de las discusiones y, especialmente, el número y la calidad de los concurrentes, han constituido un éxito para el Centro de Magistrados promotor del Curso que se celebra anualmente, y ha puesto de manifiesto la importancia cada vez mayor que se va reconociendo en Europa a los estudios sobre la situación jurídica de la mujer, en las múltiples facetas y condiciones en que aquélla puede encontrarse. “Los derechos de Autor” será el tema general de estudio a tratar en el próximo Curso, que se celebrará en septiembre de 1961.

J. A. F. C.

II. NOTAS CRITICAS

SANZ JARQUE, Juan José: «Régimen de Concentración Parcelaria». Madrid, 1961. Un volumen de 362 páginas.

I. La bibliografía moderna sobre C. P., desde que yo publiqué mi "Introducción al estudio de la Ley de C. P." ha proliferado. No pocos Registradores de la Propiedad, Notarios y juristas en general se han sentido atraídos por ese crucigrama jurídico.

Interesante es la tesis de Vidal en la Universidad de Salamanca, que, sin embargo, no conozco completa. La Revista de Estudios Agro-sociales contiene la mejor parte de toda esa literatura. Había pues, muchos artículos de Revista, pero faltaba ese paso al libro que caracteriza una fase de crecimiento en la problemática de una institución. Ya lo tenemos, gracias a la abnegada, paciente y aguda labor del Letrado Jefe de Tramitación y Recursos del Servicio de Concentración Parcelaria del Ministerio de Agricultura, Juan José Sanz Jarque, Sanz Jarque es uno de esos juristas a quienes compete sin duda la edificación del D. agrario. Quiero decir que conoce vitalmente el mundo peculiar de la Agricultura, que está interesado en él y que, por vocación, combina su raigambre campesina con la finura jurídica adquirida en el estudio y en la aplicación del Derecho.

Mis felicitaciones, pues, a Sanz Jarque por este precioso regalo que nos hace de un libro destinado al estudio profundo y completo de la C. P., ahora que ha cuajado ya la revuelta legislación subsiguiente a 1952.

II. Comienza por plantear el problema en sus aspectos técnicos, señalando las causas de todo orden a las que resulta imputable la enorme división y dispersión de parcelas en España, destacando la influencia del Código civil en esta materia. Como dato curioso citaré la observación de Bertrand Russell a propósito del Code-Napoleón; al hablar de los progresos que trajo para la Humanidad la invención del vapor y el desarrollo del Transporte, señalando qué ello hizo posible un muy rápido aumento de la población en todos los países civilizados, agrega "excepto en Francia, donde el Código de Napoleón evitó tal aumento al decretar la división de las herencias por partes iguales entre todos los hijos del testador y donde gran mayoría los campesinos propietarios de pequeñas parcelas de terreno" (*El impacto de la ciencia en la sociedad*, 1952, p. 36).

No podía faltar un capítulo dedicado al Derecho extranjero, pues su influencia en el movimiento español ha sido evidente. No cita los artículos del Nuevo Código italiano dedicado a esta materia. Hubiera sido interesante señalar la influencia de la legislación española en algunos Derechos como el portugués, por ejemplo.

III. Me gusta el capítulo dedicado a la "naturaleza de la C. P.", prueba de que este libro no es de mero comentario. Además, celebro que Sanz Jarque afirme, en contra de los administrativistas, la naturaleza de D. privado que

tiene la C. P. Debemos defender nuestro D. agrario del peligro de la "administrativización". Ya se ha dicho muchas veces que allí donde haya una norma inde-rogable por los particulares, donde haya incluso una cierta intervención funcio-narista, no por eso deja de haber D. privado; éste no se retira para dejar paso al administrativo, sino que, por el contrario, para subsistir se renueva.

También me produce satisfacción que la teoría por mí elaborada en 1952 so-bre la C. P. concibiéndola como limitación legal del dominio concretada en una subrogación real parece ser la que ha venido a predominar. Desde luego está descartado que sea la C. P. expropiación forzosa (así lo descarta de una vez para siempre García de Enterría en su libro sobre Expropiación) y decir como González Pérez que la C. P. es una función administrativa no nos resuelve el problema a los privatistas.

Hace Sanz Jarque una exposición muy completa de los fines de la C. P., pu-diendo verse que no se trata sólo de reorganizar la propiedad, sino de estructurar de nuevo las explotaciones agrícolas inyectándoles capital y técnica, creando un nuevo "clima". Aquí está el enorme interés de la C. P., es un esfuerzo gi-gantesco de racionalización, de tecnicificación. La zona sufre una verdadera ca-tarsis. Véase el ejemplo interesantísimo de Zúñiga (Navarra), donde la C. P. ha desembocado en un cooperativismo total agrícola. El pueblo se ha convertido en cooperativa de producción y de venta.

No cabe duda de que el objeto *inmediato* de la C. P. es, como dice el autor, el conjunto de relaciones jurídico-ímmobiliarias que sufren profundas alteracio-nes en su objeto (subrogación real). El principio general es el de la inalterabi-lidad de los Ds. reales y situaciones jurídicas, pero hay excepciones. La crítica que hace Sanz Jarque a la norma que priva de fe pública durante cinco años a las inscripciones de las fincas de reemplazo me parece acertadísima.

Muy didáctico llamaría yo el capítulo que dedica San Jarque a terminología, verdadero diccionario o guía de la C. P.

IV. Entrando en el tema del procedimiento encuentro en él apuntadas dos grandes posibilidades para el futuro: una la de la C. P. ligada a la expropiación forzosa, que implica combinar al máximo lo "técnico" con lo "social"; otra la de la C. P. voluntariamente realizada sobre la base de la unanimidad de los afectados. Las dos posibilidades están pendientes de desarrollo y me parece lamentable que aún no se hayan dictado los correspondientes reglamentos; el principio de la unanimidad creo que es excesivo; bastaría exigir una mayoría muy cualificada, de los 4/5 por ejemplo, para superar el obstrucionismo de los recalcitrantes; es decir, una mayoría más amplia que la del 60 por 100 requerida por el art. 9. Yo estimo que la C. P. privada podría llegar a tener gran impor-tancia sin costes para el Estado, con sólo conceder exenciones fiscales y algún incentivo de crédito agrícola; los Notarios y Registradores se encargarían de organizarla y dirigirla. Propongo que se reglamente tomando como pieza fun-damental al Notario y al Registrador.

El procedimiento ordinario es el que estudia Sanz Jarque con toda minu-ciosidad.

Capítulo interesante para el D. privado con aplicación inmediata en nuestros despachos es el de la indivisibilidad. Sanz Jarque pone orden en esta materia, distinguiendo la unidad mínima, de la unidad tipo, de la explotación de la em-presa y del patrimonio familiar, si bien yerra cuando considera la empresa como

conjunto de explotaciones. La empresa puede reunir varias haciendas o basarse en una sola; la explotación o hacienda es el aspecto objetivo, patrimonial de la empresa, aquello de lo que se puede disponer jurídicamente; la empresa es la envoltura institucional del fenómeno; es algo parecido a la dualidad familia-patrimonio familiar.

Pasando a detalles de técnica jurídica destacaré que para Sanz Jarque la sanción de la división producida es la nulidad. Esta es desde luego la tesis "agrarista", mientras que la "civilista" sería más indulgente. De una encuesta realizada entre notarios y Registradores por el I. E. A. S. resulta que las disposiciones de la L. U. M. C. no pueden tener aplicación práctica en el campo español, por eso yo me inclinaría a la tesis indulgente, hasta tanto se piensen los medios de viabilizar una ley de U. M. C.

Para ser completo, Sanz Jarque estudia también la permuta forzosa de fincas.

V. Como Notario me interesa lo relativo al acta de reorganización, en cuando ésta debe ser protocolizada por el fedatario que, con acierto, dice Sanz Jarque, será el que formó parte de la Comisión Local. Algunos como Pérez González y al parecer Vidal han sostenido que podría bastar el acta administrativa para inscribir. Y así es, en una visión libresca de las cosas, alejada de la realidad campesina; pero quién sepa la importancia de la Notaría y del Notariado en la vida rural española tendrá que dar por buena la previsión de que el acta conste en el protocolo donde en fin de cuentas está, para el labriego, la historia jurídica de su familia. ¿No es esta disposición de la L. C. P. un reconocimiento de la abnegación del Notario, uno de los pocos funcionarios que todavía persisten en los pueblos? Sin olvidar que la actuación notarial se paga a dos pesetas hoja...

El Notario mismo expide los títulos al Registro, realizándose una vez más aquí lo que exige la lógica: que cuanto pasa por la mano del Notario vaya indefectiblemente al Registro. Esta perfecta coordinación entre Catastro y Notaría y Registro es algo que podrá servir de modelo general. También estimo cierto que Sanz Jarque vea en la inscripción de las fincas de reemplazo una auténtica "inmatriculación" y que lamente la falta de plenos efectos frente a terceros.

Tras estudiar el Registro se refiere al Catastro, incidiendo en el conocido tema de su coordinación.

Gran interés reviste lo relativo a la "conservación de la concentración" que requeriría medidas más energicas para lograrse; desde luego, entre ellas la de hacer constitutiva la inscripción.

Por último, se hace un cabal estudio de las garantías y recursos así como del Servicio de Concentración parcelaria y de los demás Órganos encargados de llevarla a efecto: Consejo de Ministros, Ministerio de Agricultura, Comisión Central, Comisiones locales, Subcomisiones de trabajo, Comisión técnica.

Unos anejos colocados al final del libro nos acaban de dar una visión completa de todo el fenómeno de la C. P. incluso en sus detalles de procedimiento y realización.

VI. En conclusión, la obra de Sanz Jarque señala un momento importante en el desenvolvimiento del D. agrario español: en el momento en que sus temas

se estudian monográficamente, abarcándolos en todos sus aspectos, incluso en el de la organización administrativa, pero se estudian por juristas de derecho privado y con espíritu de tales. Así es como se debe ir formando un cuerpo de doctrina que sea la avanzada del D. civil y del D. hipotecario, una muestra de lo que éstos han de ser en el futuro.

ALBERTO BALARÍN

III DICTAMENES

Contrato de urbanización

28-VI-1956

C O N S U L T A

D. C. Ll. P., me ha informado de la existencia del contrato que luego se traspasó, entre él y doña M. M. F., propietaria ésta de una finca pinar antiguo en zona conocida con el nombre de *Cap de la Barra*, constituyendo la pendiente sur de la montaña que ciñe por norte dicho poblado, y a continuación (al este) de la finca análoga del señor G. Q. A. hasta el saliente de terreno que da nombre al paraje.

Acometieron—el consultante y dicha señora propietaria—hace un par de años, la empresa de transformar aquella propiedad montañosa en lugar adecuado para construcción de edificaciones, mediante las oportunas obras de urbanización; cuya realización constituyó causa final u objetivo de dicho contrato. Y sus propósitos, y sus aspiraciones de legítimas—y equitativas—ganancias las plasmaron en dicho contrato.

Han surgido interpretaciones desacordadas, con ocasión de la puesta en práctica de cuanto entonces suscribieron, y se hace precisa una interpretación técnica del mismo documento; cuya lectura detenida convence de la necesidad de este estudio aclaratorio, toda vez que aparecen mal avenidas cláusulas fundamentales del mismo, se echan a faltar otras que debieron consignarse, y adolece de defectos capitales en algunos puntos (como luego se irá explicando), nacidos, sin duda, de que no fué ningún Letrado (que son los únicos competentes en redactar contratos) quien lo escribió. En principio, la idea del negocio a emprender y de cómo ilustrarse ambas partes con él mismo, es sana y laudable; pero no compagina con esos sanos propósitos, ni mucho menos, cuanto entonces se firmó.

El ejemplar del contrato referido, que se me ha presentado, dice así:

«En la ciudad de Gerona a doce de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, en el domicilio del Agente de la Propiedad Inmobiliaria, se han reunido de una parte, doña M. M. F., asistida de su esposo don F. C., vecinos de Barcelona, y de otra, don C. Ll. P., vecino de ambos con capacidad legal para contratar, han convenido.

1.º Doña M. M. F. autoriza a don C. Ll. P. para que pueda *urbanizar y edificar* una parcela de tierra, conocida por «*Cap de la Barra*», situada en la playa de con una superficie aproximada de seis veintanas, equivalentes a unos trece mil ciento veinte metros cuadrados.

2.º Se fija el precio base de cincuenta céntimos el palmo cuadrado de terreno.

Don C. Ll., queda facultado para detallar y vender las nuevas parcelas, edificadas y como resultantes de la urbanización practicada.

3.º Los beneficios resultantes de las ventas detalladas se repartirán a medida que doña M. M. firme las respectivas escrituras de venta, y serán

a proporción al capital invertido en las mismas por las partes contratantes.

4.º Si don C. Ll. vendiese alguna parcela sin edificar, doña M. M. lo cobrará a cincuenta céntimos el palmo cuadrado, percibiendo, además, la mitad de los beneficios obtenidos de la misma.

5.º Siempre que una de las partes proponga vender un trozo de terreno, sea o no edificado, vendrá obligado a ofrecérselo a la otra en las mismas condiciones y precio.

6.º La duración de este contrato se fija por un plazo de diez años y llegada dicha fecha, una de las partes fijará el precio de los terrenos que queden, por si le interesa su adquisición, y en caso negativo quedarán adjudicados al peritador. Si las partes contratantes lo desean, podrán convenir una prórroga del mismo.

7. En caso de que se presentara alguna duda o discrepancia que pudiera originarse entre ambas partes contratantes para con respecto a la interpretación de cuanto se deja estipulado, se resolverá por dos amigables componedores, nombrados uno por cada parte y de un tercero elegido por estos en caso de discordia.

OBSERVACIONES.—Ambas partes contratantes se comprometen y obligan a cumplir fiel y estrictamente todo cuanto se deja contratado, y a este fin lo firman por duplicado y a un solo efecto, en el lugar y fecha ya señalado.—M. M., C. Ll.—(Firma ilegible del señor P).—Con mi venia marital, C».

El consultante me ha hecho saber también que se llevó a cabo (a sus costas) el levantamiento topográfico de un plano total de la finca objeto de esa empresa urbanizadora del Cap de la Barra, y que el arquitecto, señor B., proyectó el plano general de urbanización; asimismo, se han realizado ya a estas fechas obras de construcción de la vía anterior principal de toda la urbanización, junto con otras complementarias, así como transporte de varios materiales de construcciones. Me dice también que todavía no ha vendido—él—ninguna parcela, y que tan sólo vendió la señora propietaria dos trozos de terreno, haciendo la operación en Barcelona, sin previo aviso.

Para completar los datos e informaciones que me han sido proveídos, para cuanto se razona en todo este dictamen, he de consignar que teniendo esta finca tan sólo un acceso de senda rústica a través de la finca antigua del señor P., se concertó (por el consultante) la autorización oportuna para utilizar el camino más ancho, rampa apta para transporte de camiones que ese señor ha construido en su finca, mediante un importe convenido entre el señor Ll. y dicho D. G. Q.

Y vamos ya con el solicitado.

D I C T A M E N

Para el adecuado desarrollo, estudio y resolución de todos los problemas que surjan de ese contrato, se ordena este estudio, mediante epígrafes sucesivos, cuyas conclusiones se resumen al final, para dar una interpretación sintética, y se expone la redacción ortodoxa que debió darse a las cláusulas que tan poca conformidad guardan con el espíritu proclamado en las «observaciones» finales del mismo texto contractual.

TIPO DE CONTRATO.—Huyendo intencionadamente de disquisiciones teóricas, poco oportunas en una consulta que persigue claridad expositiva en la respuesta que dé, se hace, no obstante, preciso comenzar por este punto, pues nos dará luz frente a las variadas sombras que iremos encontrando en dicho contrato. Trataré de expresarme en términos llanos, corrientes, sin megua de la calidad profesional que debe mostrar cuanto aquí vaya escribiendo.

D. C. y doña M., aquél, industrial constructor de obras, y ésta última, dueña de una finca de montaña en el Cap de la Barra de, pensaron, o concibieron, que un dos, aportando aquél su competencia constructora y sus relaciones comerciales, y ofreciendo ésta el terreno ya dicho, lograrian revalorar esa zona, multiplicar su reducido valor de monte o yermo (según zonas), embellecer el paraje, y alcanzar justas ganancias cuando se vendiesen tales terrenos ya edificados o urbanizados.

Ese fué el móvil de ponerse en relación primero, tratar después y concuir por firmar el documento o contrato que se ha copiado. No llamaron, ni por un momento «sociedad» a este proyecto de aportar tierra (dueña) y su industria (constructor), porque, sin duda, entendieron que no procedía ligarse tan estrecha y complejamente. Si hubieran determinado formar una sociedad ¿de qué tipo hubiera sido? (la cuestión no resulta inútil digresión, por cuanto se verá luego).

Es aspecto económico real, era y es: una aportación fija, predeeterminada, por parte de la señora M.: el terreno, ni más ni menos: invariable Y una aportación imprecisa, o mejor dicho, variable: industria de urbanización, o, acaso más claramente, *actividad* de urbanización por el señor Ll. No cabe duda que esta segunda aportación era muy distinta (no decimos ahora si más valiosa o menos) que la anterior, pues se podía concretar a urbanizar simplemente (cuyo significado después se concreta) o a edificar. Y, tanto en un caso como en otro, la finalidad negocial era para vender. No perdamos de vista este objetivo contractual, porque nos descubrirá la verdadera estructura del contrato. Es decir, que se parece (por esa diversidad de aportaciones) a una asociación en comandita. Pero..., simple parecido. Porque ni hubo sociedad, ni ante terceras personas responsabilidad conjunta, ni otros particulares se dan aquí que apoyen esta catalogación como sociedad.

Por ser la FINALIDAD PARA VENDER el móvil económico de estos pactos, podemos afirmar rotundamente desde aquí, que estamos ante un contrato especulativo, de ánimo de lucro, *mercantil* por todos sus lados. El que no se halle catalogado *expressim* en el articulado del Código de Comercio (tampoco en el C. c.), no ha de preocuparnos para huir de esta calificación de contrato mercantil. Es industrial el señor Ll.—cuya pericia y negocio ha sido el alma de este contrato—y la meta de «revender» apoya claramente esta afirmación o calificación.

Pudiera pensarse..., por un momento..., en que semeja un contrato de «cuentas en participación», constituida ésta por la que en terrenos hace la señora M. Pero a poco que se medite se sale de tal equívoco, pues falta también el someterse la señora M. a posibles resultados adversos (mácula ésta de las sociedades, como de este tipo de contratos), ya que

ella... lo más que puede ocurrir que no lleguen a venderse las parcelas; pero no perderá, el terreno seguirá siendo suyo. De la propiedad o derecho sobre las edificaciones o urbanizaciones, para tal evento, se hablará más adelante. En cambio, el señor Ll. arrostra el riesgo de ir gastando (urbanizando y edificando) y que no lleguen a venderse. Partirse las ganancias, y excluir a uno de los contratantes (propietaria) de las pérdidas..., sería leonino. Tan sólo cabe excluir de las pérdidas en las sociedades irregulares al socio que aporta meramente trabajo; aquí los dos aportan capital (luego se concretará). Ello nos disuade de creer sea un caso de cuentas de participación.

Pensemos una vez más en la finalidad: REVENDER PARCELAS. Sin duda, que para ir parcelando la finca tal como está antes de contrato, salvaje y sin cuidado alguno..., no hubiera buscado la propietaria a un constructor de obras (en cuanto tal), sino, a lo más, a un agente de fincas o comisionista. Pero, en este caso, continuando con la idea de revender, y enamorada la dueña del terreno de lograr esta operación mucho más crecida en lucros, buscó al constructor «precisamente por serlo», para ganar más.

Recordemos siempre ésto, y sigamos.

Pero aquí no se trataba únicamente de lograr ver transformado el antiguo bosque en bonita urbanización (sólo trazada y parcelada, o incluso edificada), lo cual hubiera sido un corriente y moliente contrato de «construcción de obras», como el que hace cualquier hijo de vecino que desea construirse una casa, para habitar o para alquilar. No: el caso ofrece matices decisivos distintos. D. C. habría de urbanizar y edificar, como operación intermedia apetecible para mejor vender, y partirse los beneficios, como luego se explicará más detenidamente. Por ello aquí no hubo un precio estipulado (ni global ni por unidades de obra o tiempo) que hubiera de pagar la señora M. al señor Ll. Ni ésta señaló o dió un plano de construcción o urbanización, sino que nada se dijo, porque habría de ser el señor Ll, quien cargase con pensarlo y realizarlo.

¿Fué un contrato de suministro? Es decir, ¿de ir vendiendo terreno la señora M. al señor Ll.? La simple lectura de las cláusulas del contrato demuestran lo contrario. No asumió el señor Ll, la dirección autónoma del negocio, pactando o asegurándose «tantos metros de terreno por año», ni prometiéndole ésta venderle terreno. La primera idea, clave del contrato, fué vender «a extraños» y «duego de la edificación». Lo cual no está refido con que pudiera comprar Ll.—en iguales condiciones que un extraño— como se pensó en la cláusula 5.º, ni se fijó una retribución (precio) fija para la propietaria, ni tampoco escalonado a modo de contrato de escala móvil. Las eventualidades del negocio irían concretando los resultados o ganancias del mismo, en proporción al capital invertido en cada lugar por ambas partes (art. 3.º). Punto que luego se estudiará más por menudo y que aquí basta con referir.

Cabe pensar por un momento si se trata de un contrato de comisión; pero se desvanece esa idea al recordar que la venta de los terrenos había de ser precisamente urbanizados o edificados. Y ningún comisionista que sea simplemente tal realiza esas funciones industriales intermedias: en algún caso lleva a cabo envasado de líquidos, empaquetado de mercade-

derías, o análogas; pero meterse a transformar el objeto del contrato, desvirtúa la tipicidad del contrato de comisión por completo. Ni puede un comisionista comprar para sí lo que haya que vender, salvo licencia expresa; y en nuestro caso, cabe que compre para sí (con el freno de la previa oferta a la señora dueña del terreno, que viene a ser un freno de vigilancia). Y yendo por este camino, también excluiremos la calificación de contrato de corredor o intermediario; quien realiza tales trabajos busca solamente poner en relación a una vendedora y a un comprador; en eso se agota su tarea. Jamás tiene que edificar él, o urbanizar. Y aún hallaríamos otras muchas diferencias, pero parecen sobradamente claras y decisivas las consignadas.

Aunque se nos tilde de machaconería, repetiremos aquí—por no olvidarlo—que lo que buscaban ambos contratantes era llegar a vender parcelas urbanizadas o edificadas.

Tampoco ha comprado el señor Ll. los terrenos de la señora M., aunque se haya fijado un precio base de 0,50 pesetas el palmo cuadrado; los terrenos siguen siendo de la misma señora. Ese tipo de valoración es un módulo tan sólo para cuentas de resultados, que después se explicarán.

Por cuanto se lleva dicho, venimos a parar a que lo que sí ha habido es una entrega para urbanizar y luego vender. Es decir, que nos encontramos ante un tipo de contrato innominado del género que los romanos llamaban de *do ut facias* (doy, aporto, para que hagas algo; en nuestro caso: edificas y luego vendamos), siendo tan importante la finalidad última (vender) como el camino medio (urbanizar). Y, precisamente, con gran parecido con el llamado contrato estimatorio. Consistía éste en que una persona dueña de una cosa la entregaba fijando un valor (*aestimatio*) para que la vendiese, continuando, aquella dueña de la misma, y en caso de no venderla, restituirla; era frecuente señalar una retribución (ordinariamente fija), y entonces sería arrendamiento de servicios; pero otras veces no era fija, sino que dependía del resultado (beneficios) que se alcanzase, incluso de determinada elaboración, y entonces estamos claramente en un tipo de contrato innominado, a la par estimatorio y especulativo, o mejor, estimatorio industrial, exactamente igual al que nos ocupa. El jurisconsulto Gayo refiere un caso así en su libro X de «Comentarios al Edicto»:

«...si yo te hubiera dado vestidos para lavarlos o componerlos... si se hubiere hecho el negocio con la intención de que después se daría a título de retribución tanto cuanto entre nosotros se hubiera fijado, parece bien que, como negocio nuevo, se diera la acción *praescriptis verbis*».

D-XIX-V-22.

es decir, que se admitiera por válido como contrato perfectamente legítimo, con fuerza de obligar (que es lo que quiere decir eso de «dar acción»).

Y, también, cuanto últimamente se dice, tiene gran semejanza (fondo o mecanismo económico análogo) con las aparcerías pecuarias, que muestran afinidades enormes con los contratos asociativos; porque hay una aportación del ganado (aquí tierra) que se valora, y un trabajo de cuidarlo

y un gasto de alimentarlo (en este caso urbanizar y edificar), partiéndose luego los resultados o beneficios líquidos. En este ejemplo los romanos veían ya preponderante el carácter asociativo y concedían la *actio pro socio*.

«...*quum pecus in comune pascendo...*» (D. XVII-II52-2.º)

La citas que anteceden no tienen misión de erudición, sino de ayudarnos de ellas como fuentes, dado que en Cataluña el Derecho romano es *fuente subsidiaria de Derecho*; y en Cataluña ha nacido y se desarrolla este contrato.

Todo cuanto se va explicando nos conduce a precisar ya cuál es el tipo de contrato que hemos de explicar y desentrañar: y orillando sutilezas aborrecidas y menospreciadas se puede concretar diciendo que:

EL CONTRATO DE URBANIZACIÓN DEL CAP DE LA BARRA ES UN CONTRATO:

- a) mercantil atípico.
- b) del género estimatorio e innominado,
- c) y carácter industrial
- d) con causa mixta (urbanizar y vender),

y no un modelo extraño, sino uno de los variadísimos que la vida y desarrollo económico va imponiendo, continuamente resueltos y *admitidos como válidos por el Tribunal Supremo*, entre cuyas sentencias bastará citar aquí (sin precisar copiarlas) las de 19 de junio de 1913, 8 de febrero de 1940 y antes 7 de abril de 1926, la de 9 de junio de 1932 y otras múltiples.

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.—La letra escrita en el mismo y concretamente las «observaciones» finales, publican que por ambas partes se deberá cumplir FIEL Y ESTRICITAMENTE TODO; y añade con elocuente dicción que: «A ESTE FIN LO FIRMAN», como para poner de relieve la trascendencia del documento entre las partes, a la par que dejar constancia (como estas palabras ahora escritas con letras capitales) del espíritu de buena fe que, sin duda, presidió su redacción, e incluso de la ilusión que por el negocio a comenzar juntamente, aliándose de esta manera, sentían ambos firmantes.

Pero el espíritu proclamado no queda servido por cláusulas claras—y menos completas—, por lo que habrá que tratar delgadamente esta materia toda, y desentrañar su significado todo y contenido. Por lo que, muy conveniente cosa es que también el Código de Comercio proclama (a. 57) que:

Los contratos de comercio se EJECUTARÁN y CUMPLIRÁN de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, SIN TERGIVERSAR con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, *propio y usual* de las palabras, dichas o escritas, NI RESTRINGIR LOS EFECTOS que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

FACULTADES DEL SEÑOR LL.—Dice el texto del contrato (art. 1.º) que se le autoriza para URBANIZAR y EDIFICAR. Y ciertamente es muy difícil precisar el significado exacto de uno y otro verbo o actividad.

Porque la primera palabra, URBANIZAR, significa, según el Diccionario de Arquitectura de Dora Ware y Betty Beatty.

«Convertir en ciudad o población una porción de terreno, abriendo calles y dotándolas de los servicios municipales».

Y según el Diccionario de la Academia de la Lengua, tiene análogo significado, ya que entiende por tal:

«Convertir en poblado una porción de terreno, o prepararlo para ello, abriendo calles y dotándolas de luz, empedrado y demás servicios municipales».

que es la definición que copia—al pie de la letra—la enciclopedia Espasa. No merece que nos detengamos demasiado en explicar el significado de esta palabra, pero si conviene poner de manifiesto que es más completa, y más explícita, la definición última (de la Ac. L.) porque dice: a) convertir en poblado... b) prepararlo para ello. Con lo cual se advierten ya dos posibles grados de ejecución: el meramente urbanizador del suelo, o el de, además, edificar.

Qué sea EDIFICAR no precisa aclaración. Lo interesante para el caso es que en el contrato se incluyó también la facultad de «edificar». No se olvide esta laudable claridad de texto contractual.

Pero, además (art. 2-2.º), también queda FACULTADO para DETALLAR y VENDER las nuevas parcelas..., etc.

Y aquí estamos claramente ante un poder para contratar enajenaciones o ventas; no será él mismo quien suscriba las escrituras, porque esta misión se reserva doña M. (art. 3.º), pero el papel de esta señora, en tales escrituras, entendemos que es meramente automático, o sea que concretada una venta por Ll, y cerrado trato con el comprador, doña M. tiene obligación de firmar. Esta desprédese del IUS DISPONENDI en favor del señor Ll, refrenda la autonomía negocial de este último, porque solamente así, con esta libertad de obrar, comprometiendo a la propietaria ante posibles compradores, es como puede actuar airosoamente el señor Ll. Es decir, es un caso de los llamados—precisando vocabulario jurídico—de AUTORIZACIÓN: o sea, más que un simple «mando» (que quedaría dentro de relaciones *inter partes* tan sólo), y sin llegar a ser un «poder» en cuyo caso podría el señor Ll. firmar las escrituras de venta; que exigiría, además, haberles dado ante Notario —por art. 1.280 del Código civil— esta autorización legítima al señor Ll., tanto frente a doña M. como frente a los compradores, o sea, que lo que contrate venderse por el señor Ll. habrá de venderlo doña M. tanto si le place, como si le disgusta. Aquí radica la particular calidad jurídica de esta forma adoptada de AUTORIZACIÓN. En una sentencia de 14 de junio de 1954, resolvió la Audiencia de Barcelona, en pleito, abundando en esta misma inteligencia de lo que es «autorización».

Pero hay que añadir un dato más: *solamente el señor Ll.* puede detallar y vender, o más propiamente, concertar las ventas. Exige esta limitación el hecho de que en todo negocio ha de haber una dirección única y total, pues yendo cada uno por su lado, se desmorona toda empresa; y de los términos y de la inspiración del contrato, se ve claramente que la dirección y decisión queda en manos del indus-

trial y no del dueño del suelo. Pero es que, como acaso pueda chocar esta rotunda afirmación que aquí consigno subrayada (de que sólo Ll. puede concertar las ventas), y deseo apoyar con toda clase de argumentos tal aseveración, para que pueda ser leída en todo lugar, ampliaré las razones.

Se ha expuesto al estudiar el tipo de contrato que era con CAUSA MIXTA: para vender, una vez edificado o urbanizado, o sea, por separado, dos razones:

1.^a Para vender luego de urbanizado o edificado.

2.^a Se urbanizará para vender.

y van tan ligadas una y otra cuestión, que se hacen inseparables. Por dentro, cualquier acto de oposición de cualquiera de los contratantes a esas dos operaciones (ventas y urbanización funcional) sería quebranto del contrato. Negar la venta la propietaria, ya se ha dicho que no puede; tampoco se puede resistir a vender el señor Ll., si es él quien concierta la operación o da su aprobación (ocasional y extraordinaria, una para cada vez, y excepcionalmente) para la concertada por la propietaria. Pero ahora no hablamos del sumando VENDER, sino que nos detenemos en el de URBANIZAR o EDIFICAR. La propietaria no puede evitarlo por la sencilla razón de que se comprometió y autorizó al otro contratante a hacerlo; y, además, porque como en esas operaciones industriales lleva el señor Ll., por un lado, una justa ganancia como constructor (luego se puntualizará) y, además, lo que él invierta ya va a servir como módulo para determinar la parte de beneficios, si se le impide urbanizar, se le frustra por lo menos el beneficio industrial, y se le mengua (si todavía no ha intervenido 0,50 pesetas en costos de urbanización) la parte alicuota en el beneficio total de venta.

Pues bien, si obrase la propietaria del terreno como vendedora, naturalmente resultaría que impediría la urbanización, con las consecuencias perjudiciales para Ll. que acaban de explicarse. Y entonces estaríamos claramente en un caso en que el cumplimiento de un contrato quedaría al arbitrio de una de las partes, que es cosa prohibida plenamente por el artículo 1.256 del Código civil.

Además—en el supuesto de arrogarse doña M. facultades que tiene suspendidas y cedidas al señor Ll.—, las consecuencias serían para ella muy graves; porque los daños y perjuicios originados serían: la aparente «desautorización» ante el público comprador de lo apalabrado o concertado por el señor Ll.; los gastos adelantados por éste en el planeamiento proyecto técnico de toda la obra de urbanización, y otros varios.

En un contrato de este tipo, donde hay—como se dijo—una especie de subsuelo asociativo parciario, y siempre un armazón de *do ut facias*, así el que puso el terreno en disposición del *facere*, impide luego este hacer..., claramente se ve que infringe el contrato. Y exige éste unidad de dirección desde el principio. Otra será (y ya trataremos después) de la rendición de cuentas que corresponda dar por el señor Ll. a la señora M. Pero ésta, en virtud de lo estipulado, pedido por la esencia e inspiración misma del contrato, nada tiene que entrometerse

en facultades exclusivas del señor Ll., cual ésta de detallar y vender, o más propiamente concertar las ventas de las parcelas resultantes.

Decir que el señor Ll. «puede» edificar y urbanizar parecería casi repetición, porque precisamente para dar cauce al mejoramiento del antiguo bosque se firmó este contrato. Afadir que «sólo él» puede hacerlo, también se desprende de la simple lectura del contrato: y cualquier otra hipotética intromisión de otra persona en tales quehaceres sería usurpación de facultades, y cosa que no ha de ocurrir.

OBLIGACIONES DEL SEÑOR LL.—Todo el contrato gira en torno a la urbanización soñada por ambos contratantes, y encomendada, como industrial constructor de obras, a D. C. Aquí está la clave de bóveda de todo el contrato. Sin urbanización no habría causa del mismo, y quedaría muerto.

Por ello, la *primordial obligación* del señor Ll. es ésta: *urbanizar*. Y a su costa, porque la aportación económica de la propietaria queda reducida al terreno (como con el rebaño en la parcería pecuaria), y todo lo demás es de cuenta del otro contratante. Merece nos detengamos un poco en este punto, ya que abarca la médula toda de las relaciones de negocio entre ambas partes.

¿A qué marcha? ¿Con qué ritmo tendrá que urbanizar el señor Ll.? Es éste un punto difícil, porque el contrato calla todo este punto, porque si bien pone un límite decenal de duración del mismo, también habla —como se explicará más adelante— (art. 6.º) de los terrenos que queden; dice (bis) que han de cumplir estrictamente en contrato; pero éste ceñirse con precisión al mismo..., falla por falta de medida concretada, tantas parcelas por año, o tantos metros cuadrados, etc... No, nada se dijo de ello. Y no cabe duda de que es materia crucial e importantísima esta del ritmo de urbanización, porque si se anda a paso de tortuga..., ¡adiós gran negocio de venta!, y si se pretende una marcha constructora tipo americano, para tener todo en tres meses (pongo por ejemplo), resultaría que D. C. tendría que aplicar tal cantidad de operarios, maquinaria y medios industriales que seguramente ni pensó, y acaso estén por encima de sus fuerzas como industrial.

Por ello hemos de buscar otros medios de orientación que nos aclaren este apartado.

Es principio general de Derecho que el que ha de prestar una obligación de hacer, realice su compromiso por lo menos con *pillegencia quam in suis rebus adhibere solet*, lo que en cristiano significa: con igual interés y diligencia y cuidado que pondría en sus exclusivos asuntos. Y ello, seguramente, por la razón de que la amplitud de la «autorización» al señor Ll., dada por la propietaria (que más arriba se explicó), supone y exige una confianza ilimitada; ha de prestar la responsabilidad de estos términos. Y paralela ha de ser la marcha y empuje de la industria de urbanización.

Pero éste módulo nos ayuda a encuadrar la calidad, o esmero en los trabajos del señor Ll. en esta tarea de urbanizar el Cap de la Barra. No nos basta, sin embargo, lo dicho para medir «el paso de marcha» o velocidad de urbanización. Y sin duda que este extremo es enorme-

mente importante, dado que para que *Ll.* se cruzase de brazos no le buscó la señora *M.* Precisamos recurrir a otro punto de referencia, y éste es el de la duración del contrato: **DIEZ AÑOS**. Ergo... parece lógico suponer que cada año se urbanice **UNA DÉCIMA PARTE** al menos de toda la finca. No obstante, como las obligaciones contractuales deben cumplirse **SEGÚN SU NATURALEZA** (art. 1.258 del C. c.) en este caso se debe pensar en que varias de las operaciones de urbanización irán escalonadas, por ser preciso primero, las de abrir vías, luego, las de roturar y desmontar, explanaciones, etc., y será posible (desconozco si así ya ocurriendo efectivamente) que en los dos primeros años no se logre todavía tener ni un metro cuadrado completamente urbanizado; pero que, en cambio, al cuarto año se tenga, de golpe, completamente urbanizado, no ya un décimo del total, sino acaso varios décimos o una tercera parte más. Sería forzar las cosas y obrar **CONTRA NATURALEZA** el buscar una terminación de urbanizaciones, año por año, en décimas partes del total. No; el plan que parece desprenderse es que al cabo de los diez años esté todo terminado, procurando regularidad en todo ese período, pero sin la rigidez controlada de pretenderla desde el primer mes o año.

A pensar así ayuda también el mismo texto del contrato, en cuyo artículo 6.^o se habla de «los terrenos que **QUEDEN**», con lo cual se puede entender los que queden sin vender, tanto si están urbanizados como edificados: el «queden» se refiere, sin duda a «sin vender», puesto que el lograr esta venta final fué el norte de los contratantes.

Decíamos que sólo el constructor señor *Ll.* podía llevar a cabo estas obras. Y aún añadiremos más: el señor *Ll.* *no puede ceder este contrato a nadie*, porque con él, y por ser él precisamente, se concertó: es decir, que sobresale tanto el aspecto personalísimo, que no hay aquí una cuestión meramente crediticia o pecunaria, sino una vinculación empresarial más amplia. No hay un deudor y un acreedor, sino dos contratantes, de los que uno—determinado, concreto—dirige y gobierna, y realiza y gasta y construye. Y a la señora *M.* no le es lo mismo que éste sea *D. C.* o que sea otra persona. No debe con ello entenderse que sea personalmente *Ll.* el encargado de edificar: podrá buscar otros auxiliares, deberá requerir (como ya ha hecho) el auxilio de técnicos (arquitecto y topógrafo), podrá incluso contratar con un maestro de obras que le haga una parte determinada, un camino o un edificio o vía; pero siempre siendo él el capitán, el naviero mejor dicho, del negocio; el director de la urbanización y el responsable de su ejecución ante la señora *M.* Si se quiere un apoyo legal de estas afirmaciones bastaría citar, por analogía el 261 del Código de Comercio. No cabe delegación; ni tampoco asociación con otro «en tales cometidos». Son ajenas a este contrato las combinaciones financieras que quiera—pongo por caso—contraer o realizar el señor *Ll.* Pero dar parte del mando, delegar en otra persona su compromiso de lograr la urbanización, no puede hacerlo sin expresa autorización de doña *M.*, lo cual significaría, ciertamente, una verdadera novación de contrato (C. c. 1.205).

VALORACIÓN DE LAS URBANIZACIONES.—Para no dislocar la ordenación

de materias que se siguen en el presente dictamen, se hace necesario estudiar ahora este aspecto económico del contrato, base para hacer cuentas entre ambos contratantes, y distribuirse las ganancias que esperan alcanzar.

La obra terminada (sea el conjunto, o una parcela aislada) tendrá como valor la suma del SUELO más URBANIZACIÓN. El primer sumando es ya conocido, porque se fijó: justamente en 0,50 pesetas el palmo cuadrado. No hay que discutir más.

¿Cuánto costará la urbanización? Habrá que sumar una serie de partidas, que nos determinen el COSTO DE PRODUCCIÓN, o sea: la suma de las

«partidas que se relacionan directamente con la terminación de la urbanización hasta conseguir las parcelas adecuadas para venta (como sin edificación)»,

que es el criterio mantenido por J. L. DOHR-H. A. INGHRAM (Contabilidad de Costos); y siguiendo la orientación de CHARDONNER (Technique comptable approfondie), W. BYRNES y K. L. BAKKER (Contabilidad aplicada). Para lo cual nos bastará recordar como operaciones normales de urbanización las recogidas—verbigracia— en el artículo 10 de la Ley de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, que habla de alineaciones y nivelaciones, vías, espacios libres, servicios de agua, alcantarillado y alumbrado, etc. Por ello, desde el punto de vista de técnica mercantil, cabría distinguir todos estos conceptos, en nuestro caso, sistematizados así:

U. Costo urbanización.

U—1. Vías de acceso y las interiores (computando en las primeras tanto si se compran como derechos de paso pagados).

U—2. Acomodación de los terrenos.

U—21. Roturación y desbroce.

U—22. Excavación y terraplenado.

U—23. Muros y contrafuerte.

U—24. Espacios libres.

U—25. Conducciones de agua, electricidad y alcantarillado.

U—26. Encintado de perímetro o parcelas.

.....

U—3. Edificaciones.

U—31. Excavación cimientos.

U—32. Muros.

U—33. Estructura total edificio.

U—34. Albañilería.

U—35. Techado.

U—36. Carpintería.

U—37. Fontanería.

U—38. Pintura.

U—39. Instalaciones complementarias.

.....(varios.)

U—4. Margen beneficio industrial de construcción, siendo esta última partida (U—4) la que merece explicar, por si se dudare de su oportu-

tunidad en incluirla. Porque hay que pensar y demostrar que en el contrato que nos ocupa se habla de repartir los beneficios finales, pero no se impone el señor Ll. por ningún lado que proporcione una urbanización a precios inferiores a los que computaría a otro cualquier vecino. Recuerdo al efecto aquel texto de las Instituciones de Gayo que dice: «...quia saepe opera alicuius pro pecunia valet» (frecuentemente el trabajo de un hombre equivale al dinero).

(Ins-III-XXV-2.)

por lo que entiendo que la remuneración de dirección técnica de construcción del señor Ll. debe incluirse como elemento de costo. No, en cambio, el beneficio industrial de venta, pues esto pugnaría con la incorporación del valor urbanización al valor suelo, para, juntos, enajenarse y buscar un beneficio conjunto.

Dentro de cada uno de esos consignados como sumandos del costo de urbanización, entra naturalmente el importe de los materiales, los jornales respectivos y los gastos generales (oficina, administración, transporte, etc...), pero ya son puntos internos de administración industrial que no hemos de detenernos en explicar. Bástenos con indicar lo que acaba de consignarse: que hay que computarlos.

Por si se ofrece la duda diré que no hay que computar los gastos o costos financieros: es decir, el interés del capital invertido por el señor Ll. en todos esos elementos y operaciones de construcciones, pues tiene su premio y remuneración en el reparto de la ganancia final; ni tampoco lo que se llama costo COMERCIAL, que comprende los desembolsos y gastos de traslados, gestiones de venta, publicidad, etc., etcétera. Por la magnitud—no gigante—del negocio concreto de la finca del Cap de la Barra, hay que pensar que serán cantidades muy exigüas las que en tales menesteres se inviertan, y que esos pasos se darán seguramente a la par que resuelve el mismo constructor otros aspectos de distintos negocios suyos, por lo que sería extremado, y muy difícil de computar exactamente:

EL REPARTO DE BENEFICIOS.—Hay que distinguir, porque el contrato lo regula por separado, entre parcelas sin edificar y las edificadas. En el artículo 4.^o habla exactamente de «sin edificar», pero hay que entender que debe decir «sin ni siquiera urbanizar», pues si se aferrase la interpretación al pie de la letra resultaría que como se vendiese alguna parcela sin edificar, pero urbanizada D. C. iba a sacar lo mismo que si no hubiera gastado un céntimo en urbanizarla: aun cuando se le reintegrase el costo (U), porque la mitad del beneficio sería (?) para la propietaria. Parece poco equitativa tal solución. Lo que se desprende del contrato (art. 3.^o y 4.^o) entiendo es esto otro:

I. parcelas sin urbanizar

$$Pv - S = B.$$

o sea: precio de venta (Pv) menos valor del suelo (S = 0,50 ptas. palmo) nos da el beneficio bruto. Percibiendo la propietaria primeramen-

te, de S (0,50 ptas. palmo) y luego, la mitad del $B.^o$; y Ll. la otra mitad del $B.^o$.

II. parcelas urbanizadas

$$Pv = (S + U) = B.^o$$

significando las letras lo mismo que en el anterior y siendo el U el costo de Urbanización. Que luego se repartirá dicho Pv , comenzando por *retirar*:

la propietaria sus 0,50 ptas. palmo (S)

Ll., su costo de urbanización (U)

y recibiendo cada uno, como cuota, parte del $B.^o$, lo que corresponda a

$$\begin{aligned} & S \\ \text{D. a. M.} &= \frac{S}{S + U} B.^o \\ & U \\ \text{D. C.} &= \frac{U}{S + U} B.^o \end{aligned}$$

III. parcejas edificadas

Igual fórmulas que en el caso II de sólo estar urbanizadas, porque se incluirá en U el concepto $U-3$.

Tanto en el caso de sólo urbanización como en el de edificación, debe incluirse siempre el $U-4$, conforme se ha razonado y explicado.

Ejemplo numérico de parcela urbanizada.

Precio de venta a 4 ptas. palmo; costo de $U = 1,50$ ptas., resultará: $B.^o = 4 - 0,50 + 1,50 = 2$ ptas. palmo. Correspondrá repartirse.

Propietaria:

$$\begin{aligned} \text{a) } S &= 0,50 \\ & S & 0,50 \\ \text{b) } B.^o &= 2 \times \frac{0,50}{0,50 + 1,50} = 0,50 \quad \dots \quad 1,00 \quad \text{ptas.} \\ & S + U & 0,50 + 1,50 \end{aligned}$$

Constructor:

$$\begin{aligned} \text{a) } U &= 1,50 \\ & U & 1,50 & 1,50 & 3,00 \\ \text{b) } B.^o &= 2 \times \frac{1,50}{2} \\ & S + U & 2 \\ & & & \text{Suman P. V.} = 4 \end{aligned}$$

Las cantidades de costo de terreno (S) y de costo de urbanización (U) son pura y exactamente lo que en el contrato se ha designado con el nombre de CAPITAL INVERTIDO (art. 3.^o).

A QUIÉN PERTENECE LA URBANIZACIÓN ANTES DE VENDERSE.—No parecía completo este dictamen si quedase omisa esta cuestión que—en la posible larga duración decenal pactada—puede presentarse, relativa al dominio de todas las obras de urbanización; las cuales, indudablemente, van a ser mucho

más costosas que el mismo suelo. Y han de ser sufragadas, pagadas, por el señor *Ll.*

Quiero remachar aquí un concepto ya expresado en partida U-1 y es que indudablemente (si no ha habido acuerdo especial en contrario, posterior al contrato) los gastos de hacer el *camino de acceso*, bien sea comprándolo en propiedad, o en servidumbre, o como derecho de superficie mediante canon, *ha de pagarlos el señor Ll.* Luego, ya se rehará o resarcirá de esta inversión al repartirlo o cargarlo en el costo *U*; pero a él le compete el hacer esa inversión lo mismo que el ir pagando materiales, jornales, gastos varios de la urbanización etc. etc.

Firme esto, sigamos averiguando a quién corresponde la propiedad de todas esas obras. Es preciso excluir aquí toda referencia a las reglas legales de accesión en inmuebles. Porque no nos sirven; y no nos sirven por la sencilla razón de que hay otras normas (contractuales) que pueden resolver el problema. No se eche en olvido que el *contrato* tiene fuerza de *ley entre las partes* (C. c. 1.091). El supuesto de hecho es aquí diferente que en las reglas de accesión ya que estas han sido dictadas con finalidad subsidiaria, para aquellos casos en que no existía una relación jurídica o —más propiamente— negocial, previa. Así lo recogió el Tribunal Supremo en su sentencia de (julio 1925):

«Solamente decide en caso de INCOMPATIBILIDAD cuál sea el dominio privilegiado.»

pero no se da aquí incompatibilidad, antes al contrario, se desea y se ha buscado esa simultaneidad de «suelo de uno» y «edificación por otro», como magníficamente armonizable. Y es que, sin duda, cada parte es dueña de una cosa (terreno, edificio u obra de urbanización). No hay ninguna violencia doctrinal ni teórica en admitir esta pluralidad de dominios jurídicamente separados, como se admite la propiedad de pisos diferentes en una misma casa. Pudiérase pensar en un derecho de SUPERFICIE del constructor sobre el suelo de la propietaria; pero faltan circunstancias muy trascendentales para darle esta interpretación: en primer lugar, este condominio por partes distintas, va a ser transitorio «mientras no se enajene»; falta aquí una retribución a *solarium* (en una vez c sucesivamente, con periodicidad); falta también un acto expreso de constitución del mismo. que hubiera de hacerse en escritura pública (que aquí no hubo), etc.

Destaca, la finalidad de esas urbanizaciones, como norte del contrato, es decir, «construir o urbanizar PARA vender», con esa distinción; ocurre (lo que aquí es con carácter transitorio no más) lo mismo cuando entre dos fincas de un mismo propietario, no lejanas, se impone la llamada servidumbre de padre de familia: que se les dé una destinación, acomodación a un fin económico determinado, de la que el Derecho no puede estar ajeno. Y no pugna esto por ser dos propietarios distintos los que hagan esa común destinación; se parecerá más al caso de una mezcla. Es decir, algo parecido a la comixtio del 382 del Código civil, pero en que no se daría una proporcionalidad de valores, sino una distinción de do-

minio físicamente identificables; inseparables materialmente las cosas (urbanización y fundo), pero geométricamente fáciles de designar. La analogía con el caso de las casas por pisos, es más manifiesta que la de la *commixtio*.

De esto último lo que interesa aquí subrayar es que *cada contratante es dueño de su aportación* o capital invertido, pero que ambas tienen un destino económico, y jurídico cual es el llegar a venderse. Tanto es así que en proporción a esos dominios respectivos se hace la distribución de beneficios y de costos previamente. Por ello aquí no aparece—jurídicamente—cuál sea la cosa principal o accesoria (terreno o urbanización). Estamos fuera de las normas de accesión; tienden éstas a reducir la pluralidad de titulares en la cosa común a uno solo, sacrificando al otro, con equitativa indemnización. Es orientación jurídica el evitar las titularidades conjuntas; pero aquí no hay conflicto, antes se buscó esa alianza negocial de «ir juntos hasta vender todo», y sobran las referencias de esas normas. Tampoco hemos de invocar el 361 para decir que—por verbigracia—la propietaria del suelo no puede hacer suyas estas obras sin pagarlas previamente, que es lo que sanciona el 361 del Código civil y refrenda el JUR particularmente en

18 de marzo de 1948—«...si el dueño del terreno opta, al amparo del artículo 361, por adquirir la obra. No la hace suya en tanto NO SATISFAGA la indemnización ordenada por la ley».

Lo mismo en (D—XII—6 33).

Y, además, en nuestro caso ya queda referido (pero no aclarado) en el artículo 5.^o, la preferencia de compra, que resolvería problema cual este jurisprudencial. Mas no del todo exactamente igual, dado ya hemos dicho, y repetimos, que aquí no hay incompatibilidad de dominios simultáneos sobre partes concretas distintas del inmueble ya urbanizado.

Si las explícitas consideraciones que anteceden quitan a nuestro caso todo semblante de accesión inmobiliaria, también debe añadirse que, hilo delgado, debería D. C. ser el que firmase... por su parte de valor, las ventas. Pero esta exagerada consecuencia no tiene lugar desde que la mera protesta o notificación a la señora M., en cuanto salga una ocasión de consentimiento suyo tácito en vender también «su urbanización»; mal podría pretender reivindicarla a parte, si, por el cauce contractual de este tipo de contrato resulta ya dado, *ab ovo* (al firmar el contrato) su conformidad a esta manera de vender.

Se presentará el problema documental de la manifestación de obra nueva, y, si bien no lo exigirá nadie a la propietaria, para hacer la «declaración de obra nueva» que justifique ser ella la constructora (porque allá ella con sus declaraciones), el funcionario que tenga conocimiento de este contrato *inter partes* deberá exigir la intervención de D. C. en tal declaración. Es éste un problema muy concreto, de orden exclusivamente notarial, y parece innecesario extendernos más acerca del mismo.

Por último, en esta cuestión: conviene recomendar el mayor esmero y cuidado, *al ir parcelando la finca, en consignar tanto las servidumbres*

ya existentes, como las proyectadas, para cada finca registral independiente, esté reseñada con el mayor número de datos jurídicos, delimitadores o perfiladores de la exacta titularidad del adquirente.

RESPONSABILIDAD POR LAS OBRAS LUEGO DE VENDIDAS.—Entendemos que el señor Ll. ante los compradores, no es un constructor, sino un mero vendedor. Puede chocar esta afirmación, así, de plano, y me detendré sólo lo justo en razón.

El vendedor, como vendedor simplemente, responde de saneamiento (C. de c., art. 345) y el desenvolvimiento de tal obligación hay que buscarlo en el Código civil, el que nos enseña que durante **SEIS MESES** (art. 1.490), a partir de la entrega de la cosa vendida, el vendedor (en nuestro caso tanto la señora M. como el señor Ll., porque el negocio es junto, y porque ya se ha explicado la propiedad de la urbanización antes) responde: de los vicios ocultos que tuviere la cosa vendida **SI LA HACEN IMPROPIA** para el uso a que se destine (habitarla, en nuestro supuesto) o **SI DISMINUYEN DE TAL MODO SU USO**, que de haberlos conocido el comprador, no lo habría adquirido o hubiera dado menos precio por ella. Excluye (mismo art. 1.484) los vicios manifiestos o la venta hecha a un perito en la materia (vervigracia, un aparejador, arquitecto, maestro de obras...). Y tal responsabilidad es «aunque ignorase los defectos el vendedor» (1.485).

Pero frente a esa responsabilidad, tan sólo semestral, que se acaba de explicar, se opone la de durante quince años (del 1.591) por *faltar el contratista a las condiciones del contrato*. Aquí, veraneante que se compra uno de los hermosos chalets a edificar en el Cap de la Barra, no encarga ninguna construcción, sino que *compra ya un chalet hecho*: luego es ajeno por completo al contrato de construcción (que tampoco lo hay aquí, porque Ll. es capitalista, empresario y técnico constructor total).

Pero hay otra responsabilidad que propiamente no es contractual, sino aquiliana, o sea profesional (en ese caso), cual ocurre con la sancionada en el párrafo 1.º de ese mismo artículo 1.591 que dice:

«...el contratista de un edificio que se arruinase **POR VICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN**, responderá de los **DAÑOS Y PERJUICIOS** si la ruina tuviere lugar dentro de **DIEZ AÑOS**, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere si se debe la ruina a **VICIO DEL SUELO** o de la **DIRECCIÓN**.»

En este caso, sin duda, aunque no hubo contrato de «obra» propiamente dicho, estimo que igual se aplicará el precepto que basa su disposición en el hecho de construir mal, o de dirigir mal la construcción. Y como el precepto no limita su vigor a sólo el que encargara la obra, sino que propiamente se da aquí una especie de crédito *propter rem* cualquier propietario podrá reclamar contra el constructor.

Ahora bien, ¿debe Ll. sólo atender reclamaciones... tardías? Supóngase que ocurren luego de concluida la urbanización y agotada la venta de la finca Cap de la Barra. Propiamente, si el contrato que venimos estudiando está fraguado con miras a repartirse los resultados (no sólo beneficios,

sino que también pérdidas), es indudable que, si bien sería personalmente demandado el señor Ll., éste podría accionar contra la propietaria por la parte (rel-S/U) de indemnización que hubiere que satisfacer. Piénsese simplemente en que entre perfectamente esta partida en el U-4, disminuyendo su importe, sumándose algebraicamente. Y para mayor claridad supóngase que se concierta un seguro de responsabilidad civil para estas posibles ruinas posteriores; que en el pago de la prima sería un elemento de costo, no lo duda nadie; pues de igual manera, si no hubo seguro, ha de concretarse cuando saliere una excepcional reclamación de indemnización por ruina. Deben pagarla ambos contratantes.

INSPRECCIÓN DE OBRAS Y PROGRESIÓN DE URBANIZACIÓN.—No es preciso sacar mucha tinta para consignar que la propietaria puede examinar la marcha de la urbanización, pues aunque sólo le quepa observar y enterarse (ya que no corregir ni entrometerse a dar disposiciones sobre el terreno), la buena fe que preside el contrato no sólo no excluye, sino que pide esta sinceridad de examen mutuo. Elemento valioso para poder vigilar la diligencia de ejecución por el señor Ll., de que se habló en párrafos anteriores.

LA PREVIA OFERTA DE VENTA AL OTRO CONTRATANTE.—Habíamos salvado hasta aquí, con éxito, la interpretación de los cuatro primeros artículos. Pero el 5.^o no tendrá igual fortuna. Pues es su redacción ambigua y su contenido improcedente; no es que sea medianejo, sino que es malo este articulejo, que se meja usurpado de algún «formulario barato de contratos privados» relativos a sociedades..., y que aquí se ha traído por los pelos.

En primer lugar (ya lo dijimos en párrafos anteriores), que sólo el señor Ll. puede detallar y concretar ventas. Si él las concierta, si tiene aplicación la «previa oferta pactada»; porque en tal caso, si quiere dar la propietaria la parte de beneficio que Ll. haría con el presunto comprador, todos quedarán en paz. Para tal suposición, convendrá que Ll. al concertar cualquier operación diga: «salvo que la propietaria quiera quedárselo ella en plena propiedad».

Pero no al contrario, o sea, doña M. no deberá ofrecer a Ll., dado que ella no puede contratar, tiene suspendido, congelado, cedido el poder contratar o concertar las ventas.

Seguramente que la intención fué buena: mutua vigilancia del precio de venta, pero... el molde adoptado fue malo. Y hay que dejarlo reducido a este otro, más simple:

CUALQUIER COMPROMISO DE VENTA HECHO POR EL SEÑOR LL. QUEDARÁ CONDICIONADO A LA NO ADQUISICIÓN POR LA PROPIETARIA DEL SUELO DE LA PARCELA RESPECTIVA; QUIEN DEBERÁ ABONAR AL SEÑOR LL., EN IGUALES CONDICIONES QUE ÉSTE HUBIERE CONCERTADO, LA GANANCIA QUE PARA ÉL SE SEGUIRÍA DE LA VENTA A EXTRANOS, SEGÚN ESTE CONTRATO.

Si aquí se vendiere algo «exclusivamente de uno» estaría bien el precepto; como ocurre con las participaciones sociales o con las acciones, en que parece justo la pre-compra por los consocios (en anónimas y

limitadas es preceptiva por ley tal oferta). Pero siendo algo «de ambos», y que sólo uno puede concertar las ventas, a él corresponde tener la atención (y obligación) de guardar esa reserva de «primero la dueña del suelo».

TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE ESTE CONTRATO.—De las censuras que ha merecido el precepto 5.^o no se redime tampoco el que le sigue, puesto qué este artículo 6.^o es igualmente confuso. En lo único que es claro es respecto a la duración de DIEZ AÑOS; no diciendo más, terminará o caducará el 9 de mayo de 1964 (por lo dispuesto en el Código civil, y porque siendo diez años de trescientos sesenta y cinco días, cogen tres años bisestos intermedios).

Cabe añadir—entre otros varios que ahora no se explicarán, para evitar alargar el dictamen (y que serían las generales de contratación adaptable al tipo particular del contrato que nos ocupa)—que también será causa de terminación AGOTARSE LA FINCA, pues entonces quedaría faltó de objeto. Si las cosas suceden tan felices que antes de los diez años está todo vendido, queda automáticamente concluido el contrato.

Lo ambiguo es cuanto dispone sobre LIQUIDACIÓN, ya que al decir una de las partes fijará el precio de los terrenos que queden, no se sabe cuál de ellas sea la peritadora. Parecería más apto, por ser industrial de estas cuestiones, que se hubiere fijado como peritador al señor LL. Aunque esa imprecisión se subsana en gran parte desde el momento en que el que perita, si lo hace bajo, se expone a que se lo quede la otra parte, y si alto, se obliga a quedárselo él. Por tanto, está la mecánica bien concebida, pero mal expresada: la concreción (en cualquiera de los contratantes) de la función de valorar en trámite de liquidación, sería más elegante y más jurídica. Pero podría ser... peligrosa o comprometedora, por la simple posibilidad de que el designado (o los dos designados ahora) no les interese comprar. Entonces el obligado a peritar se exponía a tener que comprar ante la negativa adversa, y entre tanto, sean los dos los que pueden peritar... también los dos pueden callarse o no hacerlo..., y nada se resuelve. Más lógico hubiera sido decir simplemente que:

LO QUE RESTE SE PERITARÁ POR DON
Y SE ENAJENARÁ A EXTRÁÑOS, SALVO QUE CUALQUIERA DE AMBAS PARTES
DESEE QUEDÁRSELO, SIENDO ADJUDICADO A LA QUE DIERE MÁS PRECIO.

CLÁUSULA COMPROMISORIA DEL ARTÍCULO 7.^o—Aqui brota de nuevo a la superficie la falta de cerebro de Abogado en la redacción de este lastimoso contrato. Porque esa cláusula, tal como está escrita, NO SIRVE para nada; y concretamente porque debió fijar un número impar (uno, tres o hasta cinco árbitros) en vez de dos, pues no es válido dejar a un tercero ni a dos terceros la designación del árbitro dirimiente. Además, tampoco se llaman ya «amigables componedores», sino árbitros; ni se designa si ha de ser arbitraje de Derecho o de equidad, aunque quepa pensarse que sea este último, por más análogo al antiguo de amigables componedores. En fin, y en pocas palabras: esta cláusula séptima es como si no se hubiera puesto. No habrá jamás más arbitraje aplicable (salvo nuevo convenio al efecto). La ley vigente, en sus artículos 8.^o y 22, sanciona esto que mantenemos ahora.

Habida consideración a las explicaciones que anteceden, según los epígrafes ordenados de las mismas, parece al Letrado suscrito, llegado el momento de compendiar su parecer sobre las numerosas cuestiones examinadas como más importantes, en una síntesis que las resuma; lo que, sin perjuicio de ampliarle al consultante cualquier extremo que hubiere quedado demasiado breve, procede a concretar en las siguientes:

CONCLUSIONES

- 1.^a El contrato examinado es válido en su parte fundamental.
- 2.^a Según el mismo, la única aportación de la señora M. es el terreno del Cap de la Barra; la del señor Ll. es todas las operaciones de urbanización, con la amplitud que se ha explicado.
- 3.^a El reparto de beneficios deberá hacerse conforme se ha explicado, o sea, según las 0,50 pesetas por palmo cuadrado que ha costado, o se ha valorado el suelo, y el coste de urbanización U calculado.
- 4.^a Las obras de urbanización no se incorporan a la propiedad de la tierra hasta venderse; mientras tanto, son del señor Ll.
- 5.^a De las consecuencias por posibles derrumbamientos de las urbanizaciones, hundimiento de edificios y demás ruinas que pudieran resultar, son responsables (en la proporción de reparto de beneficios) ambos contratantes durante diez años, contados a partir de la entrega o terminación de la obra.
- 6.^a La prelación de compra a favor de la señora M. debe ser redactada como se ha dicho.
- 7.^a Tanto la dirección técnica completa de toda la urbanización, como la contratación y compromisos de venta, sólo corresponden al señor Ll. (según se ha explicado).
- 8.^a Las diferencias que puedan surgir en la interpretación y cumplimiento del contrato, habrán de resolverse judicialmente, por resultar ineficaz la cláusula 7.^a del mismo.
- 9.^a Deberá recordarse como circunstancia o causa de terminación del contrato, también la de agotamiento o terminación de ventas de terrenos del Cap de la Barra.
10. Requiere explanación independiente o complementaria la cuestión relativa a operaciones de liquidación, respecto a información técnica, propiedad de planos, etc., si se produjere por alguna causa rescisoria del contrato, en vida del mismo.

Opinar el ahora resumido y antes desarrollado, que someto gustoso a cualquier otro mejor fundado de mis compañeros de profesión.

LUIS PÉREZ-ORDOÑO CILLERO,
Notario.

B I B L I O G R A F I A

LIBROS

FRASSOLDATI: «L'ordinamento giuridico forestale e montano in Italia». Pubblicazioni della Accademia Italiana di Scienze Forestali. Firenze, 1960. Un volumen de XV + 468 págs.

Esta completa obra del profesor Frassoldati estudia de una manera muy sugestiva las cuestiones que hacen referencia al ordenamiento jurídico forestal italiano, sin olvidar las referencias al Derecho comparado.

En nueve capítulos expone la importancia y significación de la legislación forestal, uno de los aspectos del Derecho agrario que tiene importancia internacional, conectado con los intereses públicos de la producción agrícola y con una función económica y social relevantes. Ello explica la intervención estatal y la profusión de su reglamentación, disponiéndose la organización productiva bajo unos determinados deberes, la necesidad de cumplir unos determinados requisitos y obligaciones e, incluso, someterse a las condiciones o expropiación de la tierra para una transformación forestal o su planificación.

Después de exponer un desarrollo de la legislación forestal italiana, estudia los órganos de la administración forestal y sus órganos colegiados, las condiciones jurídicas de los bienes de bajo monte y pastoreo, los vínculos forestales (hidrológico, protector, económico, fiscal), las obras de mejora en terrenos de montaña, la gestión de los patrimonios de pastoreo y monte bajo del Estado, de las regiones y de los municipios y de otros entes privados.

Analiza, además, el concepto de fruto o renta del bosque, su arrendamiento y sus comunidades de disfrute, así como las penas en materia forestal, en cuanto a los usos y explotaciones abusivas y a los delitos cometidos contra sus disposiciones. La obra concluye con un capítulo en donde se pretende dar las orientaciones necesarias para la reforma orgánica de las leyes forestales.

Al final se han elaborado unos índices (cronológico de normas citadas, de autores y de materias). El autor, un ilustre agrarista, es discípulo de Bolla y sigue su magisterio doctrinal, dejando bien sentadas sus buenas dotes didácticas, de método y de exposición.

JOSÉ BONET CORREA

GATTI, Hugo: «Contratación entre cónyuges». Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1960. Un volumen de 260 págs.

El profesor Gatti se ha situado en los últimos años, con una serie de obras monográficas, en un punto destacado dentro de la actual doctrina civilista iberoamericana. El libro que hoy reseñamos viene a enriquecer

aquella serie, brindando a los juristas de habla española un estudio, amplio y concienzudo, sobre el tema siempre interesante de la contratación entre cónyuges.

Ciñe Gatti en esta obra su investigación a los contratos pecuniarios —excluyendo por tanto de su estudio las convenciones de naturaleza extrapatrimonial— y emplea el mismo método que en anteriores publicaciones (algunas de las cuales hemos comentado en estas páginas), utilizando la Historia y el Derecho comparado en casi todos los puntos tratados. El libro está ciertamente construido sobre el Derecho uruguayo, pero la comparación con otros ordenamientos —singularmente el argentino y el chileno— es constante, revistiendo siempre interés general las conclusiones del autor. La doctrina manejada por éste es en buena parte francesa (cosa obligada dada la abundante bibliografía que en Francia ha suscitado el tema), pero ha tenido muy en cuenta también otras doctrinas, especialmente la española y la iberoamericana.

Los sistemas legislativos en orden a la contratación entre cónyuges son clasificados por Gatti en tres grupos: A) El del Código peruano, que prohíbe de un modo general la contratación; B) el de los regímenes jurídicos, que son la generalidad, en que se prohíben determinados contratos y se autorizan otros, y C) el de los Códigos en que se sienta como principio la libertad de contratar.

Las tendencias doctrinales sobre la materia se agrupan, en último término, en dos: las contrarias a la contratación entre cónyuges y las favorables a ella. El profesor Gatti recoge los argumentos esgrimidos por ambas, aportando por su parte algunas nuevas razones en favor de la validez. Ofrecida esa panorámica general, Gatti desciende a los casos concretos y realiza a través de doscientas páginas que constituyen la parte básica del libro, un minucioso estudio de la cuestión en cada uno de los contratos en que puede plantearse. Se exponen así sucesivamente los problemas que ofrecen la donación, la compraventa, la permuta, la cesión, el contrato de bienes con ocasión del matrimonio, el mandato, la partición (a la que considera como contrato), el depósito, el comodato, la fianza, la hipoteca, la prenda, la anticresis, el mutuo, la transacción, el arrendamiento, la renta vitalicia, el seguro de vida, la sociedad y el contrato de trabajo entre cónyuges.

El examen de las indicadas figuras conduce a Gatti a formular algunas interesantes conclusiones. En su opinión, el régimen de los Códigos uruguayo, argentino y chileno ha sido el de la nulidad de los contratos entre cónyuges; ahora bien, ese principio ha sufrido una seria alteración con la promulgación de las leyes recientes que, como la 11.357 en la Argentina y la 10.733 en el Uruguay, han transformado el Derecho matrimonial y dejado sin contenido la potestad marital, de tal modo que, en la situación actual, los contratos de sociedad, trabajo y arrendamiento de cosas entre cónyuges son perfectamente lícitos. Sin embargo, —advierte también Gatti— hay que entender que en los ordenamientos citados permanece aún prohibido todo contrato que tenga por objeto o finalidad efectuar una transferencia patrimonial de un cónyuge a otro durante el matrimonio. Por otra parte, conviene admitir que «cuando existía contradicción entre las reglas

del matrimonio y las normas del contrato, debe dársele primacía a las primeras» y que «las transformaciones sociales y económicas, que tuvieron como consecuencia inevitable la consagración del principio de la igualdad jurídica de los cónyuges, y facilitaron la contratación entre cónyuges, le imponen a los juristas el deber de encauzar esa contratación por caminos que permitan mantener incólume la unión del hogar, evitando se susciten cuestiones que puedan constituir elementos disolventes del grupo familiar».

Cierra el volumen una bibliografía bastante amplia, que ofrece una lista de obras generales (en la que se hecha de menos la cita de páginas concretas relacionadas con el tema) y otra lista, más útil, de obras especiales y artículos de revista. En conjunto este libro constituye una excelente monografía, construida sobre una amplia documentación y desarrollada con método encomiable.

JOSÉ M. CASTÁN VÁZQUEZ

GROSSEN: «La protection de la personnalité en Droit privé» (Quelques problèmes actuels). Basel, 1960. Editorial Helbing y Lichtenhahn. Un volumen de 131 págs.

La defensa de los derechos de la persona humana, los que afectan a su señorío espiritual y material, es hoy una gran preocupación en la vida de relación social y, muy especialmente, entre los juristas europeos, ante los atropellos y las iniquidades que contra ellos se producen por los sectores capitalista y marxista.

España, que representó siempre en el ámbito del Derecho una concepción cristiana de la vida y de la sociedad, pudo defender firmemente, ante los avatares y crisis de la Historia, la causa y defensa de los derechos de la persona, tanto por sus doctrinarios y teóricos como por sus fueros y textos legales. Nuestros teólogos y jurisconsultos de todos los tiempos dan una muestra bien patente de esta faceta social humana.

Entre nuestros civilistas actuales, sus dos más altas magistraturas, la de la Universidad y la del Foro, los profesores De Castro y Bravo y Castán Tobeñas representan en nuestros días esa línea de continuidad y son los paladines esforzados de la causa de la defensa de los derechos de la personalidad. Esta llamada de alerta, esta insistencia doctrinal que en sus obras y trabajos han realizado muestran la aguda crisis, la trascendencia ineludible y la defensa necesaria de unos valores que, si se abandonan, puede llegar a la más lamentable degradación del ser humano y la pérdida de su fin último y señorío.

Es tal la postura ideológica y práctica de nuestro tiempo que, las demás naciones europeas han despertado, ante las actitudes desgarradoras y la experiencia volcada por este medio siglo, de un sueño por el que la técnica y el progreso les conducía a un mundo logrado. Nada menos cierto y nada más contrario podía haber ocurrido. Aquella técnica y aquel progreso paradigmáticamente habían subvertido al hombre y le despojaban de su más plena intimidad y le llegaba a negar las esencias más preciadas de su personalidad y ser. Resultaba que, en vez de elevarlo lo degradaba y lo

sumía, no en aquella felicidad entrevista, sino en la más profunda y desoladora tristeza del que se siente impotente a pesar de reconocerse dotado de un espíritu que cultivar.

Es ahora el Profesor Grossen, el que vuelve a mostrarnos con una multitud de casos jurisprudenciales las asperezas y revueltas que la técnica trae para la persona humana y los peligros que una determinada ideología puede suponer contra los derechos inherentes a la personalidad humana. Su obra, dividida en dos partes fundamentales, realiza en cuatro capítulos de la primera, un estudio sobre el concepto y caracteres de los derechos de la personalidad; hace un ensayo sobre la situación de estos derechos y su conexión con el sistema jurídico; expone el criterio de atentado ilícito a los intereses personales y, por último, estudia el problema de las sanciones.

Afirma cómo se trata de la defensa jurídica del hombre concreto y cómo el orden jurídico protege no sólo los bienes exteriores al hombre, sino también al hombre mismo, a sus atributos esenciales, es decir, su personalidad. Sin embargo, para este autor estos derechos de la personalidad no son dados por la naturaleza, sino que como todos los derechos subjetivos son consecuencia del orden jurídico positivo. Por lo que, según Grossen, el Derecho social representa una piedra angular de la protección de la personalidad, de tal modo que la libertad no se concibe sin que se acompañe de una seguridad material. Ello conduce a que precise una serie de particularidades con las otras partes del ordenamiento jurídico.

La segunda parte de este estudio, denominada especial, se compone igualmente de cuatro capítulos donde se exponen las siguientes cuestiones: los límites que la protección de la personalidad impone a la actividad médica; la reunión de las reglas protectoras en la prueba civil; la protección de la personalidad frente al desarrollo de las técnicas de difusión; y la acción en los conflictos matrimoniales.

Esta obra, discutible en muchas afirmaciones y fundamentos, basada en un racionalismo positivista y en una jurisprudencia realista y de intereses, no obstante, tiene la virtud de abordar una serie de perspectivas y cuestiones que aportan datos al sentido valorativo de los derechos de la personalidad humana. El lector, con esos datos y una completa bibliografía que añade, podrá tener noticia de la obra y de su interés.

JOSÉ BONET CORREA

«La politica sociale della comunita economica europea»: Conferencias de Petrilli, Lambert, Arena, Ramacciotti, Riva-Sanseverino y Kahn-Freund. Milano, 1960. Editorial Giuffré. Un volumen de 94 págs.

Resultado de unas conferencias organizadas por el «Seminario de preparación de dirigentes sindicales y de hacienda» son los escritos del presente volumen, que hacen referencia a una serie de problemas de Derecho comparado del trabajo. Tratados por unos especialistas de la Comunidad económica europea tratan de resolver cuestiones estrictamente jurídicas

surgidas en el ámbito de esa Comunidad, tales como las referentes a las convenciones internacionales del trabajo, aunque con particular referencia al Derecho italiano.

El profesor Petrilli trata los problemas sociales en la Comunidad económica europea, al iniciar su trabajo con una parte introductiva y dedicándole una especial atención a los aspectos económicos y sociales del problema de la armonización de los sistemas positivos.

El Dr. Lambert estudia la cuestión de la libre circulación de la mano de obra en la Comunidad, cuestión de especial importancia para la nación italiana, dado su alto índice de emigración, donde se refiere a la interpretación de los artículos 48 y 49 del Tratado institucional y a la actividad de la Comisión respecto a este libre intercambio.

Sobre la formación profesional de la Comunidad europea, el Dr. Arena examina las orientaciones y posibilidades desarrolladas de la cuestión, sobre todo, a través de la acción que puede ejercitar el Fondo social europeo.

El Dr. Ramacciotti aborda los problemas del servicio social en la Comunidad económica europea especialmente considerados y precisa los cometidos del servicio social en el cuadro de la política social de dicha Comunidad.

La profesora Gilardi Riva-Sanseverino trata la adecuación a los países de la Comunidad económica europea a los tratados internacionales del trabajo, particularmente de aquellos que coinciden con la acción social programada por la Comunidad a través del Tratado institucional y mediante sus órganos deliberantes y ejecutivos.

Por último, otro problema jurídico desde el punto de vista comparado, es el tratado magistralmente por el profesor inglés Kahn Freund, según los métodos de composición de la controversia del trabajo adoptado en los diferentes países y, particularmente, en los de la Comunidad. El haberse fijado en las relaciones colectivas del trabajo muestra el interés que puede ofrecer este estudio.

Este volumen, ofrecido a los estudiantes y a todos aquellos que se ocupan de los problemas del Derecho comparado, del Derecho de las organizaciones internacionales y de los problemas sociales, representa una buena contribución al campo del Derecho del trabajo, no sólo italiano.

J. BONET CORREA

LARENZ, Karl: «Methodenlehre der Rechtswissenschaft» (Metodología de la ciencia del Derecho). Berlín, Göttingen, Heidelberg: Springer Verlag, 1960. XI, 381 págs. (1).

METODOLOGÍA Y CIENCIA DEL DERECHO.—Tenemos que considerar como metodología de una ciencia la reflexión sobre su propio obrar; ello sólo es posible en la ciencia jurídica cuando expresa o implicitamente nos apoyamos en una teoría del Derecho (p. V.). Es precisamente la formación y aplicación de métodos propios de conocimiento lo que define a una ciencia como

(1) Excepcionalmente, dada la importancia de la obra reseñada, se publica un resumen extenso de la misma.

tal; por ello decimos que la ciencia del Derecho lo es, en cuanto ha desarrollado métodos que persiguen un conocimiento racionalmente verificable (p. 5).

SINTESIS HISTÓRICA Y PROBLEMAS ACTUALES.—Sólo puede pretenderse entenderse la problemática actual de la metodología jurídica conociendo la evolución de la teoría del Derecho y de su metodología en los últimos ciento cincuenta años (p. VI). Por ello las primeras 143 páginas las dedica el autor a una síntesis histórica, que comprende los siguientes capítulos: I. Metodología de Savigny.—II. La «jurisprudencia de los conceptos» (Begriffsjurisprudenz) del siglo XIX.—III. Teoría jurídica y metodología bajo el influjo del concepto positivista de ciencia.—IV. El apartamiento del positivismo en la filosofía del Derecho de la primera mitad del siglo XX. El quinto capítulo se dedica a los «afanes metodológicos de la actualidad» planteados con arreglo a los siguientes datos: a) alejamiento del positivismo; b) insuficiencia de un retorno a un Derecho natural en un sentido de proposiciones jurídicas universalmente válidas; c) importancia práctica de la «jurisprudencia de los intereses» transformada cada vez más en «ciencia valorativa del Derecho» (Wertungsjurisprudenz); d) fuerte influencia del pensamiento jurídico anglosajón; e) conocimiento de la insuficiencia del sistema lógico formal de conceptos jurídicos abstractos (p. 122).

EL DERECHO.—El Derecho es el orden (Ordnung) de convivencia humana conocidamente vinculante en una comunidad jurídica bajo la exigencia de la justicia (p. 144). La ciencia del Derecho entiende hoy como Derecho vigente, el conjunto de proposiciones jurídicas «concretizadas» por la jurisprudencia, es decir, precisadas con mayor aproximación y referidas al orden de vida, con inclusión de las halladas por vez primera por la propia jurisprudencia (p. 148).

LA PROPOSICIÓN JURÍDICA.—La proposición jurídica (Rechtssatz) se distingue de la proposición enunciativa (Aussagesatz); al sujeto de ésta corresponde en aquella el «supuesto de hecho» (Tatbestand); al predicado, la «consecuencia jurídica» (Rechtsfolge); la consecuencia jurídica determinada en la proposición jurídica se atribuye al supuesto de hecho establecido (p. 149). Esta atribución tiene el significado de una «orden de validez» (Geltungsanordnung) (p. 151); esto implica que las consecuencias jurídicas que la proposición jurídica fundamenta en virtud de la autoridad del que establece la norma se consideran dentro de la comunidad jurídica en cuestión como «reguladoras» (Mabgeblich) para las relaciones jurídicas de los individuos (p. 156).

CONFORMACIÓN DE LA LEY POR LA CONCIENCIA JURÍDICA GENERAL.—La interpretación (Auslegung) de la ley, su adecuada complementación (Ergänzung) y su desarrollo (Fortsbildung) por la jurisprudencia, según los casos, es una necesidad objetiva (p. 190). El juez halla y desarrolla el Derecho como el legislador; lo lleva siempre de nuevo a la realidad en un proceso sin fin, desde la ley, con ella, y en caso necesario por encima de ella. El Derecho vivo es el «resultado de ese proceso» en el que colaboran la ciencia del Derecho y todos los que codeterminan la «conciencia jurídica general» (Allgemeines Rechtsbewußtsein) (p. 191). Esta es la conciencia de muchos individuos, pero que, en cuanto tales, están en continua comunicación entre

si y unidos por concepciones comunes de lo que es justo y equitativo; es, pues, la conciencia de estos individuos que coinciden en gran medida respecto a su contenido (p. 192). La jurisprudencia concilia continuamente la ley —el «espíritu objetivo»— con la conciencia jurídica general, que tiene por contenido el espíritu objetivo en su movimiento histórico (p. 193). La aplicación de la ley es un «proceso dialéctico»; para la conciencia del que la aplica aparece aquélla, en primer lugar, como algo terminado, invariable, que ha de aplicarse frente a la multitud cambiante de relaciones de vida; pero la ley evoluciona y se desarrolla al mismo tiempo al aplicarse, debido a su conformación (*Vermittlung*), por la conciencia jurídica general del momento (p. 194).

LA APLICACIÓN DE LAS PROPOSICIONES JURÍDICAS A UNA SITUACIÓN DE HECHO.— El acto de aplicación del Derecho es acto de voluntad en cuanto exige «validez» jurídica; pero ese acto se consigue, generalmente, por un acto lógico, de forma que el juez sólo «debe» expresar como sentencia suya lo que él ha conocido con anterioridad como exigido por la norma, como «jurídico», en la aplicación de aquélla a la «situación de hecho» (*Sachverhalt*) a juzgar por él (p. 195).

La aplicación de una norma se hace por medio de una figura lógico-abstracción que llamamos «silogismo de determinación de la consecuencia jurídica» (*Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung*). La premisa mayor es una proposición jurídica completa. La premisa menor es una subordinación de una situación de hecho concreta, en cuanto «caso» (*Fall*), bajo el supuesto de hecho de la proposición jurídica (p. 197). Esto implica: 1. La aprehensión (*Vorstellung*) de la situación de hecho; 2. constatación de que ha ocurrido verdaderamente; 3. apreciación de la situación de hecho como una que presenta las características del supuesto legal de hecho (p. 200). Este último punto comprende elección de proposiciones jurídicas aplicables, subsunciones, juicios proporcionados por la experiencia social y juicios de valor. La conclusión del silogismo proporciona la consecuencia jurídica adecuada para la situación de hecho concreta (p. 197).

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY.—Entendemos como interpretación de un texto legal (que es el objeto de aquélla) la exposición, aclaración y explicación del sentido contenido en él. Todo texto legal la necesita (p. 234); pero no sólo la expresión individual y la proposición jurídica particular, sino también la ley como «regulación conjunta» que exige que todas sus partes sean observadas (p. 235). El juez no puede interpretar «para el caso» que ocasiona la interpretación, sino que debe hacerlo de forma que su interpretación pueda subsistir para todos los casos (p. 235). La actividad interpretativa está bajo la exigencia de la «exactitud» (*Richtigkeit*) de sus resultados, «exactitud» en el sentido de una base cognoscitiva suficiente, es decir, un conocimiento «acertado en cuanto a su contenido»: por ello, es la interpretación una actividad «científica» (p. 236).

De las teorías «subjetiva» y «objetiva» de la interpretación ninguna puede salir adelante sin ayudarse de la otra (p. 238); la verdad sólo puede hallarse en la síntesis de ambas (p. 239).

Para que la interpretación no sea arbitraria precisa de «criterios» por los que se oriente (p. 241). Son: el sentido literal, que marca los límites de la

interpretación; el significado conjunto de las proposiciones jurídicas (interpretación sistemática); las representaciones sobre la norma (Normvorstellungen) de las personas participantes en la legislación. Hay que atribuir en general, la preferencia al fin cognoscible de la ley que el legislador persiguió. Los criterios teleológico-objetivos están tomados al sentido inmanente bien del Derecho en cuanto tal, bien de una institución jurídica determinada, bien de un ámbito de regulación; son en especial: la «naturaleza de la cosa» (Natur der Sache), las «ideas básicas» y los «principios» jurídico-éticos del orden jurídico determinado, y la idea del Derecho, una y universal, que está a su base (págs. 253 y 254). Estos son los que deben decidir cuando no se conoce con claridad el objetivo del legislador histórico o cuando éste ha ocurrido en contradicciones valorativas. (Wertungswidersprüche) (página 259).

La significación normativa real de una norma jurídica puede cambiar con el tiempo (pág. 261).

La constatación misma de la existencia de un Derecho consuetudinario exige interpretación de un comportamiento humano. Para que una práctica obtenga fuerza normativa es preciso que sea expresión de una «voluntad de validez jurídica» (Rechtsgeltungswillen) de la comunidad o de una «convicción jurídica general» (allgemeine Rechtsüberzeugung) (págs. 269 y 270).

EL DESARROLLO DEL DERECHO (RECHTSFORTBILDUNG).—Las leyes tienen inevitablemente «lagunas» (Lücken). El dar la posibilidad al juez de rellenarlas se ha visto casi siempre como uno de los principales deberes de la ciencia del Derecho. Se trata de un desarrollo del Derecho dirigido metódicamente. Interpretación y desarrollo científico del Derecho son dos estadios de «un» proceso intelectual (pág. 273).

Se puede hablar de una «laguna de norma» (Normallücke) cuando una norma en vigor no puede aplicarse, en absoluto, sin que la acompañe otro precepto que falta en la ley (pág. 280). En la mayoría de los casos se trata de «algunas de regulación» (Regelungslücken): la regulación de un campo determinado no contiene ningún precepto para una cuestión que debiera regularse dentro de ella (pág. 281). El punto de vista desde el que hay que juzgar en estos casos si una regulación es incompleta, es el «de la ley misma» (pág. 282). Una laguna puede consistir también en que el legislador haya omitido añadir a una norma general una «limitación», para ciertos casos, limitación exigida por el sentido y el fin, bien de aquélla bien de otra regla, y por ello, por la coherencia teleológica. A éstas las podemos denominar «lagunas encubiertas de regulación» (verdeckte Regelungslücken) (págs. 283 y 284).

Generalmente, una laguna legal «abierta» se rellena por analogía (página 287). La justificación de ésta se deriva del postulado de la justicia: tratar jurídicamente igual lo que tiene el mismo sentido (pág. 288). La aplicación analógica sólo se justifica cuando los supuestos de hecho de que se trate coinciden, precisamente, en todos aquellos aspectos que son determinantes para la «valoración jurídica» (págs. 288). El «relleno» (Auffüllung) de la «laguna encubierta» se hace introduciendo la limitación que ella exige. Por ello hablamos de «reducción teleológica» (teleologische

Reduktion), el término normal en la doctrina es el de «restricción» (Restriktion). Esta se basa en el mandato de la justicia de tratar «desigualmente lo desigual» (pág. 296).

La proposición que rellena una laguna, obtenida por un «proceso cognoscitivo creador», no es Derecho «existente» ya anteriormente, pero «exige» ser atendida en adelante, porque y en cuanto encuentra su «base» en el ordenamiento jurídico y ha sido derivada de él en forma «acertada» (página 302). A la pregunta de si todas las lagunas son rellenables hemos de contestar negativamente (pág. 302).

Hay que considerar autorizada a la jurisprudencia por su misión a hacer sitio a una idea jurídica ajena todavía a la ley, que ha alcanzado ya validez en la «conciencia jurídica general», cuando en otro caso se produciría una situación dañosa para la idea de Derecho (Rechtsgedanke) (pág. 320). Este desarrollo jurídico puede hacerse en atención a: una necesidad insoslayable del tráfico jurídico (pág. 305); la «naturaleza de la cosa»: las relaciones vitales llevan en sí mismas su medida y su orden más o menos desarrollado y a ese orden existente dentro de las cosas se le llama «naturaleza de la cosa» (pág. 309); un principio jurídico-ético: principios jurídico-éticos son medidas orientadoras de la normación (Normierung) jurídica, cuya fuerza interna de convicción (Überzeugungskraft) les permite llegar a ser factores conformadores de la evolución jurídica (página 314).

CONCEPTOS Y SISTEMA JURÍDICO.—Por abstracción se obtienen múltiples cualidades (Eigenschaften) de un objeto de la percepción, se individualizan, se prescinde de unas y se seleccionan otras, que como suma de características (Merkmale) vienen a definir un concepto «abstracto» que designa una generalidad (ein Allgemeines) de objetos que se realiza en cada objeto individual en el cual puede probarse la existencia, en cuanto cualidades existentes, de todas las características del concepto (págs. 322 y 323). Según el número de características tomadas en el concepto, resultan conceptos de distinta «altura de abstracción» (Abstraktionshöbe) (página 324). La ley no podría cumplir su misión sin los conceptos abstractos (págs. 325 y 326). Estos sirven para la designación de supuestos de hecho, consecuencia e instituciones jurídicas (Rechtsinstitute) (pág. 327); pero el empobrecimiento de contenido de los conceptos generales jurídicos, por la tendencia del pensamiento abstractivo a bastarse con el menor número posible de elementos conceptuales, los hace incapaces de captar el «sentido institucional» de una regulación (pág. 329). El «sistema lógico» de conceptos abstractos conserva su valor como medio de orientación en cierto modo para la primera visión superficial (pág. 332).

Donde el concepto abstracto general y el sistema lógico de estos conceptos no bastan por si solos para adecuarse a la plenitud del ser, allí se ofrece, en primer lugar, la forma lógica del «tipo» (Typus) (pág. 333). El «tipo» aparece en la ciencia del Derecho, por una parte, como medio para la designación de elementos del supuesto de hecho, y por otra, como una forma de comprensión y exposición de relaciones jurídicas (pág. 337); en esta última función es en la que mayor importancia tiene el «tipo» en la ciencia jurídica, y en ella le designamos como «tipo estructural jurídico»

(rechtlicher Strukturtypus), puesto que se refiere a la estructura de las correspondientes relaciones e instituciones vistas como típicas. Su gran importancia está en que es capaz de aclarar las instituciones jurídicas como «figuras con sentido» (Sinngebilde) (pág. 338). El «tipo» se distingue sobre todo del concepto específico (Artbegriff), en que no está formado como éste, sólo de características pensadas aisladamente, sino que es una «característica-totalidad» (Merkmal-Ganzes) (págs. 339 y 340); después del momento de abstracción el segundo paso significa en el tipo una reaproximación a la plasticidad de la percepción, por ello, el «tipo» entre lo concreto, individual y el «concepto abstracto» (pág. 335). El «tipo» tiene un contenido más rico que el concepto (abstracto) que le acompaña (pág. 340). En la descripción de un «tipo» no se ponen características individuales una junto a otra, sino que se unen «rasgos» (Züge) característicos de un todo, de tal forma que se hace clara su conexión llena de sentido (sinnvoller Zusammenhang) (pág. 348). La contemplación tipológica posibilita, sobre todo, conocer las «diferencias estructurales» de particulares relaciones de vida (Lebensverhältnisse) típicas y sacar de ello consecuencias para la interpretación y desarrollo del Derecho (pág. 348). La «esencia», la «naturaleza» de una relación jurídica se presenta y se encuentra su «conformación» (Gestalt) en el tipo; por ello, el pensamiento tipológico está necesariamente orientado a la «naturaleza de la cosa» (pág. 349). Ante todo, el pensamiento tipológico posibilita la relativización de proposiciones contradictorias contempladas como mutuamente excluyentes por el pensamiento abstractivo, en cuanto aquél contempla los rasgos en que se manifestaron, no aisladamente, sino en relación con otros elementos estructurales. Junto al «sistema lógico» de los conceptos abstractos aparece así un sistema orientado a los tipos estructurales realizados en la vida jurídica (pág. 351).

La descripción y comparación de los tipos jurídicos no basta por sí sola para comprender el orden jurídico en la «unidad de su sentido interno». Y es que el tipo puede ser un «específico» (ein Spezifisches), sólo porque hay en su base un «general» (ein Allgemeines) (pág. 353). Lo «general» que buscamos se halla en conceptos con un campo de aplicación muy amplio y que quedan relativamente inmunes al cambio de las manifestaciones empíricas. Estos conceptos no se forman *a posteriori*. Antes de que podamos distinguir derechos subjetivos particulares o tipos de éstos, tiene que haberse presentado la «idea» (Gedanke) de Derecho, de la legitimación en cuanto tal. Todos estos conceptos encierran un sentido determinado que el jurista ha de «presuponer» y al que se refiere cada vez que habla de «determinados» derechos, deberes; porque sin ello su hablar no tendría sentido, sería un puro juego de palabras. Tales conceptos tienen la significación de categorías o principios constitutivos de lo jurídico: son «conceptos apriorísticos de sentido» (apriorische Sinnbegriffe) (pág. 354).

En la filosofía de Hegel se ha emprendido el intento de desarrollar un modo del conocer que haga posible captar mentalmente la plenitud del sentido (Fülle des Sinnes) de forma íntegra; la forma lógica de expresión que se ha creado es el «concepto concreto-general» (konkret-allgemeiner Begriff) (página 355). Este es un «principio» (Prinzip) conformador de la realidad que tomamos, cuando la aprehendemos «razonablemente» (vernünftig) «con

el espíritu», dice Hegel (pág. 357). Es «general» (*allgemein*) en el sentido de «universal» (*universell*). La determinación del concepto concreto no puede resultar poniendo características juntas, sino por un «desarrollo intelectual de los momentos del concepto» (*gedankliche «Entwicklung der Begriffsmomente»*) en forma que cada momento tanto presente a los otros como remita a ellos (pág. 358). El concepto concreto-general es de contenido más rico que cada una de sus particularizaciones (*Besonderungen*) en las que se manifiesta de manera limitada (pág. 361).

Los conceptos apriorísticos de sentido del Derecho que están en la base de los tipos empíricos y de los conceptos abstractos de la ciencia jurídica como principios que los dan sentido, son conceptos «concreto-generales» cuya unidad de sentido es a su vez la idea del Derecho (*Rechtsidee*) (pág. 362).

El sistema de los conceptos concreto-generales es el de la filosofía del Derecho, no el de la dogmática jurídica. El sistema de la ciencia del Derecho tiene conceptos de naturaleza esencialmente «formal», otros sacados de instituciones jurídicas, de relaciones de vida «típicas»; su ordenación conjunta dentro del sistema descansa sólo en parte, en una conexión puramente lógica, en su mayor parte en una conexión sociológica o tipológica. No es un sistema cerrado, sino abierto (pág. 367). Los conceptos últimos básicos de este sistema tienen, aparte de su valor de subsunción, un «valor de señal o de símbolo» (*Zeichen, oder Symbolwert*) (página 368). El concepto abstracto-general permite transparentar en cierto modo, gracias a la significación terminológica más amplia, el sentido que realmente implica; pero que en la definición sólo se expresa abreviado (página 368). La vuelta a la plenitud del sentido que la filosofía del Derecho realiza gracias al concepto concreto-general no es dogmática jurídica, pero sí su complemento necesario (pág. 370).

RESUMEN.—Hay que destacar en la obra dos puntos: A) el valor de creación atribuido a la sentencia judicial en su relación dialéctica con la ley; B) el reconocimiento de que la ciencia del Derecho no trabaja sólo con conceptos abstractos, sino también con otros medios lógicos (como el «tipo») cuya complementación necesaria se halla en el sistema de conceptos concreto-generales de la filosofía del Derecho.

El libro es de una gran claridad (excepto el último capítulo, de materia más difícil), ayudada de múltiples ejemplos de actualidad dentro de la doctrina civilística alemana. Tiene índice de autores citados y de materias.

A. BERCOVITZ

LECLERCQ: «El cristiano ante el dinero». Trad. esp. de F. Sanmartí. Andorra, 1959. Editorial Casal y Vall, distribuido por DELSA. Un volumen de 158 págs.

La presente obra tiene un entronque jurídico y un gran interés para el jurista actual, por las dos dimensiones y actitudes que el movimiento cristiano tiene ante el dinero: su problema moral y su cuestión social, que consiste en la actitud personal que se adopta ante él y en saber cómo la autoridad ha de distribuirlo.

El dinero es objeto del Derecho en cuanto integra las prestaciones de las obligaciones dinerarias, en cuanto es un objeto jurídico capaz de contener un derecho real y puede participar en la masa de una herencia, y cumple sus funciones en las relaciones familiares. El dinero es, ante todo, la unidad de medida de los valores patrimoniales y, como consecuencia, instrumento de cambio y medio de pago.

Mas, como dice Leclercq, el dinero es un símbolo que sólo tiene valor en función de todo lo humano. Es todo y no es nada. Tras él están toda la vida, todos los bienes de los hombres. Resulta imposible referirse a él exactamente sin tener en cuenta todo lo demás. Para la masa, añade este autor, el dinero constituye la representación de los bienes del mundo, como recurso para procurarse lo demás. Ya constituya el dinero la riqueza, o se limite simplemente a ser su expresión, tanto si es el instrumento de goce o simplemente intermediario que facilita lo demás, en todo caso, siempre damos con él.

De esta toma de posición ante el dinero que hace el autor, se advierte inmediatamente su pensamiento y formación aristotélica, al entender su naturaleza artificiosa y estéril, así como su carácter instrumental. Posición correcta, por lo demás, frente a la del liberalismo materialista y del comunismo soviético que coinciden en elevar la riqueza a un supremo valor. Jurídicamente, el primero, tiene su reflejo en la afirmación del principio de reducción patrimonial de todas las cosas y valores.

El problema moral del dinero no deja de estar desligado del jurídico. Ante todo, el cristiano tiene un problema de conciencia, una actitud frente al mismo, aunque también tiene un deber de acción, de obligación en sus relaciones. Es entonces cuando tiene trascendencia para el Derecho. El autor de esta obra revela ambas facetas. Ante todo hace ver como Cristo no es un reformador social y sólo rinde homenaje al gesto, a la acción generosa y personal de los hombres. No juzga sobre la distribución de los bienes, ni critica jamás un orden establecido; se dirige a las almas, acepta la sociedad tal como es y pide a sus discípulos que sirvan en ella a Dios y se desprendan del mundo y de sus riquezas.

La riqueza es un fenómeno social, no moral, afirmará Leclercq; el cristianismo es espíritu, se dirige a las almas; las actitudes materiales sólo tienen importancia en la medida que manifiestan el alma. Siendo el dinero el instrumento de la riqueza, para el cristiano ha de conservar ese carácter secundario e instrumental. Una civilización cristiana auténtica debe ser de caridad, una civilización comunitaria. Cabe en ella la abundancia a título de medio, pero no pasa de ser una condición. La virtud se encuentra en una modesta holgura que permite el desenvolvimiento humano sin exponerlo a las incessantes solicitudes del goce material y social.

Respecto a la cuestión social del dinero, nos dirá este autor que consiste en saber cómo hay que distribuirlo para que los hombres estén en situación de alcanzar su fin. La fórmula clásica de la filosofía social cristiana es que los bienes son comunes por su destino, pero propios por el empleo.

Con estas notas sólo pretendemos señalar la importancia de esta obra de Leclercq para el jurista actual y las ocasiones en que él tiene que operar sobre el mundo patrimonial; es un buen ideario que le pondrá ante su

conciencia y ante la responsabilidad social de su actuación. Tanto si actúa privada como públicamente, el espíritu de justicia conmutativa o distributiva habrá de ser su guía que, en esta obra, se resume magistralmente,

J. BONET CORREA

LOPEZ ALARCON, Mariano: «El derecho de preferencia». Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1960; 251 págs.

El autor, Juez Municipal de Murcia y Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho, era conocido por varias publicaciones sobre cuestiones relacionadas con el Registro civil. El presente estudio constituye una obra más ambiciosa que fué leída como Tesis doctoral el 14 de octubre de 1959, mereciendo la calificación de Sobresaliente *cum laude*.

Se explica en la introducción el proceso de elaboración de la obra. Se partió de la idea de hacer un estudio sistemático de los privilegios que nuestro Código denomina derechos de preferencia, comprendiendo también los privilegios navales y los regulados por leyes especiales. Se planteó luego el problema de si el privilegio, en vez de ser según la opinión común una simple cualidad de un derecho, no constituiría más bien otro derecho —real o personal— en relación con los bienes o con la persona del deudor. Se vio luego la necesidad de desciender al estudio particularizado y analítico de las diversas manifestaciones y causas del derecho de preferencia en íntima vinculación con los textos legales y con su aplicación práctica, comprendiendo los derechos de preferencia satisfactiva y adquisitiva.

Como resultado de su investigación considera el autor de utilidad haber elaborado una teoría general de todos los derechos de preferencia unificando instituciones tan dispares como los privilegios y los retractos, la prenda y la doble venta; que los privilegios, ni son todos derechos reales (tesis de Poplawski) ni meras cualidades jurídicas (Bonnecase) ni derechos personales (tesis de Knorr), sino causas de preferencia, reales o personales, cuya unificación se produce en el derecho de preferencia que originan; que el derecho de persecución se deriva del de preferencia y lo complementa; que puede llegarse en nuestro Derecho a establecer el rango de los diversos derechos de preferencia, aun de los basados en privilegios asistemáticos llamados sin texto; que el derecho de retención tiene una función conservadora y no constituye una causa de ella; que un buen número de instituciones procesales están al servicio del derecho de preferencia, como las tercierías, la oposición de tercero, la intervención, el juicio de graduación y otras.

El autor delimita los conceptos de preferencia, prelación, rango, privilegio, y otros que pudieran dar lugar a confusión, y después de impugnar las opiniones negativas acerca de la existencia del derecho de preferencia (sostenidas por Dabin, Tedeschini, Scarpelli, Ferrara, Josserand y Carnelutti), da la siguiente definición del derecho de preferencia: «aquel derecho subjetivo subordinado que, por desenvolvimiento de una precedente facultad aneja a la causa de preferencia, nace en virtud del concurso de

varios derechos patrimoniales sobre un mismo bien, el cual es insuficiente para la satisfacción de todos aquejlos derechos, y produce el efecto, en beneficio del derecho preferido, de sacrificar los derechos pospuestos cuyos titulares habrán de tolerar la satisfacción de los preferentes».

El derecho protegido podrá ser real o personal, así como la causa de preferencia, pero el derecho de preferencia, a juicio del autor, es siempre de naturaleza personal, pues constituye una pretensión dirigida contra una o varias personas para que toleren que otra adquiera o conserve una cosa o satisfaga un crédito sobre bienes del deudor y, en su caso, cooperen a que tales vicisitudes se produzcan.

La clasificación más importante es la que diferencia derechos de preferencia satisfactiva y adquisitiva, según que tenga como finalidad última contribuir a que el titular preferente cobre su crédito antes que los demás acreedores, o adquirir, frente a los demás, la propiedad o posesión de la cosa concurrida.

Se ocupa luego el autor de la constitución, modificación, efectos y extinción del derecho de preferencia, con lo cual se cierra la primera parte dedicada al derecho de preferencia en general.

La segunda parte está dedicada al estudio de las causas de preferencia y su rango. En la concepción del autor, la causa de preferencia es fundamento del derecho de este nombre, ya que amparando a alguno de los derechos que están en concurso o pueden estarlo, procura al titular de aquél la efectividad de su derecho frente a los otros concurrentes. Dichas causas de preferencia constituidas a la vez que el derecho protegido o en momento posterior, prevén un estado de concurso incompatible sobre un mismo bien, y procuran al titular beneficiado una situación favorable.

Quizá la parte más útil de esta obra sea la sistematización de las diversas causas de preferencia, y de las normas que determinan el rango en caso de colisión; en ambos casos el autor diferencia las causas de preferencia que denomina satisfactiva y las de preferencia adquisitiva.

La tercera y última parte está dedicada a la protección de este derecho, y en ella se estudian, tanto los medios de conservación como los de defensa del mismo.

Hasta aquí la exposición de lo que nos parecen ser conclusiones más importantes y contenido de esta tesis, elaborada con rigor metódico y abundante documentación.

En tránsito de valorar los resultados a que llega el autor, nos parece que si son bastantes convincentes por lo que se refiere a la preferencia satisfactiva, no deja de suscitar abundantes dudas el intento de englobar dentro de la misma categoría conceptual a la llamada preferencia adquisitiva. Por de pronto se eliminan al derecho de tanteo y a la opción, y se guarda silencio sobre el derecho de acceso a la propiedad. También es difícilmente conciliable el carácter que se asigna al derecho de preferencia que «es siempre de naturaleza personal» (pág. 52) con la inclusión del retracto legal (pág. 148).

Defectos de menor monta pueden citarse: el estimar vigente el artículo 1.619, Lec. (pág. 238) cuando la jurisprudencia reiteradamente lo considera derogado por el artículo 1.524 C. c. (últimamente v. s. 4 de julio de 1955);

no aludir a la supresión del derecho de adquisición preferente en la nueva regulación de la propiedad horizontal; y traducir menos propiamente *sureté réelle* por «seguridad real» en lugar de «garantía real» (vid., por ejemplo pág. 68 núm. 10, pág. 82):

El Dr. López Alarcón ha conducido con gran rigurosidad científica su investigación y debe ser felicitado por ello.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

L'UNIFICATION DU DROIT (ANNUAIRE 1959): «Aperçu général des travaux pour l'unification du droit privé. II^eme Rencontre des Organisations s'occupant de l'Unification du droit». Rome, 1960. Ediciones Unidroit. Un volumen de 528 págs.

El «Instituto Internacional para la unificación del Derecho Comparado», con sede en Roma, publica ahora un volumen donde se constata la lista de los Estados miembros (entre los que cuenta España, bajo la dirección del profesor Castán y la secretaría el Dr. Hernández-Canut) y se expone su organización.

En la primera parte de este volumen, después del *in memoriam* dedicado al desaparecido miembro Devéze, el Secretario General del Instituto, señor Matteucci pasa a exponer la actividad que desarrolló el Instituto. El primer apartado se refiere a la dirección y organización interior del Instituto, a las relaciones con los Gobiernos y otras organizaciones internacionales; el segundo, relata la actividad científica consagrada a la elaboración del Derecho uniforme. Entre las realizaciones ha de contarse el Proyecto de Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales (en la que se distinguió uno de nuestros miembros, el profesor De Castro y Bravo) y los Proyectos sobre materias conexas (formación del contrato de venta, representación, etc.); el avance del Proyecto de una Ley uniforme sobre el arbitraje en las relaciones internacionales de Derecho privado, los Proyectos de disposiciones uniformes en materia de transportes; los Proyectos de disposiciones uniformes en materia de responsabilidad civil y otros estudios en vista de unificaciones eventuales. Respecto a las actividades subsidiarias hay que referirse a los estudios sobre las medidas más apropiadas para asegurar la uniformidad de la interpretación de las leyes uniformes y la Segunda Reunión de las Organizaciones que se ocupan de la unificación del Derecho.

La segunda parte de este volumen detalla lo abordado por la Segunda Reunión de las Organizaciones que se ocupan de la unificación del Derecho. Una vez enumerados los propósitos, el Comité de Organización, las organizaciones representadas y los participantes particulares, se pasa a exponer los métodos de la unificación del Derecho en sus diversas aplicaciones. Matteucci ofrece una «Ponencia Complementaria a la Ponencia general sobre los métodos de unificación del Derecho», presentada a la 1.^a Reunión; hay una «Nota sobre las actividades de la Organización de las Naciones Unidas en el ámbito de la unificación del Derecho privado» y de la ONU; un «Me-

memorándum sobre problemas de metodología y de conexión», de la International Labour Organisation (ILO); una «Nota concerniente a las experiencias de la Organización (FAO) en materia de unificación legislativa y su programa de acción en este ámbito»; y dos notas de la UNESCO; una, «Sobre los métodos seguidos en materia de unificación del Derecho», y otra, «Nota adicional sobre la actividad normativa de la Organización de 1956 a 1958 y sobre su programa de acción en el ámbito de la unificación o de la armonización del Derecho.

La «Organización Internacional de la Aviación Civil» (ICAO) ofrece dos Memorándums: otro de la Oficina Internacional para la protección de la propiedad industrial, literaria y artística; una Nota de la Conferencia de La Haya y comunicaciones sobre la unificación del Derecho y su metodología de Haenni, Petren, K. D. Halatcheff, Barret, Honnold y Levi. Sobre las divergencias de interpretación del Derecho uniforme tratan Hamel, Mälintoppi, Sauveplanne, Nypels, Barret y Nadelmann.

Por último, se dedica y transcriben las intervenciones de las seis sesiones y de la inaugural con su moción final.

J. BONET CORREA

ROTONDI: «Studi di diritto commerciale e di diritto generale delle obbligazioni». Padova, 1961. Editorial Cedam. Un volumen de 565 págs.

El ilustre profesor italiano Mario Rotondi acomete la tarea de reunir sus escritos jurídicos en una serie de volúmenes. El volumen primero, que contiene los estudios referentes al Derecho industrial y, el segundo, que reúne los atinentes al Derecho comparado y teoría general, le sigue este volumen tercero sobre el Derecho mercantil y de las obligaciones.

En el presente volumen recoge, coordina y refunde estudios anteriormente publicados en diversas revistas y en varias lenguas; pero, también añade alguno de nueva aparición. Con ellos quiere afirmar una vez más el carácter unitario del Derecho de obligaciones. Carácter unitario, nos dirá el propio autor, nos sólo desde el punto de vista científico, del cual ninguno dudará ya, sino desde el punto de vista legislativo. Dedicados a presentar la batalla de la unificación, son los primeros estudios que se reconocen con objeto de superar la anacrónica distinción o dicotomía entre legislación civil y mercantil. Tales son: «la cuestión del Código único de las obligaciones y el Proyecto de reforma del Código de comercio»; «La autonomía del Código de comercio en los trabajos de la Comisión Real para la reforma de los Códigos»; «La reforma de la legislación mercantil» y el «Contrato de sociedad y los entes sociales en la reforma de los Códigos».

Destaca también el tema del control de cambios por el interés que volvió a plantear en todo el ámbito internacional después del segundo conflicto mundial. A este régimen le dedica varios trabajos, tales como: «Los contratos a término y diferencias sobre el cambio»; «Contratos diferenciales sobre divisas extranjeras»; y «Contratos diferenciales y contratos a término en la bolsa de valores».

Sobre la quiebra, Rotondi estudia varios aspectos. Así, el que atañe a la «Oponibilidad de la simulación al comisario de la quiebra» y «La cláusula de reserva de dominio en la quiebra». Otras facetas sobre la responsabilidad son tratadas en los estudios siguientes: «El tema de la obligación de contribuir a la parte de uso por los concesionarios ejecutores de obras de mejoramiento hidráulico»; «La acción de responsabilidad contra los administradores en la liquidación coactiva de las sociedades de seguros»; «La oposición del tercero del adquirente, que fue parte en el juicio, por la que la sentencia fue pronunciada» y «Acceso judicial y pericia en la memoria futura».

Tiene particular interés el estudio de algunas figuras contractuales, tales como el «Contrato de agencia, auxiliares dependientes de la empresa y la mediación»; «Observaciones al tema de la compensación privada» y «Contratos con la administración pública: su jurisdicción ordinaria y administrativa».

El tema de la sociedad y sus diferentes aspectos ha sido una materia preferente del autor. Así, vemos los estudios «Comunidad y sociedad. Sociedad civil y sociedad mercantil»; «La reserva del derecho de opción a favor de los promotores y adecuación de los estatutos sociales al nuevo Código»; «Sobre el carácter mobiliario de las acciones y cuotas sociales»; «¿Sí es compatible con el derecho de opción la emisión de acciones con sobreprecio?» y «El usufructo de acciones y el aumento de capital con emisión de nuevas acciones en opción».

Además de otros estudios, se da cuenta de una lista de más escritos sobre el ámbito de las obligaciones que no han sido incluidos en el presente volumen. Como puede apreciarse por el enunciado de muchos de los estudios, el volumen tiene un extraordinario interés, aun para el ámbito español. Una vez reunidos en este tomo, puede apreciarse el conjunto de ideas directrices del pensamiento del profesor Rotondi que, en la adversidad de su temática, ha sabido imprimir un sentido unitario con objeto de llegar a su más depurada abstracción en aras de la claridad y de la aplicación justa de las instituciones.

JOSÉ BONET CORREA

«Saggio bibliografico di diritto agrario italiano del 1865 al 1953. O. I. D. A.
Firenze, 1954. Un volumen de 381 págs.

La «Organización Internacional de Derecho Agrario» aprovechó el «Primer Convenio Internacional», reunido en Florencia, para dar a luz este volumen de la literatura científica agraria italiana, con objeto de que sus participantes conociesen el amplio campo informativo que se ha producido en el medio siglo de la pasada centuria y en la otra mitad de la que va el nuestro. De esta forma, cien años de literatura jurídica especializada en el campo del Derecho agrario italiano se han podido ofrecer a los demás juristas de otras naciones: ello supone una experiencia y una meritaria labor.

La obra se ha elaborado con el aprovechamiento de una serie de ante-

riores trabajos del mismo estilo, que al presente viene a completarlos y superarlos. A este respecto, hay que señalar la labor llevada a cabo por la *Rivista di Diritto Agrario*, desde su fundación (1922), y los ensayos bibliográficos publicados por los profesores Bolla y Bassanelli, a propósito del «Primer Congreso Nacional de Derecho Agrario» celebrado en 1935, así como el Apéndice de Frassoldati, quien cuidó con gran esmero su obra.

La «Organización Internacional de Derecho Agrario», que ya tiene publicado otro ensayo bibliográfico del Derecho agrario romano, al cuidado del profesor Volterra, nos anuncia ahora la próxima aparición de otro para el Derecho medieval.

Con el presente volumen se recogen los antecedentes inmediatos de las cuestiones que tienen planteadas el Derecho agrario actual, tanto en la esfera económico-política como estrechamente jurídica, y que los autores han plasmado en sus obras, trabajos monográficos y artículos de revista. Una labor ciertamente valiosa, a pesar de su carácter instrumental, y digna de ser imitada entre nosotros.

J. BONET CORREA

STUDI GIURIDICI IN MEMORIA DI FILIPPO VASSALLI. Torino, 1960.

Unione Tipografico-Editrice Torinese. Dos volúmenes de XXIII + 1701 páginas.

La desaparición del ilustre profesor de la Universidad de Roma, Filippo Vassalli, ha motivado la dedicación de un homenaje científico por sus colegas, discípulos y amigos que, tanto en Italia como en España, tenía el distinguido maestro. Los que tuvimos ocasión de escuchar su docta palabra en la Universidad de Roma hemos sabido apreciar su magisterio y hemos de dedicarle este pequeño homenaje de dar noticia de este nuevo tributo que se le ofrece a su buena memoria para saldar con afecto y recuerdo la generosa deuda de gratitud y enseñanza que le debemos.

Era el profesor Vassalli un jurisconsulto dotado de una brillante palabra, de claro juicio y de gran cultura humanista; sus enseñanzas del Derecho civil no se reducían a un mero análisis institucionalista; el enraizamiento de las figuras jurídicas en la vida, en el Derecho y en la cultura histórica y contemporánea, no sólo las dotaba de una visión completa, sino que hacia de sus lecciones unas amenas y sustantivas disertaciones que sus alumnos escuchábamos con deleite y entusiasmo. Sus publicaciones y conferencias, su tarea diaria universitaria y su presencia en el foro, colmaron su vida plena de trabajo al servicio de la Justicia y del Derecho. Son solerados sus méritos para que no se borrase el recuerdo de su persona y de su obra. Con estos dos volúmenes, con las presentes contribuciones de los maestros del Derecho italiano y español, bien puede hacerse patente este sentimiento de amistad y de reconocimiento de su labor.

El primer volumen, de estos dos tomos de estudios, después de una presentación del elenco de colaboradores y adheridos al homenaje, de las necrológicas aparecidas en torno a su persona y sus publicaciones científicas, con

tiene la serie de trabajos que por orden alfabético se han ordenado correlativamente. En primer lugar, el ilustre profesor Arangio-Ruiz comienza con una semblanza de Vassalli: Allorio trata el tema de «Los hechos y estimaciones de la competencia de la comisión central de los impuestos y del juez ordinario»; Ambrosini expone «La doctrina político-jurídica de los autores del *Federalista* y la interpretación de la Constitución americana»; Andreoli (Giuseppe) da unas «Notas al tema de la subrogación del asegurador»; Andreoli (Marcello) aborda «Las reglamentaciones de origen externo de los titulares de un condonamiento»; Angeloni examina la «Consigna de cosas esenciales a las que les falta la calidad pactada y la consigna de cosas diversas (*aliud pro alio*)»; Ascarelli (hoy ya fallecido) contribuyó con un escrito sobre «Antigona y Porcia»; Asquini escribe sobre «Las naves del reino»; Auletta trata la «Importancia del incumplimiento y el requerimiento a cumplir»; Auriti hace unas «Consideraciones sobre la institución del abandono del asegurador con particular referencia al artículo 546, párrafo 2.º del Código de la navegación»; Azzariti estudia los «Principios de la irretroactividad de las leyes y sus reflejos de carácter constitucional»; Barbero toca el tema de «La cesación del cargo de tutor provisional»; Betti nos muestra «El trabajo de la empresa agraria»; Bigiavi vuelve «Todavía sobre la elección, sin demanda, de un administrador judicial de la sociedad por acciones, según el artículo 2.409 del Código Civil»; Branca trata «Sobre la posesión de la explotación o hacienda»; Cancelli escribe una «Nota preliminar sobre el *officium civile*»; Cariota-Feirara hace un estudio sobre la «Ausencia y sucesión por causa de muerte. Transacción sobre los bienes del ausente, Pacto sucesorio»; Carnacini trata «Una vez más sobre la víctima de la notificación por correo (algunas consideraciones y sugerencias)»; Carnelutti aborda la «Lógica y metafísica en el estudio del Derecho»; Carresi elabora unas notas críticas sobre «Contratos y actos unilaterales»; Cesarini Sforza se refiere a «El matrimonio»; Chiaudani investiga sobre los «Contratos marítimos en un formulario de Ancona del siglo XV»; Coviello (jr.) se refiere a «El término *ex voluntate testatoris* por aceptación de la herencia»; D'Avack examina «El *defectus aetatis* en las fuentes y en la doctrina matrimonial clásica de la Iglesia»; De Avila Marie, expone «El Derecho romano en la formación de los juristas chilenos del siglo XVIII»; De Castro y Bravo aborda «Los llamados derechos de la personalidad. Cuestiones previas a su estudio»; De Capis se fija en «El derecho a la libertad sexual»; De Francisci estudia el «Ancora del Edicto en el periodo postclásico»; Deiana hace unas «Consideraciones sobre el párrafo 1.º del artículo 182 del Código de procedimiento civil»; Dekkers se fija en los «Pactos sucesorios y sindicatos de accionistas»; Di Marini se refiere a la «Admisión en el proceso civil»; De Matei escribe «Sobre el problema de la esclavitud y la crisis del Derecho romano»; Domínguez ofrece unas «Notas de la problemática del Derecho»; D'Orazi Pavoni se explaya sobre «La autonomía del Derecho notarial»; Fapelli escribe en torno a «Las sanciones de los actos prohibidos por los artículos 2.357-2.361 del Código civil»; Fazzalari aborda la «Autorización a vender bienes de la herencia separada» (art. 747 del Código de procedimiento civil) y autorización para vender bienes de los menores «bajo potestad» (art. 320 del Código civil); Fedele

se refiere al «*Error recidens in conditionem* en la doctrina de los actos jurídicos del Derecho canónico»; Ferri ensaya «Sobre el concepto de títulos de crédito»; Forchielli expone los «Caracteres comunes y diferenciales del Derecho canónico (vistos por un canonista-civilista)»; Franceschelli aborda los «Bienes inmateriales (Ensayo de una crítica del concepto)»; Funaioli trata la «Disciplina jurídica del juego y de la apuesta: su fundamento y distinción»; Furno se fija en la institución del «Fideicomiso o la llamada sustitución vulgar implícita (en torno al art. 696 párr. 4.- del Código civil)»; Galgano teoriza sobre «La unificación del Derecho»; y, Giofrejí escribe sobre «Depender para la historia de un dogma».

El segundo tomo contiene la continuación de estudios que los autores aportaron como homenaje al profesor Vassalli. Hemos de relatar los estudios de Giorgianni «Problemas actuales del derecho familiar: de Gismoudi, «El matrimonio y la sociedad civil», de Gorla, «El dogma del consentimiento o acuerdo y la formación del contrato de mandato gratuito en el Derecho continental»; de Grassetti, «La responsabilidad civil para la producción y empleo de la energía nuclear»; de Grossi, «Notas al tema de la obligación genérica»; de Guarino, «La notificación para cumplir y la gravedad del incumplimiento»; de Jemolo, «El espíritu de libertad (Reflexiones sobre un concepto institucional)»; de La Torre, «Sucesiones entre Ayuntamientos y otros entes públicos»; de Lavaggi, «*Exhereditatio y honorum possessio paterni libertatis*»; de Levi Sandri, «Observaciones sobre la capacidad de hacer del trabajador menor de dieciocho años»; de Longo, «Comunidad cristiana primitiva y *res religiosae*»; de Marongiu, «La conclusión no formal del matrimonio en la doctrina canonista pretridentina»; de Isidoro Martín, «La educación en el Concordato español de 1953»; de Marchi, «Tres momentos del derecho romano clásico respecto al tema de la posesión del siervo fugitivo»; de Messineo, «Irrevocabilidad y revocabilidad de la oferta y de la aceptación de la donación»; de Micheli, «Notas al tema de la intervención de los acreedores en la expropiación forzosa de la nave»; de Miele, «La administración pública y el ámbito de eficacia del artículo 1.341 del Código civil»; de Montel, «La adquisición de los frutos por parte del poseedor»; de Montesano, «Norma y fórmula legislativa en el juicio constitucional»; de Nardi, «La finalidad originaria de la retención en el Derecho romano»; de Oppo, «La esencia de la sociedad cooperativa y sus estudios recientes»; de A. Pascal, «La acción no ejercitada en beneficio de otros en el Derecho inglés y americano»; de Pergolesi, «Anotaciones sobre la codificación de las leyes del trabajo y de previsión social»; de Pescatore, «Consideraciones sobre el derecho de propiedad»; de Provinciali, «Naturaleza jurídica y efectos de la administración controlada»; de Pugliesi, «Facultades y propiedad temporal en la estructura del usufructo»; de Redenti, «El contradictorio ante el Tribunal constitucional. Cuestiones de procedimiento y de integración»; Rescigno, «El daño de procreación»; de Rica Barberis, «El derecho a la imagen (Casos y opiniones de la vieja bibliografía francesa y alemana)»; de Romano, «Ordenamientos jurídicos privados (apuntes)»; de Rubino, «La publicidad como hecho permanente»; de Salis, «La indemnización de sobre-elevación en el condominio»; de Sandulli, «Notas para el estudio de los bienes privados de interés público»; de Santoro-Passarelli, «La seguridad

negocial y la transacción»; de Satta, «El pago anticipado de los créditos en la quiebra»; de Sotgia, «Pluralidad aseguradora. Exceso en la asignación. Cambio del riesgo»; de Stolli. Respecto al tema de los límites en la transferencia de acciones»; de Tedeschi (Guido), «Sobre alguna de las formas de interpretación auténtica de la ley»; de Teraeschi (Vittorio), «La aquiescencia del acreedor a la prestación inexacta»; de Torrente, «La donación remuneratoria»; y de Vassalli (Giuliano), «El derecho a la libertad moral (Contribución a la teoría de los derechos de la personalidad)».

Como puede advertirse por el interés de los temas y la valía de los colaboradores, los dos volúmenes resultan, además, de una espléndida contribución a la doctrina jurídica contemporánea, una manifestación científica que honra la memoria de un ilustre jurista.

JOSÉ BONET CORREA

TORNOS y LAFFITE: «El Derecho civil posterior al Código. Discurso de inauguración al curso 1960-61 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1961. Un volumen de 76 págs.

En este interesante discurso se ponen de relieve las medidas legislativas excepcionales más fundamentales que han marcado una profunda huella y evolución en el Derecho privado contenido en el Código civil español. Con criterio ponderado, amplio y justo, el autor examina, con una concepción cristiana de la vida y del Derecho, aquellas instituciones civiles que presentan una nueva faz después de la redacción de nuestro Código civil. Advierte cómo las realidades de orden técnico, de orden social y de orden económico han venido en este siglo a originar interesantes novedades en relación con las instituciones.

Lo que pudiera denominarse crisis del mundo, dice este autor, no es crisis del Derecho ni crisis, por tanto, del Derecho civil. Lo que ha hecho el Derecho civil y, al fin y al cabo todas las ramas del Derecho, es ir evolucionando para la constante adecuación de las normas jurídicas a las concepciones y hechos nuevos o distintos, bien mediante nuevas normas puestas en concordancia con las anteriores, bien mediante la aplicación evolutiva de éstas no sólo por los Tribunales, sino por los mismos sometidos a ellas. Así como la Economía ha de humanizarse, añade, también debe perseguirse la humanización del Derecho, porque así la norma jurídica es reguladora de las relaciones humanas, en toda su múltiple variedad y su notoria complejidad, es la sociedad misma la que no puede limitarse a aspirar, sino la que ha de coadyuvar activamente a la mejor adecuación de todas esas relaciones y a los derechos y obligaciones que de ellasemanan, de las disposiciones que los han de regir para así lograr la dispensación de una recta justicia.

Después de afirmar que el Derecho civil, no es posible, ni menos aconsejable, la mutación rápida a través de nuevas impresiones, de las normas que lo integran, afirma que ni la persona, ni la familia, ni la propiedad, ni las obligaciones contractuales y legales, ni la herencia, son instituciones que en el orden jurídico pueden estar sometidas a variaciones

improvisadas por los embates de ese empeño de polémica. No obstante, destaca la función social que al Derecho hoy se le adscribe con una acentuación loable. Advierte cómo la polémica Derecho público-Derecho privado decae para dejar paso a la tesis de que no hay Derecho que sea exclusivamente privado. La familia, concluye, es ante todo y sobre todo la célula básica de la sociedad. La propiedad tiene una notaria función social. De la contratación ya no es único principio el de la autonomía de la voluntad. Las obligaciones en su cumplimiento están fundamentalmente sometidas no sólo a relevantes principios éticos, sino al interés general. Y la misma herencia, indispensable consecuencia complementaria tanto de la institución familiar como del derecho de propiedad, se ve limitada por una penetración en ella del Estado que se va convirtiendo en un verdadero coheredero a través de los impuestos,

En toda su obra se hace un análisis crítico de la nueva legislación modificativa del Código civil con un tono realista muy acertado y con una gran ecuanimidad de espíritu, para concluir con una postura un tanto radical: el abogar por la reforma de nuestro ordenamiento procesal y otorgar a la jurisprudencia la categoría de fuente directa del Derecho.

JOSÉ BONET CORREA

DE LA VILLA, Luis Enrique: «La extinción del Contrato de Trabajo». (Un estudio de la Causa 4.^a del artículo 76 de la L. C. T.) Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1960.

El volumen presente, es el texto de la memoria presentada por el autor para la colación de su grado de Doctor, merecedora del primer premio extraordinario de Derecho Privado correspondiente al curso 1958-59, y consta de dos partes bien definidas, pero en relación de género o especie: de un lado una introducción sobre la teoría del Receso y de otro el estudio de la muerte del empresario, causa 4.^a del artículo 76 de la LCT vertebrada como específico supuesto de aquella.

Para la teoría general, el punto de partida de De la Villa, es el término italiano «Recesso» y la variedad de versiones originada por su traducción española. A estas opone el autor el neologismo jurídico del *receso*, consistente en un poder atribuido a las partes para decidir sobre el término de un contrato celebrado a tiempo indeterminado. Dentro de él se distingue el *Receso in tronco* o con justa causa y de acusado carácter disciplinario, del *Receso ad mutum* o verdadero receso, y en base a libres valoraciones subjetivas de las partes y dirigido a extinguir la relación.

Toca ahora el turno al ámbito material de estudio, aquí totalmente coloreado por consideraciones sociales. En efecto, en opinión del autor, su construcción sólo es aplicable a los contratos por tiempo indeterminado, al receso desde el punto de vista del empresario y a los celebrados bajo el régimen general, dadas las especiales garantías establecidas para caballeros mutilados, enlaces sindicales, etc.

Con estas precisiones, ya puede definirse el receso como «el poder que

ambas partes tienen en un contrato a tiempo indeterminado, para extinguirlo unilateralmente, a través de una declaración receptiva y formal basándose en cualquier motivo, que valorado subjetivamente sea suficiente para quitar significación a la realidad jurídica constituida por el contrato», e incluirse dentro de él la citada causa 4.^a objeto de esta monografía.

La investigación especial se estructura del siguiente modo:

Tras una primera parte dedicada a consideraciones históricas, desarrolla el autor otra segunda, dedicada al derecho vigente, en estos capítulos:

El primero «Generalidades» persigue ambientar y familiarizar al lector con las bases objetivas de la investigación; para ello se compara la ley actual con la derogada en 1939, y se la conexiona con las notas de estabilidad y personalidad del contrato de trabajo.

El capítulo 2.^o se dedica a la muerte: pero mientras que ella extingue la personalidad civil, no afecta generalmente a la contratante, al menos desde el punto de vista del empresario, debido al diferente plano económico en relación con el trabajador, a la despersonalización de la empresa y al dogma de la estabilidad. Distinguiendo tres supuestos en el fallecimiento —involuntario, voluntario y culposo— De la Villa, después de contemplar en el primero los diversos eventos de la sucesión intestada, del Estado y testada, se detiene, especialmente, en el de los sucesores decididos a no continuar por la muerte del causante. La carga polémica de esta actitud reside en que obliga a enfrentar los principios fundamentales de la libertad profesional —licitud del receso con indemnización— y de la estabilidad del empleo —obligación de continuar la explotación—. Además, el Decreto de Despido por Crisis y la LCT, de la misma fecha, objeto e idéntico órgano promulgador, sólo se diferencian por el principio de la jerarquía normativa: el primero es un simple decreto y la segunda una ley promulgada por decreto; en consecuencia con la primacía de la LCT sobre el decreto de 26 de enero de 1944 debe preferirse el principio de la libertad profesional.

El capítulo 3.^o hace mención de la «incapacidad». Considerada la muerte, sistemáticamente como teoría general, las demás previsiones se aquilatan por confrontación con ella; por ello los aspectos a investigar aquí son su concepto o ámbito y su interpretación integradora en el contexto de la causa 4.^a

Con la extinción de la personalidad contratante, el autor recoge —capítulo 4.^o— el tercer mandato de la norma referido a las personas jurídicas. Las cinco secciones en que se divide se dedican: las dos primeras a acotar el significado de la dicción legal, la tercera a los casos de disolución de sociedades civiles y mercantiles, la 4.^a a la interpretación de la disolución en el sentido de la causa 4.^a y la quinta a unas consideraciones sobre la virtualidad en las personas jurídicas.

Objeto de duras críticas es la incorrecta expresión legal «representantes legales» estudiada en el capítulo 5.^o por haberla añadido a los tres citados supuestos sin matizar entre ellos, y por ser inaplicable a los tres por igual, siquiera esta incapacidad sea mucho menos grave en el supuesto de la incapacidad.

En el 6.^o se estudian los supuestos, fijación y pago de las indemnizaciones, como lógica compensación al poder de receso empresarial.

Las conclusiones están en el capítulo 7.^o y de ellas merecen destacarse las siguientes: a), ofrecer una redacción de *lege ferenda* de la norma investigada, y b), fundamentar las relaciones laborales en la figura del receso salvaguardando la estabilidad por medio de un régimen indemnizatorio fuerte.

Se pone fin a la obra con unas notas del derecho extranjero de Francia, Italia y Alemania, y un copioso índice de más de seiscientos autores.

RAMÓN ZABALZA RAMOS

WEYERS, Hans-Leo: «Die Eheschliessung nach spanischem Recht», *Freiburger Rechts-und Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 14, Karlsruhe, 1960; 118 págs.

Ciertamente no es grande la atención que en Alemania se presta, en general, al derecho español de familia, pero tampoco puede decirse que sea nula; prueba de ello son las referencias siguientes que encontramos en la revista *Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht*: 1956, p. 256 nota (que recoge unas observaciones al libro de Boschan), 1957, p. 156; 1960, p. 296. La propia revista anuncia la próxima publicación de un trabajo del profesor Espín Cánovas sobre *Nueueste spanische Bestimmungen über die bürgerliche Wirksamkeit der kanonischen Ehe*.

Pero hasta la presente obra de Weyers no se había abordado por la doctrina alemana el estudio de un tema tan característico del Derecho español como es el de la celebración o conclusión del matrimonio. El trabajo ofrece una vertiente práctica evidente dado el incremento de las relaciones personales entre ambos países.

El autor demuestra poseer un cabal conocimiento de nuestro idioma, ha sido becario en España del C.S.I.C. y de la Deutsche Akademische Austauschdienst, habiendo consultado ampliamente la bibliografía española sobre la materia, sin descuidar la Jurisprudencia e incluso habiendo tenido acceso a resoluciones de la Dirección General de los Registros que no han sido publicadas en el Anuario de la Dirección. Ha trabajado, además, bajo el asesoramiento de los Profesores españoles Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida y del Juez Municipal de Madrid, señor Aragoneses Alonso. Todo ello garantiza, suficientemente, la seriedad y la eficacia de la investigación llevada a cabo por Weyers.

La primera parte se inicia con una exposición histórica de la legislación matrimonial en España, indispensable para comprender el régimen vigente; se detalla la evolución de la interpretación del artículo 42 del C. c. y se señala la importancia de la Orden de 10 de marzo de 1941. La segunda parte (p. 17-31) se dedica a exponer el régimen jurídico de la celebración del matrimonio civil (esencia, formas defectuosas, presupuestos, forma de celebración). En la tercera parte se trata fundamentalmente de las formalidades civiles del matrimonio canónico, con estudio especial del artículo 51 del C. c. y de los problemas planteados por los matrimonios civiles de la República. En apéndice se incluyen los preceptos del código modificados por la ley de 24 de abril de 1958, los artículos correspondientes de la Ley

y Reglamento del Registro civil, y las disposiciones del Concordato de 1953 en materia matrimonial.

El tratamiento que realiza el autor es suficiente, pues ha recogido los problemas fundamentales discutidos por la doctrina. En ocasiones expone su propio parecer: así, con referencia a la *Prüfung der Echtheit des Abfalls* dice acertadamente que *von der Auslegung dieses Begriffs hängt die weitere Entwicklung ab* (p. 15), y con referencia al artículo 75 sostiene una *formellen Verweisung* (p. 108).

La bibliografía española está recogida hasta fines de 1958. La bibliografía alemana es bastante para los fines de un breve estudio comparativo que paralelamente desarrolla el autor, si bien acaso hubiera podido utilizarse un poco más (así se cita el *Familienrecht* de Wolf de 1920, y no la edición de 1931; tampoco se tiene en cuenta la 21 edición del *Kommentar* de Achilles-Greiff-Beitzke).

En resumen: un excelente estudio sobre el Derecho matrimonial español que cumple perfectamente la misión de informar al lector alemán sobre esta zona del Derecho privado que aparecía, por ej., insuficientemente explicada en Boschan *Europäisches Familienrecht*, p. 304 ss. Por ello el Doctor Weyers debe ser sinceramente felicitado.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de Carlos MELÓN INFANTE y José María DESANTES GUANTER

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

DEIANA, Giommaria. *Mario Rica-Barberis*. RDCC, año VI, núm. 1, enero-febrero 1960; págs. 111-113.

Ha fallecido en octubre de 1959 el profesor RICA-BARBERIS, eminente cultivador del Derecho privado y del Derecho procesal. Nota necrológica, con indicación de sus más significativos trabajos. Destacan sobre todo sus escritos sobre el problema de la evicción.

TORRENTE, Andrea: *Panorama di Giurisprudenza della Cassazione*. RDCC, año V, núm. 6, noviembre-diciembre 1959; 2.ª parte, págs. 541-553.

Resumen de jurisprudencia de casación italiana correspondiente al segundo cuatrimestre de 1959: personas y familia, derechos reales y obligaciones, títulos-valores, responsabilidad civil, trabajo, sociedades, tutela de derechos, proceso.

TRABUCCHI, Alberto: *Giovanni Bautista Funaioli*. RDCC, año VI, núm. 1, enero-febrero 1960; págs. 110-111.

Nota necrológica del profesor Juan Bautista FUNAIOLI, fallecido en abril de 1959. Significado de su personalidad y aspectos fundamentales de su obra en los distintos campos del Derecho.

2. Derecho de la persona.

AURICCHIO, Alberto: *Sulla tutela del creditore nel giudizio di simulazione*. DG, año 74, núm. 11, noviembre 1959; 730-733.

En relación con la cuestión de si el acreedor puede ejercitarse la acción de simulación cuando el negocio dispositivo impugnado no haga insolvente al deudor, ha entendido el Tribunal de Nápoles, en fallo de 5 de enero de 1959, que el acreedor puede ejercitarse la acción de simulación sólo cuando no encuentre en el patrimonio del deudor margen suficiente para satisfacerse. En este sentido el ejercicio de la acción destruye el negocio simulado en la medida que resulta perjudicado el acreedor. Problemas de legitimación del accionante.

BOEAMER, Gustav: *Zum Problem der «Teilmündigkeit» Minderjähriger*. MDR, año 13, cuaderno 9, septiembre 1959; págs. 705-707.

Un menor próximo a los veintiún años se hace operar por un médico sin contar, a pesar de haberlo solicitado, con el asentimiento de su representante legal que vive en la zona soviética. La operación le causa daños en la salud y

entonces, basándose en que su consentimiento para la intervención es ineficaz, reclama del operador la oportuna indemnización. El EGII, en sentencia de 5-12-58 desestima la petición. Motivo: se considera válido su consentimiento puesto que el menor posee la madurez de espíritu necesaria a fin de apreciar el riesgo y alcance de la operación. El autor está de acuerdo con ese fallo, no con su motivación. Estudio crítico del mismo.

BORRAJO DACRUZ, Efrén: *El contenido de la relación jurídica de seguro social*. RDM, núm. 76, abril-junio 1960; págs. 301-339; Núm. 77, julio-septiembre 1960; págs. 57-114.

Encuadra el autor la relación de previsión a través de la consideración de las especialidades que en ella, frente a la relación de seguro privado, ha señalado la doctrina; se estudian los dos aspectos fundamentales en que su contenido se manifiesta: la obligación de afiliación y la obligación de cotización. No cabe, en el Derecho español, establecer con carácter unitario una relación jurídica de seguro social; ésta varía según el seguro de que se trate.

FORMICA, Aldo: *Vizi della volontà: C) Dolo*. RDDC, año VI, núm. 3, mayo-junio 1960; 2.ª parte, págs. 235-250.

Reseña de jurisprudencia italiana sobre el dolo como vicio de la voluntad; 1) Requisitos. El dolo determinante. 2) Relación con otras causas de anulación del negocio. 3) Efectos del dolo determinante. 4) El dolo incidental. 5) El dolo de tercero. 6) Cuestiones procesales y prueba.

MANFREDINI Maria: *Gli effetti del matrimonio nel disegno di legge N. 991 sulla cittadinanza*. RDMSP, año III, núm. 2-3 marzo-junio 1960; págs. 276-280.

Aspectos de la proyectada reforma de la Ley italiana sobre nacionalidad de 1912, en el sentido de no imponer automáticamente a la mujer la nacionalidad del marido, sino permitirle una elección entre la suya y la de su marido. Otros puntos del proyecto presentado al Senado en 24 de febrero 1960.

MICHEL: *Die negatorische Ehrenschutzklage gegen den Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigten*. MDR, año XIII, cuaderno 9, septiembre 1959, páginas 709-711.

Posibilidad de deducir pretensiones negatorias, mediante acción de omisión o de revocación, contra los abogados que, en concepto de apoderados *ad processum*, causan daños en el honor de las partes a consecuencia de las alegaciones y hechos que se aducen ante los Tribunales. Cuestión apenas tocada por la jurisprudencia.

PIRES DA LIMA, F. A.: *Das coisas*. BMI, núm. 91, diciembre 1959, págs. 207-222.

Articulado, seguido de comentario de la materia relativa a las cosas, destinado al Proyecto de Código civil portugués. Concepto, clasificación, frutos y mejoras.

SENOFORNI, Pellegrino: *In tema di negozi collegati*. DG, año LXXV, núm. 5. marzo 1960; págs. 273-281.

Diferencias entre el contrato de obra y el contrato de "appalto", en la legislación italiana. Lo que distingue, por otra parte, los negocios mixtos de los negocios unidos es el significado de la causa: en aquéllos, una sola de carácter mixto; en éstos varias independientes. Comentario a la sentencia de casación de 22 de febrero de 1960 sobre la materia.

VIGNALE, Mario: *Del interpretazione dell'art. 1.416, 2º e dell'art. 2.652, n. 6. C. e.* DG, año LXXIV, núm. 11. noviembre 1959; págs. 716-720.

Conflictos entre los acreedores del adquirente y del enajenante simulados. Condiciones de aplicación del artículo 1.416, 2º del Código italiano, que atribuye preferencia a los del último siempre que su crédito sea anterior al acto simulado. Interpretación literal y no literal del precepto en contraste con la disposición del número 6 del artículo 2.652 (transcripción de demanda de nulidad del acto simulado).

3. Derecho de cosas.

AMIRANTE, Luigi: *Inondazione e mutamento di alveo*. DG, año LXXIV, número 10. octubre 1959; págs. 696-703.

Al romper un río los diques e invadir la finca de Ticio y las de Cayo, Mevio, etc., como consecuencia de inundaciones, vuelven a emergir las fincas de los últimos y la primera en parte. Se discute si Cayo y Mevio, cuyos predios confinaron con el río por la inundación, han adquirido o no por avulsión la parte descubierta del predio de Ticio. Criterio diverso de la jurisprudencia italiana. Comentario crítico a un fallo del Tribunal de Benevento que acoge la tesis de la avulsión.

BUONINCONTRO Maurizio: *Trusts e civil law*. RDDC, año V, núm. 6, noviembre-diciembre 1959; págs. 680-688.

Aspectos esenciales del *trust* en el Derecho anglosajón, como situación de derecho real. Contraste con figuras del Derecho continental. Diferente concepción de la propiedad en ambos sistemas jurídicos. Dificultades de asimilación del *trust* por los sistemas de *civil law*.

DECOCQ, André: *La division des immeubles par appartements dans les partages*. RTC, año LIX, núm. 4, octubre-diciembre 1960; págs. 569-597.

La división de los inmuebles por apartamentos en las particiones se caracteriza por dos rasgos esenciales. Por una parte, el derecho de propiedad queda en cierto sentido dividido a pesar de la partición; por otra, como en toda partición, se realiza una división del inmueble de un carácter muy particular. Análisis separado de ambos aspectos de la cuestión. En el primero se alude a

la pervivencia de la copropiedad y al nacimiento de un sindicato de propietarios. En el segundo, al hecho y a los efectos de la división.

FERRARA, Alma: *Spoglio clandestino ed autotutela*. DG, año LXXV, núm. 2, febrero 1960; págs. 108-113.

En materia de posesión no cabe la autodefensa en la hipótesis de despojo clandestino faltando el presupuesto que consiste en la reacción inmediata contra una acción violenta. El comentario de un caso resuelto por el Tribunal de Matarra (Sent. 25-XI-58), sobre límites de fincas, da pie al autor para ofrecer unas consideraciones sobre el despojo y sus elementos objetivo y subjetivo (*animus spoliandi*).

GENTILE, Francesco Silvo: *Il momento della buona fede nella usucapione abbreviata*. DG, año LXXV, núm. 5, mayo 1960; págs. 229-241.

El Código italiano no sienta claramente el momento en que ha de existir la buena fe en la usurpación decenal. Una sentencia de casación de 10 de febrero de 1959 ha establecido que la buena fe es requerida en el momento de la adquisición de la posesión. Motivación del fallo. Crítica elogiosa del mismo.

4. Obligaciones y contratos.

BARTELLINI, Giorgotto: *Appunti sul torto civile da seduzione*. RDMSP, año III, enero-febrero 1960, págs. 44-67.

La hipótesis de seducción o se considera como un supuesto negocial o como un caso de ilícito civil. Excluye el autor la primera configuración y la siguiente responsabilidad contractual. Estudia la seducción como una hipótesis de delito civil, tomando como modelo normas penales para llegar a la estructuración del supuesto y de sus consecuencias jurídicas: daños posibles, hecho de que derivan, momentos del delito, antijuridicidad del acto, elemento intencional y culpa concurrente de la mujer.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *La sucesión «mortis causa» en el arriendo de local de negocio*. RDM, núm. LXXV, enero-marzo 1960; págs. 149-170.

Antecedentes legislativos y consideración doctrinal de la concesión en el arrendamiento de local de negocio. Posición de la jurisprudencia. Resumen de los aspectos principales de la cuestión en lo tocante a los puntos concretos más oscuros y debatidos.

BÖHMER, Emil: *Nichtberücksichtigung erhöhter Betriebsgefahr?* MDR, año XIII, cuaderno 9, septiembre 1958; págs. 708-709.

Consideraciones en torno al ámbito y la forma en que, en la responsabilidad por riesgo de explotación impuesta a los ferrocarriles, debe considerarse relevante la propia culpa del perjudicado. Revisión de ciertas tendencias doctrinales superadas.

BÖHMER, Emil: *Haftrungsverzicht der vom Ehemann im Kraftwagen mit genommenen Ehefrau?* MDR, año XIII, cuaderno 10, octubre 1959; página 816.

¿Puede la mujer que va con su marido en el coche de éste exigir indemnización contra él por daños que sufra a consecuencia de una conducción imprudente del vehículo? En sentido general, respuesta afirmativa. Breve consideración del problema en el Derecho alemán. No es obstáculo el § 1.359 BGB.

BRUNI, Dominico: *Garanzia per difetto di qualità essenziali e per vizi nella compravendita.* RDCC, año V, número 6, noviembre-diciembre 1959, 2.ª parte; págs. 554-595.

Amplia visión de la posición jurisprudencial italiana en torno a estas tres materias: I) La entrega del *aliquid pro alio*, la falta de cualidades y el vicio redhibitorio: diferencias. II) Actuación de la garantía. III) Venta de animales.

BUONINCONTRO, Maurizio: *La «consideration» requisito del «contract».* DG, año LXXIV, núm. 10, octubre 1959; págs. 649-654.

Aspectos concretos de la doctrina de la "consideration" en el Derecho anglosajón. La "consideration" se concreta en una ventaja para el promitente o en un sacrificio correlativo del destinatario de la atribución o la promesa. *Consideration* y atribuciones gratuitas, comparación con la causa del Derecho continental, forma y *consideration*, irrelevancia del valor material y de la equivalencia de prestaciones, "sello" y *consideration*.

CONTRATOS: *Projeto de Lei Uniforme sobre a farmacão de de venda internacional de objetos mobiliarios corpóreos. Rapport e Parecer.* BMI, número 94, marzo 1960; págs. 5-41.

Como complemento del Proyecto de Ley Uniforme sobre venta internacional de objetos muebles corporales, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado ha elaborado (en 1958) un Proyecto de Ley Uniforme sobre la "formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales". Texto francés de este último Proyecto y del "Rapport" al mismo. Sigue un examen de sus aspectos esenciales, en portugués por PAES DA SILVA.

DEMPEWOLF, Günter: *Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession.* MDR, año XIII, cuaderno 10, octubre 1959; págs. 801-806.

En la debatida cuestión de la concurrencia de la reserva de dominio prorrogada con la cesión global de los créditos por la ulterior enajenación de las mercancías, se refiere sucesivamente el estudio a la enajenación como acto punible, a la rotura del contrato por el comprador, al principio de prioridad y a la posición de la jurisprudencia como restrictiva del crédito. La cuestión se centra en si la cesión global de los créditos por la ulterior enajenación se quiebra siempre ante el pacto de reserva de dominio prorrogada.

FRONTELLO, Giovanni: *In tema di responsabilitá civile del sindaco in difetto di processo formativo della volontá contrattuale del Comune*. DG, año LXXV, núm. 5, marzo 1960; páginas 242-245.

Los administradores de los cuentes locales que, en la formación y perfección de la voluntad contractual de los mismos, no observan la deliberación prescrita son responsables hacia la otra parte contratante en el sentido del art. 1.398 del C. italiano: responsabilidad de quien ha contratado como representante sin serlo o saliéndose de los poderes que se le han conferido.

FUNAIOLI, Carlo Alberto: *Il contratto di deposito in generale*. RDDC, año I, enero-febrero 1960; págs. 8-51.

Estudio del contrato de depósito en general, considerado por el autor, en cuanto a su naturaleza, como negocio de Derecho privado, contrato autónomo, nominado, típico, real y de duración determinada o indeterminada. El estudio constituirá la parte general sobre el depósito en el Tratado de Derecho civil dirigido por Grosso y Santoro-Passarelli.

GORLA Gino: *Contrato a favore di terzo e nudo patto*. RDDC, año V, núm. 6, noviembre-diciembre 1959; págs. 585-603.

Trabajo destinado a los Escritos en memoria de Lorenzo Mossa. Examen de la posición jurisprudencial, según la cual no está sujeto a la forma de la donación un contrato a favor de tercero con el cual el promitente se obliga hacia el estipulante a hacer una atribución patrimonial a un tercero, sin ninguna contraprestación u otra "causa" para el promitente mismo, fuera de la circunstancia de que se haga al tercero la liberalidad. En este sentido el contrato a favor de tercero asumiría un valor general y podría tener como objeto principal la prestación a tercero. Crítica de los principios indicados a la luz de la legislación italiana.

GUARINO, Antonio: *Responsabilitá dell' appaltatore per rovina di edificio*. DG, año LXXIV, núm. 10, octubre 1959; págs. 655-656.

En la determinación de la responsabilidad del arrendador de obra por ruina del edificio la llamada "responsabilidad-decenal" (art. 1.669 Código italiano) debe limitarse a la relación contractual con el arrendador. Los daños que la ruina del edificio cause a terceros se desenvuelven en otro campo al margen de ese plazo de diez años.

LABRUNA, Gino: *Brevi appunti sulla permuta di cose future*. DG, año LXXV, número 2, febrero 1960; págs. 97-102.

La permuta de cosa futura, igual que la venta, es configurada por la Corte de Apelación de Bari (S. 21 febrero 1959) más que como un contrato de contenido obligatorio o sometido a condición suspensiva, como un negocio de consentimiento anticipado (tesis de Rubino). Delimitación frente a la dación en pago

(afejante a la fase de ejecución y no de formación del contrato) y al contrato aleatorio. Comentario favorable.

MADDALENA, Paolo: *Acquisto di cosa locata e rispetto del contratto locativo da parte dell' acquirente*. DG, año LXXIV, núm. 11, noviembre 1959; páginas 741-748.

Si después de arrendado un inmueble a Cayo el arrendador indebidamente arrienda después el mismo inmueble a Sempronio, el tercer adquirente de la finca, en virtud del principio "emptio non tollit locatio", queda vinculado respecto al primer arrendatario en los mismos términos que lo estaría el arrendador; es pues, responsable de las pertinentes indemnizaciones. Sentencia del Tribunal de Nápoles (26 marzo 1959) que se comenta favorablemente.

MASELLO, Ugo: *Responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore e valutazione del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria*. DG, año LXXV, número 1, enero 1960; págs. 43-52.

Por las rígidas premisas en que se apoya es muy discutible que pueda mantenerse el principio según el cual el padre es responsable del daño ocasionado por el hijo menor no emancipado que vive en su compañía si no prueba, no tanto no haber podido impedir el hecho, cuanto haber cumplido en su conjunto el deber de vigilancia que le incumbe y en particular haber impartido al menor una sana y moral educación, adecuada a la personalidad, índole, edad, ambiente familiar y condiciones sociales del menor. No excluye la indicada responsabilidad el hecho de que el dañado entregue al menor, sin consentimiento del padre, la cosa que luego resulta menocuada. Es doctrina sentada por el Tribunal de Nápoles (S. 9 mayo 1959) que el autor no comparte.

MILITERNI, Innocenzo: *Brevi note sulla natura giuridica dell' azione spettante al mandante ai sensi dell' art. 1.705. 2.º co., parte 2.ª* DG, año LXXV, número 5, marzo 1960; págs. 287-291.

Actuando el mandatario en nombre propio es él quien adquiere acciones contra terceros, y viceversa. Cabe, no obstante, que el mandante, sustituyéndose al mandatario, ejerza los derechos de crédito derivados del mandato (art. 1.705 Código italiano). Entiende la jurisprudencia que la indicada posibilidad para el mandante supone una acción directa y no subrogatoria (últimamente, sent. de 24 abril 1959, Tribunal de Bari). Ámbito de aplicación del precepto. Considera el autor insuficiente la tesis jurisprudencial, que entraña en el fondo un supuesto de sustitución procesal.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Fundamento da responsabilidade civil (Em especial responsabilidade por acidentes de viação terrestre e por intervenções licitas)*. BMI, núm. 90, noviembre 1959; págs. 5-322.

Considerada como uno de los casos de responsabilidad por riesgo se estudia, de forma amplísima y con extensa información doctrinal, la responsabilidad por

daños causados por vehículos terrestres: personas responsables y beneficiarias; fuerza mayor, hecho de tercero y de la víctima; colisión de vehículos; responsabilidad solidaria; límites de la responsabilidad y fondo de garantía; seguro obligatorio y prescripción, etc. Termina el estudio con una referencia del problema de la responsabilidad por intervención lícita en la esfera jurídica ajena en beneficio de tercero. Como destinado al Proyecto de reforma del Código civil portugués, el trabajo va seguido de un esbozo de articulado de la materia estudiada.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *União de contratos. Contratos mistos.* BMI, núm. 91, diciembre 1959; págs. 11-145.

Distinción doctrinal de la figura de la unión de contratos frente a la de los contratos mixtos. Supuestos concretos: donación mixta y modal, sociedad y arrendamiento con prestaciones accesorias, arrendamiento para habitación y comercio, contratos con prestaciones de diversos tipos contractuales, etc. Proyecto de articulado para el futuro Código portugués.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Requisitos de responsabilidade civil.* BMI, núm. 92, enero 1960; págs. 38-137.

Como requisitos para la responsabilidad por actos ilícitos en general estudia el autor separada y sucesivamente: el acto humano, la antijuridicidad del mismo, la culpa (en sentido amplio), el daño y el nexo causal. Al final se articula la materia con destino al futuro Código civil que lentamente se prepara en Portugal.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Responsabilidade pelos danos causados por instalações de energia eléctrica ou gás e por produção e emprego de energia nuclear.* BMI, núm. 92, enero 1960; págs. 139-157.

Estudio y articulado de la cuestión relativa a la responsabilidad por daños producidos por instalaciones de electricidad o gas: responsabilidad del dueño, límites. La responsabilidad por empleo o producción de energía nuclear no es materia a reglamentar en un Código civil.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Algumas questões em matéria de responsabilidade civil.* BMI, núm. 93, febrero 1960; págs. 5-79.

Cuestiones diversas en materia de responsabilidad civil: contenido de la obligación de indemnización, personas con derecho a ella, responsabilidad de varios por el mismo daño, responsabilidad de los empresarios de las grandes empresas, responsabilidad civil y criminal, violación de un derecho subjetivo, exclusión de responsabilidad y responsabilidad profesional en general y en sus hipótesis concretas.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Garantia da evicção, dos vicios da coisa e dos ónus na venda em execução*. BMI, núm. 95, abril 1960; páginas 5-22.

Especialidades que en las ventas por vía ejecutiva presenta la cuestión del saneamiento o garantía por evicción, por vicios y por cargas. Reducción de la responsabilidad del ejecutado con respecto a las reglas generales. Posición del comprador, de los acreedores y del ejecutado en las diversas hipótesis. Proyecto de articulado.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Algumas questões em matéria de fiança*. BMI, núm. 96, mayo 1960; págs. 5-99.

El trabajo del autor sobre "Fianza y figuras análogas" (BMI, núm. 71) ha sido objeto de críticas en la materia relativa a la extinción de la fianza. Recogiendo las críticas en cuestión se ofrecen de nuevo consideraciones sobre el particular: extinción de la fianza en general, fianza en los contratos de arrendamiento.

RAZZA, Leone: *Natura giuridica dell'azione generale di rescissione per lesione, contratto preliminare e termine di prescrizione*. DG, año LXXV, número 3-4, marzo-abril 1960, págs. 147-155.

Delimitación inicial de los conceptos de invalidez e ineficacia para pasar a la cuestión de la naturaleza del vicio de lesión recogido con carácter general en el art. 1.448 y sigs. del Código italiano. Ve el autor en la rescisión por lesión indicada un remedio que afecta a la eficacia, no a la validez del contrato. Prescripción de la acción en relación con el contrato preliminar y el definitivo.

ROQUETTE, Hermann: *Mietereinwendungen gegen Mieterhöhungen durch Gleitklauseln*. MDR, año XIII, cuaderno 11, noviembre 1959; páginas 887-890.

Con respecto a la legislación alemana se estudia la cuestión de los aumentos de renta en el arrendamiento por el procedimiento de las cláusulas de escala móvil. Naturaleza de las mismas y posición de las partes, según los casos: en especial en función de la naturaleza contractual de la cláusula.

SCHMIDT, K. H.: *Die zivilrechtliche Haftung für ehrverletzende Ausserungen, die zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden*. MDR, año XIII, cuaderno 11, noviembre 1959; págs. 291-894; y cuaderno 12, diciembre 1959, 971-975.

Aspectos y problemas de carácter civil y penal en relación con la responsabilidad civil originada a consecuencia de las manifestaciones que causen daño al honor y que han tenido que hacerse para la constatación de intereses legítimos.

SCHNEIDER, Egon: *Ersatz vorgerichtlicher Mahnkosten*. MDR, año XIII, cuaderno 11, noviembre 1959; págs. 899-901.

Es discutido en el Derecho alemán si son o no indemnizables los gastos que haga prejudicialmente el acreedor para cominar al deudor al cumplimiento. Breve examen del problema distinguiendo en base al § 284 BGB entre "cominación de denuncia" y "cominación de recuerdo". Gastos de una y otra y fundamentación de su posible indemnización.

SCOTTI GALLETTA, Antonio: *Concorso di colpa della vittima e risarcimiento dei congiunti che agiscono iure proprio*. DG, año LXXIV, núm. 11, noviembre 1959; págs. 735-738.

La Corte de Casación italiana, en sentencia de 20 de marzo de 1959, ha entendido que la reducción de la cuantía de la indemnización del daño como consecuencia de la concurrencia de culpa del perjudicado opera igualmente en relación a los "vinculados" a la víctima, que, muerta ésta, interponen la acción *iure proprio* y no *iure hereditatis*. De Cupis no está de acuerdo con el fallo. Nuevo enfoque de la cuestión por el autor, que mantiene la procedencia de la reducción sobre la base de que el "vinculado" (heredero por ejemplo) en teoría podría accionar también por el resto contra la víctima (cosa imposible en la realidad).

SCUTO, Edoardo: *La sanzione dell' art. 17 C. c. e l'accettazione autorizzata di donazioni a persone giuridiche pubbliche*. DG, año LXXV, núm. 5, mayo 1960; págs. 264-271.

El artículo 17 del Código civil italiano determina que las personas jurídicas no pueden aceptar donaciones sin autorización gubernativa y que sin dicha autorización la aceptación no tiene efecto. Según la Corte de Casación la falta de autorización trae consigo no la invalidez, sino la incisicacia de la donación, que puede hacerse valer de oficio o por cualquiera que tenga interés en ello (Sent. 30 de octubre de 1959). Aspectos teóricos y significado práctico de esta postura, la más de acuerdo con las exigencias de la reglamentación vigente.

TRIMARCHI, Pietro: *La responsabilitá per il fatto dei dipendenti*. RDDC, año V, núm. 6, noviembre-diciembre 1959; 604-679.

Con el subtítulo de "Contribución a una teoría del riesgo de empresa" pretende el autor dar, sobre la base de las normas relativas a la responsabilidad de los "dadores de trabajo", una interpretación adecuada a la teoría del riesgo. Se rechaza la idea que basa dicha responsabilidad en una presunción de culpa por insuficiente e inadecuada. Es imprescindible una responsabilidad objetiva "por riesgo de empresa". Indicaciones históricas: Code Napoleón, Common Law. Función económica y social de la indicada responsabilidad.

VIGNALE, Mario: *Efficacia della dichiarazione di apposizione in compensazione*. BG, año LXXV, núm. 6, junio 1960; págs. 323-325.

Significado y naturaleza de la declaración de compensación de una de las partes como presupuesto necesario para la eficacia de este modo extintivo de las obligaciones. No se muestra el autor conforme con la tesis de Redenti y Messineo que atribuye a la declaración de compensación naturaleza declarativa.

VIGNALE, Mario: *In tema di sequestro conservativo e di obbligazione fideiussoria*. DG, año LXXV, núm. 6, junio 1960; págs. 372-375.

Para obtener el secuestro conservativo el acreedor ha de probar el temor fundado de perder la garantía del crédito. El temor en sí es subjetivo y su fundamentación objetiva a deducir de la conducta del deudor. Obligación futura y fianza por ella: el negocio de fianza pende de la falta de un elemento útil para su eficacia, si bien existe ya el vínculo de fianza, que sólo operará una vez surgida la obligación que se garantiza. Posición del fiador. Comentario (Sentencia de la Corte de Apelación de Bari, 5 de junio de 1959).

WENDT, Herbert: *Über die Grenzen des Rücktrittsrechtes bei Abzahlungskauf*. MDR, año XIII, cuaderno 12, diciembre 1959; págs. 969-971.

Crítica de determinadas posiciones doctrinales en torno a la procedencia o no de la acción de resolución en las ventas a plazos, habiéndose ejercitado antes la acción para obtener el pago del precio.

5. Derecho de familia.

AGUZZOLI, Olga y CORSELLI, Flavia: *La separazione dei coniugi*. RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960; págs. 133-170.

Consideraciones críticas en torno a la institución de la separación de los cónyuges en el Derecho italiano, tomando especialmente en cuenta la desarmonía de su reglamentación positiva con el principio constitucional de igualdad de la mujer, fijando previamente el ámbito de eficacia de dicho principio fundamental.

CAMINALE, Nella: *Mezzi atti ad elidare le cause di disadattamento dei minori*. RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960; págs. 337-357.

Posibles remedios a la delincuencia juvenil o a la circunstancia de inadaptación de los menores al medio social. Se trata más bien de una materia de Derecho penal y basta aquí esta mera referencia.

CASTELLOTTI, Claudia (y otras): *Compatibilità del divorzio con il nostro ordinamento*. RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960; págs. 198-216.

Con referencia exclusiva a los matrimonios civiles (y dejando aparte los concordatarios) se indican las razones que justificarían la introducción del di-

vorcio en Italia y se esbozan los aspectos fundamentales de una posible reglamentación de la institución.

CORTESE, Maura: *I rapporti personali tra coniugi nel Diritto internazionale comparato*. RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960; págs. 171-186.

Breve examen de la regulación de las relaciones personales entre los cónyuges en el Derecho de varios países, con la finalidad de demostrar cómo es ya decisiva la tendencia a estructurar la reglamentación de esa delicada materia sobre la base de un principio de igualdad entre los cónyuges.

DONELLI, Delfina y CARUSELLI, María: *La prevenzione giudiziaria per i minore e il sistema penale*. RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960; páginas 338-384.

Aspectos de la legislación italiana sobre menores, proponiendo una decisiva y más amplia intervención judicial de carácter preventivo.

FAVERO, Gianantonio: *Acquisto a non dominio di immobili dotali per effetto pubblicità sanante?* RDMSP, año III, núm. 1, enero-febrero 1960; páginas 88-95.

Comentario en torno a un supuesto en el que la Corte de Casación declara aplicables a un subadquirente de buena fe de unos bienes dotales la norma del artículo 2.652, número 6 del Código italiano que limita, en beneficio de los subadquirientes, los efectos de la sentencia declarativa de nulidad del acto de su autor. No transcripción de la demanda de nulidad. Derecho transitorio. Entiende el autor inadecuada la aplicación de la norma indicada al supuesto porque se trata de bienes afectos de una no enajenabilidad objetiva en cuanto sometidos al vínculo dotal.

GERNHUBER, Joachim: *Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft*. EF, año VI, cuaderno 12, diciembre 1959; págs. 465-475.

Consideración del § 1.353 BGB que impone a los cónyuges el deber de una comunidad matrimonial de vida, en su aspecto de cláusula general y en función de las normas patrimoniales en relación con el matrimonio.

GIACCHI, Orio: *Sull' «error qualitatis redundans in errorem personae»*. RDMSP, año III, núm. 4, julio-agosto 1960, págs. 395-406.

Según la norma contenida en el canon 1.083, § 2, número 1 del Código de Derecho canónico invalida el matrimonio el *error qualitatis redundans in errorem personae*. A pesar de ser dicha norma una aplicación concreta en el fondo del principio más general que prescribe la nulidad del matrimonio por error sobre la identidad de la persona, no significa ello que ambas especies de error se refundan en una sola. Delimitación del *error qualitatis redundans in errorem personae* frente al *error circa personam*, y en su significado propio.

GOMES DA SILVA, Manuel Duarte y PESSOA JORGE, Fernando: *O Direito de Família no futuro Código civil (Terceira Parte)*, BMI, núm. 90, noviembre 1959; páginas 323-342.

Estudio articulado de la adopción con destino al Proyecto de reforma del Código civil portugués. Despues de unas disposiciones comunes sobre la constitución y requisitos del vínculo se analizan separadamente sus dos especies: la adopción plena y la adopción restringida.

GOVERNATORI RENZONI, Laura: *L'indissolubilità del vincolo matrimoniale nel ordinamento giuridico italiano*, RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960; págs. 217-227.

Defensa de la indisolubilidad del vínculo matrimonial en el Derecho italiano. Se trata de una circunstancia profundamente arraigada en la conciencia popular y en las convicciones religiosas. La gravedad de casos extremos, que se aducen por los defensores del divorcio, nada significa. Referencia a la naturaleza del matrimonio en la ley positiva y al carácter implícito de la indisolubilidad del vínculo en la Constitución vigente.

GRASSI, Lucio: *Lineamenti di una tesi di rinvio mediato tra l' ordinamento statuale e quello canonico in materia matrimoniale*, RDMSP, año III, núm. 1, enero-febrero 1960; págs. 24-43.

Las doctrinas elaboradas en el derecho internacional en cuanto al reenvío no sirven para las relaciones entre el Derecho del Estado y el Derecho de la Iglesia. Examen de las soluciones propuestas: reenvío formal y recepción, doctrina del presupuesto, soluciones mixtas. La particularidad radica en que los súbditos de la ley estatal y de la eclesiástica son los mismos y residentes en el mismo territorio. La explicación de la relación de los dos sistemas normativos radica en que la ley estatal da eficacia *mediatamente* a la eclesiástica a través de la voluntad del súbdito que, en materia matrimonial, decide someterse al Derecho eclesiástico.

KNÖPFEL, Gottfried: *Das Haager Vormundschaftsabkommen und das Sor gerecht der Eltern aus gesehiedener Ehe*, FF, año VI, cuaderno 12, diciembre 1959; págs. 483-485.

Entre las numerosas cuestiones que ha planteado la interpretación del Convenio de La Haya de 12-6-1902 sobre "tutela" de menores, destaca la relativa al significado y delimitación del concepto "tutela" frente a los "derechos de los padres".

KRAUSS, Günther: *Zur verfassungrechtlichen Gewährleistung von Ehe und Familie*, EF, año VI, cuaderno 12, diciembre 1959; págs. 485-489.

Con motivo de la prohibición en Alemania del film "Die Sünderin", por atentatorio a la moral y a las buenas costumbres, se extiende el autor en consider-

raciones sobre el ámbito y radio de acción del precepto constitucional que protege a la familia y al matrimonio.

LATTE MOMIGLIANO, Sandra: *L' annullamento del matrimonio nel Diritto civile e nel Diritto canonico*, RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960, págs. 187-197.

Se propugna, con respecto a la legislación civil italiana, una mayor facilidad y menor rigidez en materia de anulación de matrimonio, ya que, en muchos aspectos, el Derecho canónico ofrece más posibilidades de nulidad. La rigidez de la ley se acentúa aún más en la práctica de los tribunales.

LIUZZI, Laura, NICCOLAI, Gabriella: *La tutela giuridica degli illegitimi e degli abbandonati*, RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960; páginas 281-320.

La protección de la infancia ilegítima y abandonada: estadística e historia. Comparación entre el Código italiano de 1865 y el actual y Derecho de otros países. Normas de la Constitución. Declaración judicial de paternidad o maternidad y reconocimiento de hijos adulterinos. Adopción y filiación.

LUTHER, Gerard: *Ersatz immaterieller Schaden bei Verlobnisbruch im internationalen Privatrecht und in Auslandsrechten*, EF, año VI, cuaderno 12, diciembre 1959; págs. 475-478.

Sobre la base de una importante sentencia del BGH (21-II-58) ofrece el autor, contrarrestándolos con los Derechos extranjeros, las recientes directrices de la jurisprudencia alemana en torno a la indemnización de daños no patrimoniales por la rotura de los espousales, pretensión de desfloración y otros aspectos.

MORESCHINI, Giuseppe: *La volontà negoziale nel matrimonio concordatorio*, RDMSP, año III, núm. 4, julio-agosto 1960; págs. 458-473.

En virtud del artículo 8 de la Ley de 27 de mayo de 1929 el párroco ante el cual se ha celebrado el matrimonio aún pasados los cinco días que se prescriben al efecto, tiene la obligación de transmitir de oficio el acta de matrimonio al oficial del estado civil, independientemente de cual sea la voluntad de los contrayentes. Es tesis de la sentencia del Tribunal de Florencia de 20 marzo 1959 comentada por el autor, delimitando oportunamente supuestos diversos: existencia o no en los contrayentes de llevar a cabo un acto de autonomía, vinculante en el ordenamiento estatal.

PALEARI, Enrico: *La separacione ed il divorcio consensuali: spunti comparativistici in tema di Diritto di famiglia nei diversi ordinamenti*, RDMSP, año III, núm. 4, julio-agosto 1960; págs. 407-417.

Observaciones en torno a la separación por mutuo acuerdo de los cónyuges con el fin de aclarar su valor real y significado y lograr el encuadre de la misma

en el sistema general. La institución presenta el gran interés que entraña la atribución hecha por el ordenamiento jurídico a los particulares en una materia que en su mayor parte se sustrae a la disponibilidad de los interesados.

PALMIERI, Luigi: *Interdizione giudiziale dell'affiliante e rapporto affiliativo*. RDMSP, año II, núm. 4, julio-agosto 1960; págs. 418-434.

Siendo en el Código italiano los casos que producen la cesación del vínculo de afiliación (arts. 410 y 411) y no estando recogido entre ellos el supuesto de interdicción judicial del afiliante se estudia la influencia de ésta en el vínculo indicado y el alcance y sentido con que la interdicción puede tener entrada en las fórmulas generales de los preceptos.

PARELLO TERRANA, Elena: *Cause di disadattamento dei minori e mezzi atti ad eliderle*. RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960; páginas 321-336.

El art. 5 del título sobre disciplina del Reglamento italiano de casas de reeducación de los menores establece que "el sistema de reeducación se inicia con la fijación de la personalidad del menor y se actúa con los cuidados físicos, con la sabia disciplina, con la escuela, con la religión y con el trabajo". Examen del precepto.

PISAPIA, G. D.: *Problemi in tema di bigamia*. RDMSP, año III, núm. 1, enero-febrero 1960; págs. 3-23.

Se comienzan delimitando las dos especies de bigamia (propia o impropia) recogidas por el Código penal italiano, siendo presupuesto de ambas la preexistencia de un matrimonio que tenga efectos civiles. Eficacia declarativa o constitutiva de la transcripción de los matrimonios pre y postconcordatarios. Supuestos especiales. Objetividad y momento del delito.

RAAPE, Leo: *Die bigamische Ehe eines Engländer und einer Deutscher* EF, año VI, cuaderno 12, diciembre 1959; págs. 478-481.

Comentario a un supuesto de bigamia en matrimonio de súbdito inglés con una alemana. Descubierto que el marido estaba ya casado, al querer contraer la alemana nuevo matrimonio ha de resolverse, en base al Derecho internacional privado, si se precisa o no una sentencia civil que declare nulo el anterior. Estudio del caso.

SANTUCCI ZAGARIELLO, Libera: *Relazione sul divorzio*, RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960; págs. 228-260.

El divorcio desde un punto de vista exclusivamente civil y a base de argumentación atañiente sólo a su naturaleza ético-social. La autora se muestra contraria a su introducción en la ley civil italiana, por ser una institución contra-

ria a la "sensibilitá della nostra gente". Se proponen, no obstante, reformas concretas en el Derecho vigente.

TRIONI, Guido: *Il rapporto di lavoro tra congiunti nei suoi aspetti sostanziale e processuale*, RDMSP, año III, núm. 4, julio-agosto 1960; páginas 474-485.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho alemán, en el italiano no se presume el carácter gratuito de la prestación de trabajo entre cónyuges ni se obliga a la mujer ni a los hijos a trabajar en la empresa del marido o padre con el que viven. Faltando, pues, un contrato de trabajo y no señalándose una contraprestación a la mujer o a los hijos, falta el *animus contrahendi* y la prestación de trabajo se realiza *affectionis vel benevolentiae causa*. Pero si el trabajo no se ha prestado a título de liberalidad, sino con la intención de obtener una contraprestación, no cabe presumir que el familiar renuncie a ella en beneficio de la familia. Comentario a la postura indicada, sostenida por la Corte de Apelación de Turín (Sent. 9 marzo 1959).

ZAVATTARO ARDIZZI, María Luisa: *Intervento nella discussione sul divorzio*, RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960; págs. 261-268.

Intervención de la autora en el Congreso de mujeres juristas italianas (mayo 1960). Se muestra contraria a la tesis divorcista que sólo puede fundarse en argumentos prácticos y de carácter contingente. Semejantes argumentos no resisten ser contrastados con los referentes a la naturaleza intrínseca del matrimonio como vínculo perpetuo e indisoluble.

6. Derecho de sucesiones.

ASBECK, Erwin: *Testamentseröffnung und Erbscheinserteilung beim Berliner Testamente mit Wiederverheiratungsklausel*, MDR, año XIII número 11, noviembre 1959; págs. 897-899.

En los testamentos mancomunados entre cónyuges dispone el Código civil alemán que en su apertura, a ser posible, no se den a conocer las disposiciones del supérstite. Consideraciones en torno a qué disposiciones pueden y cuáles no estimarse independizables. Forma y texto del certificado sucesorio.

CARIOTA FERRARA, Luigi: *La difesa della quota riservata ai legitimari*, RDPC, año VI, núm. 1, enero-febrero 1960, págs. 1-7.

El problema de la defensa de la cuota de los legítimatos o cuota indisponible es una cuestión de Derecho positivo; cada país configura como le parece la cuota imponible y crea las acciones oportunas a ese fin. Breves notas en torno al problema en el Derecho italiano. Significado y eficacia en el mismo de la acción de reducción.

ELEFANTE, Agostino: *L' insolvenza del donatario soggetto a riduzione e la ripartizione del relativo danno tra legitimari e donatari anteriori* (articolo 562 C. c.). DG, año LXXV, núm. 5, mayo 1960; págs. 246-247.

En el supuesto de que al ejecutarse la acción de reducción el donatario contra el que se dirige resulte insolvente, el Código italiano adopta una posición intermedia, haciendo gravitar la insolvencia indicada tanto sobre los anteriores donatarios como sobre los legitimarios. Interpretación del art. 562.

MENGONI, Luigi: *La divisione dei pacchetti azionari di maggioranza fra gli eredi dell' azionista.* RS, año IV, Fase 3-4, mayo-agosto 1959; páginas 428-442.

El paquete de acciones mayoritario, por asegurar a su poseedor el control efectivo de la sociedad, tiene como precio de venta un valor mayor que el de la participación en la sociedad que representa. Este mayor valor es el "plus valor de control". ¿Deberá computarse también este valor de control en las divisiones hereditarias, sobre todo en relación con las legítimas? Estudio de la cuestión en el Derecho italiano, inclinándose el autor por la no computación del valor de control en las divisiones hereditarias. Delimitación entre la verdadera división hereditaria y la división de un paquete de acciones.

SCUTO, Edoardo: *Divisione d' ascendente e preterizione di legitimario.* DG, año LXXV, núm. 6, junio 1960, págs. 343-352.

Bajo la vigencia del Código italiano de 1865 el que, en base al art 811 del mismo, hubieran de considerarse donaciones simuladas a los legitimarios las enajenaciones a su favor realizadas, no impide encontrar otras más fuertes razones de nulidad de los actos cuando tenga lugar la preterición de algún otro descendiente. Significado de la división del ascendente. Comentario a una sentencia de la Corte de Apelación de Nápoles de 21 de marzo de 1960.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

ASCARIZZI, Tullio: *Il dialogo dell' impresa e della societa nella dottrina italiana dopo la nuova codificazione.* RS, año IV, Fasc. 3-4, mayo-agosto 1959 págs. 409-427.

Aspectos esenciales de la doctrina italiana en torno a la empresa a partir de la codificación de 1942; correlación de la empresa y del empresario con la idea de actividad económica y con la idea de organización; empresas de carácter público; concurrencia y concurrencia desleal. Aspectos, asimismo, de la sociedad en sus concepciones más debatidas: conflicto entre el interés del socio y el interés social, fin de la sociedad, posición de la responsabilidad limitada.

BARBIERI, Ezio Maria: *Spunti critici in tema de concorrenza*. DG, año LXXIV, núm. 12, diciembre 1959; págs. 777-786.

Contraposición de las situaciones de concurrencia y de monopolio en el aspecto jurídico más que en el económico. Rige actualmente en Italia el principio de la libre concurrencia, no siendo difícil armonizar la Constitución con ciertos preceptos del Código, fruto de ideas corporativas. La concurrencia desleal ha evolucionado desde el campo de la responsabilidad aquiliana al de las actividades contrarias a los usos honestos de comercio. Necesidad de modernizar algunos de sus aspectos.

BROSETA, M.: *Tullio Ascarelli*. RDM, núm. LXXV enero-marzo 1960; páginas 97-102.

Fallecido el gran maestro italiano en noviembre de 1959, se esboza su posición metodológica caracterizada por la preocupación en torno a las causas histórico-políticas que determinan, como *prius lógico*, la concreta regulación positiva. La adecuación de la norma a la realidad en aras del ideal de justicia. Indicación de sus obras principales. (Vid. FERRARA).

FERRARA, Francesco: *Tullio Ascarelli*. RDCC, año VI, núm. 1, enero-febrero 1960; págs. 113-116.

Personalidad y significación jurídica de este gran maestro, desaparecido en noviembre de 1959. Indicación de su amplísima producción bibliográfica. (vid. BROSETA).

GARRIGUES, Joaquín: *La revalorización de los activos en los balances mercantiles*. ROM, núm. LXXVI, abril-junio 1960; págs. 249-300.

Necesidad, posibilidad y técnica de la revalorización de los activos en los balances mercantiles. Distinción de supuestos. Consideración de la revalorización en su aspecto jurídico-mercantil. Entiende el autor que hay un interés general en que se acometa la revalorización inmediata de los activos en los balances de las empresas españolas, imprimiendo la barrera fiscal que hace sumamente gravosas las operaciones revaloradoras.

LIGI, Franco: *Osservazioni sul disegno di Legge governativo per la tutela della libertà della concorrenza*. RDCC, año VI, núm. 1, enero-febrero 1960; 2.ª parte págs. 74-102.

Aspecto fundamentales de la proyectada reglamentación en Italia para tutelar y garantizar la libertad de la competencia mercantil e industrial. Función de la nueva ley y contraste con las normas vigentes; necesidad y legitimidad de la misma, peligros y posible incisividad. Aspectos técnicos. Excepciones a la libre competencia. Sigue el texto del Proyecto (págs. 103-107).

SÁNCHEZ-APELLANIZ, Miguel: *Sobre ferias y en especial las de muestras.* RDM, núm. 76, abril-junio 1960; págs. 367-391.

Evolución histórica e influencia del Derecho de las ferias en el Derecho mercantil. Concepto de las ferias: delimitación frente a instituciones afines. Las ferias en España. Referencia a las de muestras.

VERDE ALDEA, José: *Cursos colectivos sobre «Leyes antitrust» y el «Derecho de los seguros privado» en la Universidad Internacional de Ciencias Comparadas de Luxemburgo.* RDM, núm. 76, abril-junio 1960; páginas 393-398.

Reseña informativa de los Cursos indicados en el epígrafe. Países tomados en cuenta y materias concretas examinadas.

2. Comerciantes y sociedades.

A. L.: *Sociedad per azioni e societá a responsabilità limitata (Progetti di Legge).* RS, año IX, Fase 2, marzo-abril 1959; págs. 371-376.

Se ha presentado al Parlamento italiano un Proyecto de Ley que propone la reforma de algunos aspectos concretos en materia de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Texto y fundamentación del mismo. Las reformas propuestas se refieren a capital mínimo, censores oficiales, inscripción de transferencias, número de votos, colegio sindical y aspectos tributarios.

ASCARELLI, Tullio: *In tema di conferimenti in natura.* RS, año IV, Fasc. 3-4, mayo-agosto 1959; págs. 482-502.

Según el art. 2.343 del Código civil italiano las aportaciones *in natura* a la sociedad por acciones han de acompañarse de una relación jurada de un perito sobre condiciones y valor. Dictamen del autor en torno a las consecuencias de la omisión de la relación indicada, su no presentación por el aportante y aplicabilidad o no del art. 1.453 (= 1.124 Código español).

BEESE, Julius: *Inpfandnahme von Eigenaktien.* ACP, tomo CLIX, cuaderno 1, 1960; págs. 56-76.

Conveniencia o no de que la prohibición de adquisición de sus propias acciones, salvo ciertos supuestos, se aplique a la hipótesis de que la sociedad las tome en prenda. Estudio sobre el art. 65 de la Ley alemana de sociedades por acciones: prohibición de adquisición de acciones propias, su motivación y excepciones; prohibición de devolver las aportaciones; prenda de las propias acciones, supuestos prohibidos y permitidos; derecho de retención.

DALMARELLO, Arturo: *Conflitto d'interessi nell'acquisto delle proprie azioni ex art. 2.357 cod. civ.* RS, año IV, Fasc. 2, marzo-abril 1959; págs. 189-197.

En la adquisición por las sociedades de sus propias acciones cabe un conflicto preexistente a la deliberación de la asamblea de los socios que vaya a autorizar

la adquisición y un conflicto actual de intereses derivado del fin que un accionista persiga con su voto, distinto al interés de la sociedad. Aspectos de la deliberación indicada.

FANELLI, Giuseppe: *Limiti e condizioni di legittimità delle partecipazioni di società ad altre imprese*. RDCC, año VI, núm. 1, enero-febrero 1960; páginas 52-80.

El art. 2,361 del Código civil italiano prohíbe que una sociedad por acciones asuma participaciones en otras empresas cuando, aun previstas en el acto constitutivo, por su medida o por su objeto supusieran una modificación sustancial del objeto de la sociedad. Significado de la norma y estudio del problema, distinguiendo entre participación en empresas con el mismo o con distinto objeto de la participante.

GARRIGUES, Joaquín: *La protección de las minorías en el Derecho español*, RS, año IV, Fasc. 2, marzo-abril 1959; págs. 331-349.

Distinguiendo entre protección de las minorías en sentido estricto y en sentido amplio se estudia el problema en el Derecho español sobre sociedades anónimas. Se trata de un escrito que el autor dedica a la colección en memoria de Lorenzo Mossa.

GRAZIANI, Alessandro: *I modelli di bilancio nelle imprese elettriche*. RS, año IV, Fasc. 1, enero-febrero 1959; págs. 1-18.

La Ley italiana de 4 de marzo de 1958 ha dictado normas para la formación del balance de ejercicio de las sociedades y entes de producción o distribución de energía eléctrica. Contenido de la Ley indicada y consideración crítica de la misma desde el punto de vista del Derecho de sociedades.

GUGLIELMETTI, Giannantonio: *Il divieto di concorrenza nell' alienazione di azienda in relazione all' esistenza di società*. RS, año IV, Fasc. 1, enero-febrero 1959; págs. 78-98.

La legislación italiana ha considerado bajo un doble aspecto la restricción a la concurrencia en materia de enajenación de "azienda": estableciendo su prohibición legal y los límites de ella; permitiendo que contractualmente se pueda señalar límites más amplios al pacto de no concurrencia. Delimitados ambos aspectos, el contractual y el legal, estudia el autor las hipótesis y mecanismo de su aplicación cuando la "azienda" a transferir esté representada por una sociedad o el enajenante después de la transferencia.

KATZAROV, Konst: *Le problème du contrôle en matière de nationalisations*. RS, año IV, Fasc. 1, enero-febrero 1959; págs. 140-151.

El problema de la organización del control en materia de nacionalizaciones presenta un triple aspecto: control del acto mismo de nacionalización en el Derecho constitucional; control de funcionamiento de las empresas nacionalizadas;

efectos de las nacionalizaciones en la vida internacional y compatibilidad con las normas del Derecho internacional.

MARTÍN, Mauricio: *Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades* (Buenos Aires, 1959). RDM, núm. 75, enero-marzo 1960; 131-147.

Examen del Anteproyecto de Ley sobre sociedades redactado en Argentina por los doctores Malagarriga y Aztiria. Consta de cinco capítulos dedicados a las disposiciones generales, a cada tipo de sociedad concreto, a las cooperativas, a la asociación en participación y a las normas transitorias.

MELÓN INFANTE, Fernando: *El artículo 4 del Código de Comercio (Interpretación del precepto a la luz del Derecho vigente)*. RDM, núm. 76, abril-junio 1960; págs. 343-365.

Para obviar las dudas que ha suscitado y aún, en ciertos aspectos, puede suscitar el art. 4 del Código de Comercio se propone, indicando sus ventajas, una nueva redacción del precepto. Lo mismo se hace con su complemento, el artículo 5º.

MIGNOLI, Ariberto.: *Questioni in tema di assemblee speciali*. RDDG, año VI, núm. 3, mayo-junio 1960; págs. 229-281.

Arrancando de una reciente decisión del Tribunal de Génova de 3 de julio de 1958 examina el autor los problemas que surgen de la existencia, en una sociedad por acciones, de una pluralidad de categorías de accionistas; lo cual da lugar, en virtud del art. 2.376 del Código civil italiano, a que, si las deliberaciones de la asamblea perjudican a una de las categorías, dichas deliberaciones deben ser aprobadas por una asamblea especial de los socios de la categoría perjudicada. En el presente estudio se adopta este esquema: A) Convocatoria de la asamblea especial. B) ¿Forman una categoría especial, en el sentido del art. 2.376, las acciones ordinarias? C) Significado del "perjuicio" en el sentido del precepto. D) Situación de la deliberación de la asamblea general a falta o antes de la aprobación de la especial. E) Carácter imperativo o no del art. 2.376.

NICITA, Antonio: *Rassegna di legislazione e giurisprudenza*. RS, año IV, Fascículo 1, enero-febrero 1959; págs. 99-129.

Reseña de Jurisprudencia correspondiente a 1958 en materia de sociedades: constitución, asamblea, administradores y síndicos, exclusión del socio, sindicación de acciones, disolución y liquidación, transformación en participación y quiebra.

NOBILI, R.: *Casi di giurisprudenza nord-americana*. RS, año IV, Fasc. 2, marzo-abril 1959; págs 354-358.

Extraídos de la jurisprudencia norteamericana se recogen algunos supuestos resueltos por los tribunales referentes a las cláusulas limitativas de la transferen-

cia de acciones, venta de la "azienda" social, providencias a favor de los administradores y de los dependientes de la sociedad.

SCHIPPEL, Helmut: *Sulla riforma del Diritto delle società per azioni in Germania*, RS, año IV, Fasc. 3-4, mayo-agosto 1959; págs. 516-565.

El Ministerio de Justicia de Alemania occidental ha presentado el 7 de octubre de 1958 un Proyecto de Ley sobre la sociedad por acciones. Basado en gran parte en la Ley vigente de 1937, se examinan sus aspectos y tendencias más significativas. Principios que se mantienen y novedades.

SENA, Giuseppe: *Convenzioni di voto a validità del voto*, RS, año IV, Fascículo 3-4, mayo-agosto 1959; págs. 443-468.

Comentario crítico suscitado por la sentencia de 5 de julio de 1958 (casación italiana), declarando la licitud de la sindicación de voto en las sociedades por acciones, vinculando la cuestión con el problema de la validez del voto emitido por el sindicato. Consideraciones generales e hipótesis concretas de validez e invalidez de las convenciones de voto, según se pacten con relación a quien sea portador del interés social o suponga la atribución del voto a personas extrañas a la sociedad.

SIMONETTO, Ernesto: *Fallimento del socio ed esclusione*, RS, año IV, Fascículo 2, marzo-abril 1959; págs. 198-218.

El artículo 2.288 del Código civil italiano prescribe que queda excluido de derecho el socio que sea declarado en quiebra. No obstante, su aparente claridad, la norma transcrita ha dado lugar a dudas doctrinales en cuanto a la determinación de su ámbito de aplicación por interferirse con ciertos principios de aplicación general.

SIMONETTO Ernesto: *Intema di esclusione del socio*, RDCC, año VI, número 1, enero-febrero 1960; 2.ª parte, págs. 49-64.

Comentario conjunto a una sentencia de la Corte de Casación (14 de abril 1958) y otra de la Corte de Apelación de Nápoles (14 agosto 1950) en relación con la exclusión del socio que había hecho aportaciones consistentes en el goce de bienes. No puede ser excluido si se hacen irrealizables otras aportaciones suyas; de serlo, tiene derecho de la restitución de los bienes aportados.

VALSECCHI, Emilio: *Nomina di amministratori per cooptazione*, RS, año IV, Fascículo 3-4, mayo-agosto 1959; págs. 469-481.

En Italia se difunde constantemente el sistema de nombrar por "cooptación" a los administradores de la sociedad por acciones: nombramiento de administradores por otros ya nombrados, autorizados a ello por el acto constitutivo o por la asamblea. Dídas sobre la validez de semejante sistema de examen de la cuestión por el autor.

4. Obligaciones y contratos.

BROSETA PONT. Manuel: *Presupuestos técnicos y concepto del contrato de reaseguro*. RDM, núm. 75, enero-marzo 1960; págs. 7-66.

Indicada la importancia y los presupuestos técnico-económicos del reaseguro, se llega a la formulación de su concepto después de examinar los principios generales de la institución y las relaciones externas e internas del contrato; se define éste como "un seguro contra el nacimiento de una deuda que soporta el patrimonio del asegurador como consecuencia de un contrato de seguro anterior estipulado por él". Se delimita el reaseguro contrastándolo con el coaseguro, el seguro subsidiario y la cesión de cartera.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: *Créditos documentarios transferibles y subsidarios*. RDM, núm. 75, enero-marzo 1960; págs. 67-94; núm. 77 julio-septiembre 1960; págs. 7-56.

El intermediario de la provisión de mercancías financia la adquisición de las que va a transferir al adquirente mediante la transmisión al proveedor del crédito documentario abierto a su favor en pago de las mercancías. Este es el crédito documentario transferible, figura de enorme importancia en las operaciones de mediación en las ventas internacionales de mercancías. Distinción de figuras afines con respecto a la transferencia y naturaleza de ésta. Supuestos en que cabe. Contenido de la operación e hipótesis especiales.

G. L. P.: *Le Banche francesi di fronte al fallimento del correntista*. RDDC, año VI, núm. 3, mayo-junio 1960; págs. 319-320.

Posición de los bancos en cuanto a la realización o no del pago en el caso de quiebra del cuentacorrentista. Distinta naturaleza de la cuestión según que el crédito por la previsión pase o no automáticamente al portador.

PÉREZ ESCOLAR, Rafael: *La Mutualidad Nacional de previsión agraria y la cuota de empresario*. RDM, núm. 75 enero-marzo 1960; págs. 103-129.

Consideraciones sobre el Decreto de 23 de abril de 1959 que al crear la mutualidad que se indica en el epígrafe fija arbitraria y desmesuradamente la cuota del empresario.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

BERRZUE, G.: *Schiffskollisionen im Ausland*. MDR, año XIII, cuaderno 11; noviembre 1959; págs. 881-884.

En las colisiones de buques alemanes en aguas extranjeras se discute si procede aplicar el Derecho alemán o el Derecho del lugar de la colisión. Consideración del problema, mostrándose el autor inclinado de la aplicación de la Ley del lugar del accidente.

ECHEVARRÍA RIVERA, Luis: *El seguro marítimo nuclear*. RDM, núm 75, enero-marzo 1960; págs. 191-195.

Perspectivas que en el ámbito del seguro marítimo va a plantear la propulsión de los buques por energía nuclear. Organismos y conferencias internacionales que se han ocupado del problema.

ECHEVARRÍA RIVERA, Luis: *Notas sobre cuestiones de Derecho marítimo*. RDM, número 77, julio-septiembre 1960; págs. 155-158.

Facturas CIF y facturas FOB. Relación de la primera con el pago de los derechos arancelarios. La Mutua Nacional de Previsión y el riesgo marítimo.

SÁNCHEZ-GAMBORINO, F. M.: *El sistema de responsabilidad objetiva de la Ley de Navegación aérea y su posible extensión a los transportes por todas las vías*. RDM, núm. 77, julio-septiembre 1960; págs. 139-154.

Examen exegético del art. 120 de la Ley de Navegación aérea de 21 julio 1960 que instaura, en el transporte aéreo, el sistema de la obligación de indemnizar en base al daño o accidente. Se propugna la extensión de este régimen de responsabilidad objetiva a todos los demás transportes.

6. Derecho de quiebras.

F. S. B.: *Clausola penale e fallimento*. RDDC, año VI, núm. 3, mayo-junio 1960; págs; 318-319.

¿Es válida la estipulación de una cláusula penal para de caso de "fallimento"? Se estima más correcta la solución negativa, a pesar de que en Francia parece prevalecer la contraria.

FORMIGGINI, Aldo: *Attività bancaria illecita*. RDDC, año VI, número 3, mayo-junio 1960, 2.^a parte; págs. 251-260.

Comentario respecto a este principio jurisprudencial: la actividad comercial, aunque tenga un objeto ilícito, sigue siendo tal actividad comercial, y siempre que se ejerza profesionalmente con organización de empresa da lugar a la existencia de la figura del empresario que, si deviene insolvente, está sujeto a la declaración de "fallimento". (Tribunal de Bolonia. Sent. 8 abril 1959). En el caso en cuestión el autor disiente de Bigiavì respecto a la clase de actividad ilícita que se realizaba: actividad bancaria.

FAJARDI, Piero: *Il progetto di ripartizione dell' attivo fallimentare ed il suo sistema d' impugnazione*. RDDC, año VI, número 3, mayo-junio 1960, 2.^a parte; págs. 286-294.

El art. 110 de la Ley italiana sobre el "fallimento" preceptúa que el curador debe presentar una indicación de las sumas disponibles y un proyecto de reparto de las mismas. Posibilidad de impugnación de este proyecto, aun declarado ya

ejecutivo por el juez delegado. Acreedores legitimados a la impugnación: incluso los que no hayan hecho observaciones en contra del proyecto y aunque éste se haya ejecutado. (Tribunal de Milán, Sent. 27 marzo 1959). Comentario, estudiando con carácter general el significado de la impugnación.

PAJARDI, Piero: *Casi pratici di Diritto fallimentare*, RDDC, año VI, número 3, mayo-junio 1960, 2.^a parte; págs. 306-316.

Problemas varios y cuestiones diversas de Derecho "fallimentare" comentadas desde un punto de vista práctico y con referencia a la legislación italiana: oposición a la declaración, retirada del recurso de declaración después del "decreto" de la Corte de Apelación, sociedades creadas por la declaración, depósito a largo plazo, privilegios especiales y concordato, etc.

PAJARDI, Piero: *La cancellazione delle società e la loro dichiarazione di fallimento*, DG, año LXXXV, núm. 2, febrero 1960; págs. 81-83.

Consecuencias de la cancelación de una sociedad regular en orden al problema de su sujeción al "fallimento", teniendo presente que también una sociedad irregular cuyos socios pretenden formalizar el momento extintivo, puede ser inscrita para poder registrar la liquidación y obtener el provecho de homologación de la petición de cancelación formal.

IV. DERECHO NOTARIAL

BARMANN, Johannes: *Die Freizügigkeit der notariellen Urkunde*, ACP, tomo CLIX, cuaderno 1, 1960; págs. 1-40.

Ponencia del autor al V Congreso Internacional del Notariado Latino (Roma, octubre 1958), que lleva el subtítulo de "Derecho internacional privado de los documentos notariales". A juicio del autor el problema de la internacionalidad del instrumento notarial presenta tres aspectos: 1) Límites en que puede estimarse existente una competencia internacional del notario. 2) Hasta qué punto puede utilizarse válidamente un documento notarial fuera de las fronteras del territorio. 3) Normas de colisión del Derecho internacional privado que son aplicables a la actividad y procedimientos notariales.

CINQUE, Giuseppe: *Dell'atto notarile di mutuo con interessi*, DG, año LXXIV, número 12, diciembre 1959; págs. 787-789.

El hecho de que en un documento notarial de mutuo con interés se contenga la cláusula expresa de resolución por impago de los intereses de un semestre estipulada como cláusula de ejecución forzosa para recuperación del capital, no basta para conferir a dicho documento el carácter de título ejecutivo que pueda sustraerse a toda cognición judicial. (Vid. aquí GUARINO).

CÓDIGO: — do Notariado (Projecto). BMI, núm. 91, diciembre 1959; página 229.

Precedido de una exposición de motivos y seguido de las tablas de aranceles notariales se inserta íntegro el Proyecto portugués de Código del Notariado.

GUARINO, Antonio: *Efficacia essecutiva dell' atto notarile*. DG, año LXXV, número 1, enero 1960; págs. 55-59.

Comentario a una Sentencia del Tribunal de Salerno (28 noviembre 1958) en la que se mantiene las tesis que se indica en el trabajo de CINQUE (vid. en esta sección): no tiene eficacia ejecutiva el documento notarial de mutuo que contiene una cláusula resolutiva y ejecutiva para el caso de falta de pago.

LANZA, A.: *Funzione notarile di adeguamento o adeguamento de funzione notarile (al processo verbale d' assemblée)?* RS, año IV, fasc. 1, enero-febrero 1959; págs. 152-154.

Función del notario en la documentación de las asambleas de sociedades por acciones en Italia.

V. DERECHO PROCESAL.

2. Parte general.

BUCOLO, Francesco: *La sospensione nel processo civile sotto l'aspetto sistematico*. RDDC, año VI, núm. 3, mayo-junio 1960; págs. 282-311.

No es ciertamente la institución de la suspensión del proceso una de las más tratadas por la doctrina italiana. Pretende el autor ofrecer una visión de conjunto de carácter sistemático de las normas relativas a la institución en el Código de procedimiento civil, agrupándolas en cuatro categorías: oportunidad, pre-judicialidad, "coordinatividad" y cautelaridad.

GRRAZZINI, Anna Maria: *In tema di delibazione di sentenze estere*. RDMSP, año III, núm. 2-3, marzo-junio 1960; págs. 269-275.

Consideraciones en torno a la eficacia en Italia de las sentencias extranjeras sobre anulación de matrimonio y sobre eficacia de sentencias eclesiásticas de nulidad de matrimonio y de decretos sobre dispensa pontifícia en los casos de matrimonio nato y no consumado.

MENNITI-IPPOLITO, Antonio: *Appunti sul disegno di legge concernente modificazioni al Codice di procedura civile*. DG, año LXXV, núm. 6, junio 1960, págs. 318-323.

Breves notas en torno a reformas propuestas para el Código italiano de procedimiento civil: organización judicial, aumento de los límites de la competencia, organización de servicios.

MITTELSTEIN, Kurt: *Die Bundesrechtsanwaltsordnung*. MDR, año XIII, cuaderno 10, octubre 1959; págs. 811-813.

Aspectos concretos de la nueva ordenanza alemana sobre los abogados, de 1-8-59, entrada en vigencia el 1-10-59. Se considera al abogado como un organo independiente de la administración de justicia.

MÜNZBERG, Wolfgang: *Prozessurteile im Versäumnisverfahren*, ACP, tomo CLIX, núm. 1, 1960; págs. 41-56.

El hecho de que recientemente la jurisprudencia alemana haya roto con su postura tradicional respecto al significado y naturaleza de las sentencias dictadas contra la parte rebelde, da motivo al autor para ofrecer un estudio de la cuestión de los presupuestos de una sentencia sobre el fondo de los procesos en rebeldía y de los casos en que debe recaer meramente una "sentencia procesal" que no entre en el fondo del litigio.

NEUHAUS, P. H.: *Internationale Zuständigkeit für rechtsgestaltende Entscheidungen*. FF, año VI, cuaderno 12, diciembre 1959; págs. 482-483.

Consideraciones sobre competencia internacional de las sentencias constitutivas, en base a fallos recientes de la jurisprudencia alemana y los comentarios en torno a la misma.

PAES DA SILVA VAZ SERRA, Adriano: *Tribunal competente para apreciação da responsabilidade civil conexa com a criminal. Valor, no juízo civil, do caso julgado criminal Garantias da indemnização*. BMI, núm. 91 diciembre 1959; págs. 147-206.

Delimitación de competencia, en sentido procesal, para el conocimiento de la responsabilidad civil nacida de delito: conocimiento del tribunal penal como regla general; excepciones. Eficacia de la cosa juzgada criminal en el ámbito civil.

RAPISARDI, Alfio: *Sanatoria in appello della mancata integrazione del contrattorio in caso di litisconsorzio necesario?* RDDC, año V, núm. 6, noviembre-diciembre 1959, 2.ª parte; págs. 596-608.

Con referencia a un supuesto en el que el arrendador, para negar la prórroga al arrendatario (Ley italiana de 23 de mayo de 1950), intenta cederle un contrato en el cual ocupa él la posición de arrendatario de un inmueble semejante, la Corte de Casación ha estimado que no habiéndose integrado el litisconsorcio en primera instancia con el arrendador del segundo contrato cabe dicha integración en apelación. Comentario crítico de esta admisión de integrar en apelación el litisconsorcio que debió integrarse en primera instancia, a pesar de la ratificación del litisconsorte.

RAZZA, Lee: *Sentenza di condanna generica e decorrenza della prescrizione*. DG, año LXXIV, núm. 10, octubre 1959; págs. 688-692.

Pronunciada una sentencia de condena genérica (art. 278, Código de procedimiento civil italiano) en la que se declara el deber de indemnización sin señalar de momento el "quantum" del resarcimiento, es aplicable la prescripción decenal del art. 2.953 del Código civil que convierte en decenal una prescripción de plazo menor cuando los derechos para los que ésta se establece están afectados por una sentencia de condena. Comentario de la decisión de la Corte de Apelación de Nápoles de 17 de marzo de 1959.

SPARANO, Vincenzo: «*Actio ad exhibendum*» ed ordine di esibizione. DG, año LXXV, núm. 1, enero 1960; págs. 1-23.

La actual instancia y consiguiente orden de exhibición de cosas y documentos que regula el Código italiano de procedimiento civil (art. 210 sigs.) no tiene el carácter de "acción" de la antigua *actio ad exhibendum*. Relación entre ambas figuras. Caben bajo el sistema de la legislación actual ambos tipos. La exhibición basada en el Código procesal: *la actio ex iure civile*.

SPARANO, Vincenzo: *L'esibizione di prove e la sua evoluzione*, DG, año LXXV, número 3-4, marzo-abril 1960; págs. 133-146.

Evolución del movimiento jurisprudencial italiano en torno a la institución de la exhibición de pruebas y su delimitación, especialmente frente a la *actio ad exhibendum*. Se fija el autor en la evolución hasta 1942.

SPARANO, Vincenzo: *L'esibizione di prove e la sua evoluzione*. DG, año LXXV, número 6, junio 1960; págs. 301-317.

La institución de la exhibición de pruebas en el vigente Código italiano de procedimiento civil. Aspectos, mecanismo, significado. Insistencia sobre su delimitación frente a la antigua *actio exhibendum*.

3. Procesos especiales.

ANDRIOLI, Virgilio: *Incapacità del difensore a consentire le proroga del termine per la pronuncia del lodo?* DG, año LXXV, núm. 6, junio 1960, páginas 339-343.

Comentario crítico de la sentencia de la Corte de Casación italiana de 27 octubre 1959 según la cual el "procurator ad litem" para poder consentir eficazmente la prórroga del plazo de emisión del laudo arbitral, debe estar provisto de un mandato especial.

DE SEMO, Giorgio: *Perdita della legittimazione processuale del fallito e i suoi limiti*. RDDC, año VI, núm. 3, mayo-junio 1960; págs. 312-316.

Recientemente ha entendido la jurisprudencia italiana que cuando ante la indiferencia del curador del "fallimento", el "fallito" actúa en juicio por su

cuenta y con sus propios medios, la otra parte no puede excepcionar la falta de legitimación, ni tal falta puede apreciarse de oficio. Crítica de esta postura por el autor, que estima que la carencia de legitimación procesal del "fallito" es circunstancia apreciable *ex officio*.

Dr LAURO, Atilio: *Procura alle liti nei giudizi in cui e' parte il fallimento*. DG, año LXXIV, núm. 11, noviembre 1959; págs. 713-716.

Las especialidades que presenta el proceso "fallimentare" hacen que no siempre le sean aplicables los principios que presiden el proceso ordinario. Ello justifica que, según sentencia del Tribunal de Florencia de 8 de febrero de 1958, se haya afirmado que para la proposición de una demanda judicial es suficiente el nombramiento que, del abogado y procurador, hace el juez delegado (en materia del fallimento) sin que sea necesario el poder conferido al "curador". Crítica del fallo por D'Onofrio y contracrítica por el autor.

Dr LAURO, Massimo: *In tema di massime di esperienza*. DG, año LXXV, número 3-4, marzo-abril 1960; págs. 214-215.

La Corte de Casación italiana entiende, en sentencia de 1 de abril de 1958 que, con respecto a las máximas de experiencia, que el juez tiene la facultad, no la obligación, de recurrir a ellas y por lo tanto, el no uso de dicha facultad no es alegable en casación. Significado de los hechos notorios. Crítica de la posición jurisprudencial. Significado de la facultad del juez.

EWALD, Hans: *Die Zwangsvollstreckung in die auf Abzahlung gekaufte Cache auf Grund eines Zahlungstitels de lege ferenda*. ACP, tomo CLIX, cuaderno 1, 1960; págs. 76-85.

En la práctica jurisprudencial alemana la ejecución forzosa, en base a un título de pago, sobre los objetos vendidos con reserva de dominio presenta serias dificultades, nacidas, sobre todo, del hecho de que se trata de una ejecución en cosa propia, admitida en términos generales. Consideraciones en torno a si esta ejecución debe o no tener significado resolutorio. Se entiende que no.

LASERRA, Giorgio: *Opposizione di merito a preceppo e sospensione del processo esecutivo da parte del giudice della esecuzione*. DG, año LXXV, número 3-4, marzo-abril 1960; págs. 200-206.

Suspensión de la ejecución, antes de ser iniciada, por oposición formulada en las condiciones del artículo 615, 1º del Código italiano de procedimiento civil. En la llamada "oposición al precepto" (precepto = intimación de cumplir la obligación resultante del título ejecutivo) pierde el juez la competencia para suspender la ejecución si la oposición es posterior al comienzo de aquélla. Crítica de esta tesis (Pretura de Bari ord. 12 de diciembre de 1959).

LIGNOLA, Pietro: *Questioni in tema di opposizione all'esecuzione.* DG, año LXXV, núm. 1, enero 1960; págs. 59-67.

Consideración en torno a una sentencia de la Pretura de Nápoles (6 de abril 1959) en la que se establece que en materia de oposición a la ejecución pueden aducirse hechos sobrevenidos al título ejecutivo y que vengan a modificar el derecho afirmado en el título mismo. Puede por tanto hacerse valer en la ejecución la extinción sobrevenida del derecho subjetivo que estaba consagrado en el título ejecutivo. Se trataba de una casa arrendada cuyo dueño la dejó a dos herederas. Una de ellas instó el desalojo por necesidad propia en nombre de las dos. Al dividirse la casa corresponde a la heredera que no instó el desalojo. Se opone el arrendatario basado en este hecho y se acepta su tesis. Comentario elogioso.

SCARDACCIONE, Aurelio: *Sulla competenza del pretore ad emettere il provvedimento di sequestro e di vendita di un autoveicolo ai sensi dell'articolo 7 del Decreto-Legge 15 marzo 1927,* núm. 436. RDDS, año V, número 6, noviembre-diciembre 1959, 2.^a parte; págs. 609-612.

El art. 7 del Decreto-Ley italiano de 15 de marzo de 1927 sobre compra-venta de automóviles y registro automovilístico establece que el comprador pierda el beneficio de los plazos que se le hayan concedido cuando, sin consentimiento del vendedor, enajene el vehículo o parte de él. La Corte de Casación (Sent. 28 de diciembre de 1956) ha entendido que el pretor competente para el embargo, si el deudor (comprador) no cumple sus obligaciones, es el del domicilio o residencia de éste. Comentario.

SCARDACCIONE, Aurelio: *Brevi osservazioni sull'offerta di aumento di sesto prevista dall'art. 584 Codice Procedura civile.* RDDC, año V, núm. 6, noviembre-diciembre 1959, 2.^a parte; págs. 612-614.

El art. 584 del Código de procedimiento civil italiano prevé, en relación con la subasta de bienes embargados, que aun después de realizada dicha subasta, caben ofertas dentro de diez días con tal que superen en un sexto el precio conseguido en las pujas. Aspectos dudosos en la práctica aplicación del precepto.

SCARDACCIONE, Aurelio: *Sul reclamo di proprietà dei beni pignorati proposto mediante intervento nel giudizio per l'accertamento dell'obbligo del terzo previsto dall'art. 548 C.P.C.* RDDC, año VI, núm. 3, mayo-junio 1960, 2.^a parte; págs. 294-296.

Procediéndose al embargo de cosas del deudor en poder de tercero, niega éste que tales cosas pertenezcan al deudor. Surge entonces otro tercero que reclama la propiedad. ¿Es admisible esta intervención que, en el sistema italiano, debe realizarse ante el juez de la ejecución? El Tribunal de Casación la ha estimado admisible incluso en el juicio instaurado para fijar la obligación del tercero. Comentario crítico.

SCARDACCIONE, Aurelio: *La convalidazione delle nullità degli atti processuali e l'opposizione agli atti esecutivi*, RDDC, año VI, núm. 3, mayo-junio 1960, 2.^a parte; págs. 297-302.

Cualquier nulidad que pueda afectar a la notificación del "precepto" (intimación de cumplir la obligación que resulta del título ejecutivo) queda convalidada por la oposición, ya que ésta demuestra de forma evidente que la notificación cumplió su finalidad: llegar a conocimiento del deudor. Tesis de la Corte de Casación, comentada por el autor.

SCARDACCIONE, Aurelio: *L'inesistenza giuridica dell'atto processuale e l'opposizione agli atti esecutivi*, RDDC, año VI, núm. 3 mayo-junio 1960, 2.^a parte; págs. 302-305.

La afirmación de la jurisprudencia distinguiendo entre oposición a la ejecución y oposición a los actos ejecutivos que la integran da pie al autor para ofrecer unas notas en torno a la difícil cuestión de la inexistencia de los actos procesales, mostrándose contrario a ella, en base al art. 617 del Código de procedimiento civil.

TEDESCHI, Guido Uberto: *L'istruzione del giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, RDDC, año VI, núm. 3, mayo-junio 1960, 2.^a parte; págs. 260-285.

Comienza el autor destacando el carácter inquisitorio y no dispositivo de las actuaciones que preceden a la sentencia declarativa del "fallimento". El juicio de oposición a dicha sentencia tiene en cambio, suele afirmarse, carácter dispositivo. Una sentencia de casación de 25 julio 1958 ha afirmado lo contrario: que en el juicio de oposición indicado el juez está desvinculado del principio dispositivo de las pruebas. Examen crítico de esta postura, estudiando el juicio de oposición en su funcionamiento y eficacia.

VECCHIONE, Renato: *Arbitrato*, RDDC, año VI, núm. 1, enero-febrero 1960, 2.^a parte; págs. 1-48.

Amplia reseña de jurisprudencia italiana en materia de arbitraje, en el aspecto relativo al procedimiento.

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 = Boletín da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Boletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justicia (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 Quarterly (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen 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 (Múnich-Berlín).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
 OZOR = Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).

- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
 RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
 RDES = Revista de Dereito 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).
 RIDMSP = 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).
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito de 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.
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
 RIHD = 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 Scienze 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 (Bolonia).
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
 ROW = Recht in Ost und West. Zeitschrift für Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprobleme (Berlín).
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
 RS = Rivista delle Società (Milán).
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
 RTDC = Revue Trimestrelle de Droit Civil (París).
 RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).

RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pùblico (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).

JURISPRUDENCIA

I . SENTENCIAS COMENTADAS

La validez de las cláusulas de estabilización en los contratos de renta vitalicia

(Comentario a la Sentencia de 31 de octubre de 1960)

SUMARIO: 1. El supuesto contemplado: renta vitalicia con cláusula de estabilización.—2. La validez y eficacia de las cláusulas de estabilización: el criterio afirmativo de la jurisprudencia en la renta vitalicia.—3. El principio nominalista o la defensa de la seguridad en el tráfico jurídico: su derogación por equidad en la renta vitalicia.—4. La inflación como causa de la depreciación monetaria: las cláusulas estabilizadoras como restitutorias de la equivalencia de las prestaciones en la renta vitalicia.

1. *El supuesto contemplado: renta vitalicia con cláusula de estabilización.*

Por primera vez en el transcurso de nuestra historia jurisprudencial se presenta el caso de revalorización de la pensión de una renta vitalicia, pactada entre particulares en base a una cláusula de estabilización, al preverse los efectos que podía acarrear la depreciación de nuestra moneda.

El supuesto de hecho, que presenta la Sentencia de 31 de octubre de 1960, se reduce a los siguientes términos: En virtud de un contrato de renta vitalicia, concluido por C el 11 de agosto de 1945, se estableció una pensión vitalicia de dos mil quinientas pesetas mensuales a favor de los hoy demandados, el matrimonio A y B, quienes en contraprestación le transmitían una finca de su propiedad. Al mismo tiempo, se constituía hipoteca sobre dicha finca para asegurar el pago de las pensiones y, además, se añadía la siguiente cláusula: «En caso de depreciación de moneda, ésta (la renta vitalicia) será regulada por el valor del trigo, tasa oficial, para el abono de la pensión». Con posterioridad, el 27 de mayo de 1950, se trasmite por C la finca con la hipoteca a una tercera persona D, con la obligación de satisfacer a A y B dicha renta vitalicia en las condiciones que se establecieron en el anterior contrato.

Acaecida la depreciación de nuestra moneda durante el transcurso de los cinco años posteriores y, ante el impago de la renta con el aumento, por dicha depreciación, al no tomarse en cuenta el índice elegido (valor trigo), los cónyuges A y B presentaron un escrito correspondiente al procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria con objeto de ejecutar los bienes transmitidos, al haber quedado sujetos, como garantía, al pago de las pensiones. El actor D recurrió en las dos instancias y ante el Tribunal Supremo, quien, en Sentencia de 31 de octubre de 1960, confirma las sentencias de ambas instancias al reconocer como válida y eficaz la cláusula de estabilización pactada, tanto para el primer obligado C, como para el segundo D. subrogado en situación contractual; por lo que

le condena al pago de las pensiones atrasadas con arreglo al último precio del trigo tasado oficialmente.

La doctrina legal que contiene esta Sentencia tiene mucha importancia porque viene a resolver con criterio firme y bien fundado toda una serie de cuestiones que hasta ahora se debatían contradictoriamente, tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Cuestiones de principio, fundamentales, que carecían de una interpretación clara y de una posición firme por el propio Tribunal Supremo, y cuestiones más accesorias, derivadas de aquellas, pero cuya discusión hacia de la materia de las obligaciones pecuniarias una de las más debatidas y polémicas del Derecho de obligaciones actual.

La Sentencia que comentamos, cuyo ponente ha sido el Magistrado señor Eyré Varela, tiene un gran interés por las soluciones realistas que aporta ante un panorama dogmático donde los autores, en su mayor parte, se habían doblegado, guiados más por un conceptualismo de escuela que por el hallazgo de la equidad de los intereses reales en pugna. Tal es la devoción mostrada por la doctrina al principio nominalista sin reparar en los efectos inicuos de la inflación, al operar injusta y ciegamente, sin tomar en cuenta el desequilibrio patrimonial producido en las obligaciones a largo plazo o de trato sucesivo.

Esta Sentencia aborda tales extremos de un modo explícito y rotundo, tanto por lo que afecta a las cuestiones y problemas de alcance general como particular. Por lo demás, existen una serie de cuestiones que no quedan del todo perfiladas, tal como sucede respecto a la naturaleza pecuniaria de la renta vitalicia (si es deuda de suma o cantidad o no) y la susceptibilidad de revalorizarse no sólo en virtud de la autonomía de las partes, sino también en base a un principio de equidad, sin necesidad de recurrir a un tratamiento y cualificación de la misma como deuda de valor o de carácter alimentario. También era necesario explicar y examinar la naturaleza jurídica de estas «cláusulas estabilizadoras» que cumplen una función de justicia comutativa en cuanto implican una equiparación en la equivalencia de las prestaciones, especialmente la llamada «cláusula de escala móvil», que tiende a remediar los impactos de los fines exclusivamente económicos, especialmente cuando el orden público no las ha excluido de un modo expreso, como ha sucedido en nuestra ordenación monetaria y económica. De aquí que unas y otras consideraciones nos hayan movido a su nuevo examen.

2 *La validez y eficacia de las cláusulas de estabilización: el criterio afirmativo de la jurisprudencia en la renta vitalicia.*

El panorama doctrinal español en torno a la validez y eficacia de las cláusulas de estabilización carece de un enjuiciamiento pacífico y unánime. Por una parte, un grupo de autores (1) han considerado su nulidad e ineficacia

(1) Cfr. PELAYO MORE: *Cláusulas de estabilización*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", II (1948), 48 ss.; ROCA SASTRE y PUIG ERUTAU: *Cláusulas de estabilización*, en "Estudios de Derecho Privado", I (Barcelona, 1948), 251; CASTÁN: *Derecho español común y foral*, III. *Derecho de obligaciones*, 8.^a ed. Madrid, 1954. pág. 274; BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid, 1956, pág. 246; PUIG

en base a la oposición en que se encuentran respecto de las leyes de orden público, como las del curso forzoso del papel-monedas o del bloqueo de precios en determinados contratos (inquilinato, por ejemplo). Otro sector (2), por el contrario, afirma su validez y eficacia en base a que: no afectan al orden público, representan un exponente del principio de autonomía de la voluntad, prestigian el crédito, son útiles por la estabilización que implican y porque no se rechazan por la legislación española, sino que, antes bien, las reconoce y acepta.

Al tomar partido por esta segunda posición doctrinal es necesario que nos refiramos, lo más brevemente posible, a los apoyos legales y jurisprudenciales que dan la razón de su admisibilidad. Si las examinamos conforme al orden de aparición en el tiempo dentro del ámbito jurídico español veremos como las llamadas «cláusula oro» y «valor oro» (también «plata» y «valor plata») fueron aceptadas y reconocidas por nuestra legislación, al basar la peseta en el patrón oro y plata (sistema bimetálico) la Ley de 19 de octubre de 1868 (3), así como también hicieron las leyes de pago en oro de derechos arancelarios de 20 de marzo de 1906, su Ley complementaria de 24 de diciembre de 1912, y el Decreto de 30 de mayo de 1960. El Estado español, pues, no dudó en aceptar el patrón oro y plata como índices de valor de su moneda, a pesar de que durante nuestra guerra y postguerra civil fueron retiradas las piezas dímararias que se componían de dichos metales y se estableciera un régimen de curso forzoso del papel moneda (4), si bien se volvió a restaurar el sistema áureo por el Decreto-Ley de 4 de julio de 1958 (5).

La jurisprudencia, por su parte, admitió la validez de dichas «cláusulas oro» y «valor oro», tanto para los contratos que se habían celebrado o ejecutado en zona roja (6), como posteriormente, según la legislación común y extravagante (7).

Por lo que atañe a las «cláusulas en moneda extranjera» y «valor mo-

BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, I-2, *Derecho general de las obligaciones*, Barcelona, 1959, pág. 338.

(2) Cf. DUCALDE: *Cláusula "puro oro"*, en "Revista de Derecho Privado", 31 (1947), 1; PUIG PEÑA: *Cláusula oro*, en "Nueva Encyclopédia Jurídica Seix", IV (Barcelona, 1952), 183; BENÍTEZ DE LUGO: *Problemas y sugerencias sobre el contrato de seguros: sobreseguros infraseguro, cláusulas de estabilización*, Madrid, 1952; FERNANDEZ: *Las cláusulas estabilizadoras en la jurisprudencia española y francesa*, en "Revista del Instituto de Derecho Comparado", 2 (1954), 141; Cossío: *Cláusulas de escala móvil*, en "Revista de Derecho Privado", 39 (1955), 963; SOTO NIETO: *Cláusulas de estabilización y cláusula "rebus sic stantibus"* en relación con el arrendamiento urbano, en *Aspectos económicos de la Ley de los Arrendamientos Urbanos*, II (Alcoy, 1959), 155 ss. 8

(3) Esta Ley estableció que la moneda de plata de una peseta tenía cinco gramos de peso. Su ley de plata era de 835 milésimas. También se disponía que la moneda de cinco pesetas de oro pesase 1.6129 gramos con una ley de 900 milésimas.

(4) La Ley de 20 de enero de 1939 privó de curso legal a la moneda de plata y la Ley de 9 de noviembre de 1950 dispone que los billetes del Banco de España son, preceptivamente, medio legal de pago, con pleno poder liberatorio.

(5) Por este Decreto-Ley se fija la paridad de la peseta y queda establecida en razón de 0,0148112 gramos de oro fino por peseta.

(6) Sentencias 2 marzo 1943, 4 julio 1944, 27 febrero 1945, 12 marzo 1946, 29 abril y 16 junio 1946, 22 marzo 1947, 5 abril 1948 y 9 enero 1950.

(7) Sentencias 4 enero 1951 y 28 noviembre 1957.

neda extranjera», la legislación nada dispuso respecto a su prohibición, pues la que se ordenó para el régimen de control de cambios únicamente requería una «autorización» para el manejo y traslación de divisas, o sea, cuando la modalidad de pago implicase un desplazamiento de la moneda nacional y extranjera al exterior (8). Como ya tenemos demostrado en otro lugar (9), la validez y eficacia de estas cláusulas es manifiesta, puesto que no implican una actuación contra ley, tanto en lo que el ordenamiento sustantivo se refiere (art. 1.170 del C. c.), como en lo que al ordenamiento público económico respecta (legislación monetaria y bancaria).

Respecto a las llamadas «cláusulas de escala móvil», la legislación española no tuvo recelo en reconocerlas explícitamente en dos casos concretos: en materia de arrendamientos rústicos (art. 3.^o de la L.A.R. de 1942), con objeto de que la renta se mantuviese con adecuado poder adquisitivo a lo largo de su vigencia en relación a los rendimientos y productos de la tierra (10) y, en materia de créditos hipotecarios (art. 219 núm. 3.^o del Reglamento Hipotecario de 1959), con la finalidad de reavivar su ámbito y extensión, y de mantener el dinero prestado con un relativo poder adquisitivo (11).

La presente Sentencia, que ahora comentamos, de 31 de octubre de 1960, nos va a dar los argumentos que concluyen tal validez y eficacia de dichas cláusulas estabilizadoras. Dice: «Aparte la discusión doctrinal que puede suscitar y el diferente criterio que en Derecho comparado motiva, en el nuestro está expresamente reconocida en varias sentencias de esta Sala, 29 de abril y 23 noviembre de 1946, 9 de marzo de 1947, 9 de enero de 1950, 28 de noviembre de 1957, y ello porque no contradice Ley alguna ni va contra la circulación forzosa del billete, medio legal de pago de cantidades dinerarias, aspecto que podía afectar al orden público en calificadas circunstancias aquí no concurrentes, sino que como simple rectificadora del nominalismo, se limita a adoptar su valor adquisitivo al que le corresponde en el mercado, que en casos como el presente está perfectamente justificado en unos pensionistas que para asegurarse la pensión como medio de vida, prever las contingencias de la depreciación monetaria en curso al otorgarse el contrato, que les ponga al abrigo de la miseria, pues ambas partes contendientes afirman que carecen de medios para su subsistencia».

El Tribunal Supremo rebate, además, la argumentación que algún autor ya opuso a la admisibilidad y eficacia de estas cláusulas, y que el recurrente D trae a colación, al señalar el antecedente negativo de invalidez declarado en la Sentencia de 25 de enero de 1955 y las Resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952. Y rechaza tal precedente «porque la Sentencia de veinticinco de enero de mil novecientos cincuenta y cinco que

(8) Cfr. BONET CORREA: *El cumplimiento de las obligaciones monetarias en el régimen de control de cambios*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIV-1 (1961), 3 ss.

(9) BONET CORREA: *La validez de los contratos afectados por el régimen de control de cambios*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XIII-1, (1960), 262 ss.

(10) Cfr. BONET CORREA: *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-1 (1955), 89 y ss.

(11) Cfr. BONET CORREA: *Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización*, en «Revista de Derecho Notarial», XXIX-XXX (1960), 43 ss.

se invoca, si bien contiene el párrafo que se transcribe, no va contra la cláusula valor, antes al contrario, en párrafos anteriores expresamente la admite, debiendo sumarse a las invocadas como calificadoras de su eficacia, sino contra la posible alteración de la merced de inquilinato que alteraba contra la Ley, caso distinto al de autos».

Esta argumentación ya la sostuvimos en parte (12), si bien ibamos más lejos, al afirmar que la renta de un local de negocio estipulado con una cláusula de escala móvil es válida y eficaz por no implicar «modificación» de la renta las alteraciones de su cuantía debido a la oscilación del precio de la escala o índice adoptado, sino únicamente alteración de la suma que es «precio del alquiler pactado», según se autorizaba por la legislación especial de arrendamientos urbanos.

En cuanto a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 3 y 4 de marzo de 1952, invocadas por el recurrente como contrarias a la adquisición y validez de estas cláusulas estabilizadoras, al no concretar de una manera fija la cuantía o suma de responsabilidad, y al rechazarse su inscripción en el Registro las hipotecas que las contengan, el Tribunal Supremo afirma: «sin que la doctrina de la Dirección de los Registros vincule a este Tribunal Supremo, no obstante su eficacia en el orden registral y su reconocido e indiscutible valor científico, en todo caso, sin que pueda trascender a la nulidad del procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria, seguido para la efectividad de la pensión garantizada con hipoteca, como ahora incidentalmente se sostiene». Y, en otro considerando, añade: «que no puede, desde el momento en que se rechazan los motivos examinados, declararse la nulidad de dicho procedimiento ejecutivo sumario, pues aunque se admitiera que la iliquidez de la deuda y la cuestión previa de la validez de lo contenido sobre la estabilización de la moneda en que debía pagarse impidiera el procedimiento, como tal nulidad se hizo depender de la cláusula consabida y sólo por consecuencia de ella, según se lee en el suplico de la demanda tal como consta en el apuntamiento y se persigue en este trámite, al ser la misma válida queda sin punto de apoyo la nulidad reclamada, suficiente argumento para rechazarla». Con lo cual, el Tribunal Supremo, sin necesidad de justificar una línea evolutiva acaecida en la doctrina registral, según hemos dejado ya constatado respecto al principio de especialidad y el procedimiento ejecutivo (13), ha podido concluir la validez y eficacia de dichas cláusulas estabilizadoras, hoy reconocidas por el legislador, «pudiendo añadirse como nota legal confirmatoria —en expresión textual de la sentencia— de aquella validez lo dispuesto en el artículo doscientos diez y nueve del Reglamento Hipotecario, según quedó redactado por el Decreto del diecisiete de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, aunque para este caso carezca de aplicación».

De este modo resultan descartados los dos posibles antecedentes que podían invocarse contra la validez y eficacia de las cláusulas de estabilización.

(12) BONET CORREA, *La cláusula de escala móvil "valor pan" en el arrendamiento de local de negocio*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, IX-1 (1956), 286 ss.

(13) *Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización*, cit. pag 54. ss.

zación, en general, pues, en particular, no lo afectan al contrato de renta vitalicia los principios y preceptos allí alegados. ¿Cuál es, entonces, el fundamento y la razón jurídica de que no se le aplique tales principios a la renta vitalicia? Respecto a este punto, la sentencia contiene una lagua, pues al aplicar un criterio valorista, rechazándose el nominalista que configura la renta vitalicia, por tratarse de una obligación de carácter pecuniario, se recurre a una acentuación del aspecto alimentario de la deuda (al hablar de «único medio de vida»), lo que puede inducir a un error grave al confundirla con el llamado «vitalicio». Sin hacer referencia a la esencia y caracteres con que viene configurada la renta vitalicia en el Código civil (al soslayarse la cuestión), se ha preferido justificar la cláusula contractual en un principio de equidad, aunque no se manifieste expresamente en la sentencia, al reconocerse la inflación imperante que crea una falta de equivalencia considerable entre el valor nominal y el «valor adquisitivo al que le corresponde en el mercado, que en caso como el presente está perfectamente justificado en unos pensionistas».

Efectivamente, no cabe alegar otro fundamento que el de la equidad, según habíamos ya propugnado (14), porque es necesario reconocer la naturaleza pecuniaria de la renta vitalicia (art. 1.802 del Código civil), sin necesidad de recurrir a subterfugios y acentuaciones fuera de lugar como los que se pretenden, so pena de desnaturalizar la institución. Ya la Sentencia de 16 de diciembre de 1930 precisaba que «no es contrato de renta vitalicia aquél donde la pensión no consiste en una cantidad fija y determinada, sino que ha de variar según las determinadas necesidades del rentista, y éste se reserva la facultad de disponer libremente de los bienes como si la sucesión no se hubiese hecho». Si así ocurriera, estaríamos, según advierte el profesor Castán (15), ante un «vitalicio» o pensión alimenticia.

Ahora bien, la diferencia entre el vitalicio y la renta vitalicia no hay que ponerla solamente en esta nota de variabilidad de la renta, sino en la causa que la inspira y que la promueve. La renta, en principio, puede variar en ambos casos y ello no supone que se confundan las dos figuras: mientras que en el vitalicio la causa de la variabilidad de la renta está en razón de la prestación, por ser una deuda de valor (alimentos, asistencia, etc.), en la renta vitalicia la variabilidad resulta tan sólo de un pacto, como sucede en el caso de autos, e, incluso podría resultar de una revisión judicial en base a la misma equidad y equivalencia de las prestaciones. Pero en nuestro caso, la causa está en la autonomía de la voluntad de las partes que pactan una suma (fija o variable), cuya variabilidad para nada afecta a la esencia pecuniaria de que se compone; se trata, simplemente, de una previsión de elevación de la cuantía o suma monetaria, sin que por ello la moneda deje de estar *obligatione* y no ocurra como en el vitalicio que entra solo *in solutione*.

Mas la previsión de elevación de la suma o cuantía dinetaria de una

(14) BONET CORREA: *La revalorización de las rentas vitalicias*, en «Revista de Derecho Notarial», XXVII (1960), 241.

(15) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 7.^a ed. IV (Madrid, 1953), 656.

obligación, ¿no se opone al principio nominalista? Hasta ahora, se ha interpretado el principio nominalista en correspondencia con las obligaciones pecuniarias como el que mantiene las deudas de suma inalterables en su valor y cuantía, pero tal afirmación requiere una mayor explicación para su correcto entendimiento.

3. El principio nominalista o la defensa de la seguridad en el tráfico jurídico: su derogación por equidad en la renta vitalicia.

El principio nominalista supone que las obligaciones pecuniarias siempre responden de la misma suma numérica de una unidad monetaria (peseta = peseta) expresada en el contrato, cualquiera que sea el valor de la moneda (intrínseco, comercial, etc.), y, por tanto, el deudor no está obligado a restituir más que aquella suma de la especie en curso legal al tiempo del pago.

Para nuestro ordenamiento positivo, como acontece en el Código civil a propósito del préstamo simple, «el que recibe en préstamo dinero... está obligado a devolver al acreedor *otro tanto*» (art. 1.753) y «se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.170 de este Código». Esta remisión del artículo 1.753 al 1.770 obedece a un fundamento remoto, a razones de valor, de mérito y demérito que el sistema metalista anteriormente dominante implicaba al ocurrir la posibilidad de alterar la ley del metal del que se componían las monedas. De este modo, el que se obligaba a restituir una moneda debía hacerlo de la sana que se le entregaba, por lo que la devolución hacia referencia a la especie y calidad. Tal práctica viene heredada como una norma desde el Medievo hasta la Edad Moderna, en la que fueron frecuentes las desvalorizaciones monetarias por las adulteraciones que reyes y príncipes hicieron en sus monedas, al rebajar la proporción del metal precioso que las componían, es decir, el contenido y valor intrínseco de la pieza monetaria. De este modo, el valor intrínseco era decisivo en cuanto al prestigio y valor de la moneda frente al nominal, por lo que era decisivo el principio: «*debitor debet solvere in moneta praecisa in qua est obligatus*» (16).

El principio, que tiene como vínculo el Código civil de Napoleón, es recogido por nuestro Código civil en el artículo 1.170, en su párrafo primero, al expresar que «el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada»; pero, en el artículo, se incorpora otra conquista apreciable que se descubre en la esencia del dinero: su indestructibilidad, por suponer una medida universal del valor patrimonial abstracto, que lo hace sustituible y convertible según la diversa moneda que represente. De aquí que se añada en el artículo 1.170: «y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España» (17). O sea, que ante una imposibilidad objetiva, no subjetiva (puesto

(16) Cfr. FABRO: *De variis nummariorum debitorum solutionibus*. Norimberga, 1622. Actualmente GROSSI: *Richerche sulle obbligazioni pecuniarie nel Diritto comune*. Milano, 1960.

(17) Actualmente, según la Ley de 9 de noviembre de 1939, los billetes del Banco de España son, preceptivamente, medio legal de pago con pleno poder liberatorio.

que esta última lo hace culpable), de entregar la moneda estipulada, entra en juego la conversión, es decir, la posibilidad de entregar otra moneda (que suele ser la de curso legal del lugar de pago) en proporción al valor de la pactada.

La fundamentación del principio nominalista, pues, no puede buscarse en el artículo 1.170 del Código civil, tal como se ha pretendido por la mayor parte de nuestra doctrina civilista. Ultimamente, han sido los profesores Garrigues (18) y Hernández-Gil (19) quienes han puesto de manifiesto como la idea del nominalismo no se traduce en el artículo 1.170 en términos suficientemente expresivos. Ha de ser el Código de comercio, a propósito del préstamo mercantil (art. 312) donde el principio nominalista adquiere su expresión más evidente en cuanto regla de pago de las obligaciones pecuniarias. Según este precepto, «consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor *una cantidad igual a la recibida*, con arreglo al valor legal que tiene la moneda al tiempo de la devolución». Es decir, que el valor de la moneda (intrínseco o ya comercial) carece de importancia, puesto que solamente el valor legal (nominal) es el significativo para la devolución al tiempo del cumplimiento (20).

De este modo, el principio nominalista logra la inalterabilidad del valor del dinero tan necesaria para la seguridad y fijeza de las transacciones y para que cumpla su finalidad legal de pago. Si fuese posible, sin más, en cualquier momento, tomar en consideración los diferentes valores reales o comerciales de una moneda y, como consecuencia poder alterar unilateralmente la cantidad previamente pactada, las relaciones jurídico-patrimoniales quedarían a merced de una serie de influencias que conducirían a una incertezza e inseguridad de su cuantía en el momento de la devolución. Resultaría la anarquía más insopportable y la arbitrariedad más desastrosa de las relaciones jurídicas.

Ahora bien, cuando se pacta una cláusula de estabilización surge la pregunta: ¿Se provoca la misma inseguridad, incertezza y anarquía para la relación jurídica entablada bajo su égida, y supone también una derogación del principio nominalista? Es necesario afirmar, ya inicialmente, que son dos supuestos completamente diferentes: mientras que en el primero se da una actuación unilateral, en el segundo hay un pacto o voluntad paccionada por ambas partes contratantes; lo que en un caso es un riesgo para una sola de las partes, e imprevisto, en el otro se trata de un riesgo mutuo y aceptado; o sea, que el álea de la prestación pecuniaria está prevista y aceptada. Además, mientras, según el primer supuesto se teman en consideración únicamente razones de carácter político y económico, en el segundo abundan las de carácter jurídico.

Respecto a las consideraciones de carácter jurídico, el análisis de las cláusulas de estabilización pone de evidencia lo siguiente: se trata de un pacto que las partes celebran con arreglo al principio general de las

(18) GARRIGUES: *El dinero como objeto de la actividad bancaria*, en "Revista de Derecho Mercantil", 67 (1958), 25.

(19) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho y obligaciones*. I (Madrid, 1960), 350.

(20) Para una más amplia información de su interpretación cfr. HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, I, 351 ss.

obligaciones y contratos (art. 1.255 del C. c.), según el cual, «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». Al pactarse la cuantía de la prestación dineraria en función de un índice de valor o precio de un determinado producto, implica una actuación contra ley, la moral o el orden público?; ¿quedá la prestación dineraria al arbitrio de una sola de las partes?; ¿resulta indeterminada la cuantía o suma de la prestación pecuniaria?

La respuesta nos la va a dar la propia sentencia que comentamos de 31 de octubre de 1960. Allí se adujo por el recurrente D, que la cláusula de estabilización añadida al contrato de renta vitalicia iba, concretamente, contra lo dispuesto en el artículo 4.^a y 1.255 del Código civil. El Tribunal Supremo, por el contrario, afirma que «se ampara de la moral, todo ello convenido de mutuo acuerdo entre los contratantes, protegidos por el principio admitido por la jurisprudencia *«pacta sunt servanda»* y el precepto contenido en el artículo 1.255 del Código civil, lo que abona la rectitud de la doctrina que sobre el particular mantienen las dos sentencias de instancia y la desestimación del motivo que se examina, primero de este recurso». Y en otro considerando, más adelante, añade: «No puede decirse que por lo convenido por esa cláusula se violen en la sentencia *a quo* y se interpreten erróneamente los artículos 1.170 del Código civil, 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento, como se propugna en el segundo motivo, porque no se niega valor liberatorio al billete, a la moneda vigente en España, lo que se hace, en función de la cláusula estabilizadora, es determinar la cantidad de moneda de esa clase necesaria para cumplir la obligación dineraria que ha de solventarse, pero se paga en ese mismo papel-monedas de curso forzoso, con lo que no se desprecia el artículo del Código civil, ni tampoco los de la legislación hipotecaria invocados, aquél, en cuanto determina la especie de moneda en que deben pagarse las deudas dinerarias, que se cumple conforme a lo expuesto, y éstos, en cuanto determinan la cuantía y moneda que ha de expresarse en la inscripción de la hipoteca, que del mismo modo se cumplen».

Desde el aspecto jurídico, nuestro más alto Tribunal pudo habernos dicho, y justificado, que a pesar de que las obligaciones pecuniarias se rigen fundamental y ordinariamente por el principio nominalista, el cual obliga a pagar la misma suma de dinero pactado, no obstante, se trata de un principio soslayable y derogable por la voluntad de las partes al suponer y tratar de mantener inalterable la cuantía de la prestación sin que por ello quede vinculada a algún precepto imperativo, en general, aunque si pueda haber alguno, en particular, como ha ocurrido con la legislación extravagante y de tendencia socializadora en ciertas figuras obligatorias (arrendamientos rústicos y urbanos, contrato de trabajo, legislación de tasas, etc.). Salvo estos casos concretos (algunos de meras circunstancias), la prestación pecuniaria es de libre apreciación por las partes, que pueden pactar su cuantía fija o móvil, siempre que pueda ser determinable.

El fundamento dogmático lo aporta la civilística francesa, especialmente su jurisprudencia, por haber aceptado con mayor firmeza que la de

otras naciones el principio de nominalidad de las deudas pecuniarias (artículo 1.895 del *Code Napoleón*). Sin embargo, los autores franceses nos muestran como este principio no tiene un carácter de norma imperativa, sino meramente interpretativa para la voluntad de las partes, que solo juega en ausencia de convención en contrario, al admitir que si se han estipulado cláusulas especiales de pago, éstas son válidas (21).

La discrepancia entre los autores se produjo en épocas de inconvertibilidad o de curso forzoso de la moneda, al discutirse si su establecimiento por sí solo anulaba las convenciones de pago en moneda específica o aquéllas que tienden a revalorizar las relaciones crediticias, conforme a los índices de valor previamente establecidos en los contratos y cuyas cláusulas pertinentes ha derogado la ley. Sin embargo, una serie de tratadistas (22), no creen suficiente que basten por sí solas las leyes de curso forzoso para alegar la nulidad de los pactos de estabilización, mientras que otros se pronunciaban por ella (23). La polémica alcanza hasta nuestros días y alterna en opuestas decisiones, aunque últimamente parezca haberse decidido por un amplio sector doctrinal y jurisprudencial, la validez y eficacia de las cláusulas de estabilización, especialmente las llamadas «cláusulas de escala móvil» (24).

¿En base a qué principios jurídicos y a qué razones es posible introducir en una obligación pecuniaria una cláusula de estabilización? En este punto ya no es la técnica jurídica la que nos va a solucionar la cuestión, puesto que le faltan datos y elementos que puedan justificarla; operan aquí variantes económico-políticas que son las únicas que pueden darnos la justificación jurídica de dichas cláusulas estabilizadoras.

4. La inflación como causa de la depreciación monetaria: las cláusulas estabilizadoras como restitutorias de la equivalencia de las prestaciones en la renta vitalicia.

Las cláusulas de estabilización han surgido como consecuencia de un desequilibrio económico catastrófico: la inflación. Se trata de un desor-

(21) Cfr. DURANTON: *Cours de droit civil*, XIII, núm. 93 y XVII núm. 762; GENY, LACANTINERIE y WAHL: *Traité théorique et pratique de droit civil*; *Prêt*, núm. 762; GENY, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil» (1926), 556 y (1928), 31; PONT, *Explication théorique et pratique du code civil. Petits contrats*, I, 94; COLMET DE SANTERRE: *Cours analytique du Code civil*, § 100 bis.

(22) Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, II, núm. 1475; BOISTEL, en «Dalloz Periódico», 1878-1-117; DUPUICH, en «Dalloz Periódico», 1920-1-137; GENY, *op. cit.*, página 556; LABBE, en S. 1872-2-161 y 1873-1-97; LALOU, en «Dalloz Periódico», 1924-2-17 y 97; 1926-2-69 y 95; MESTRE, en S. 1923-2-121 y 1925-1-257.

(23) Cfr. AUBRY y RAV: *Cours de droit civil*, 5.^a ed., IV, § 318, pág. 262; CAPITANT, en «Dalloz Hebdomadaire», 1926-2-57 y 1928-1-25; DEMOGUR, en «Journal des Notaires» (1921), 137 y (1923), 97; JEZE, en «Revue de Science et de Legislation Financière» (1924), 5; LYON-CAEN, en S. 1920-1-193; NOGARO, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil» (1925), 5; y (1929), 949; SAVATIER, en «Dalloz Periódico», 1926-2-89, 105 y 153; 1927-2-153 y 156.

(24) Un panorama de conjunto puede verse en RIST: *L'échelle mobile dans les contrats et dans les jugements*. París, s. a.

den producto de la multiplicación ficticia de los medios de pago que degrada la moneda en su valor y provoca un fraude general a la sociedad que lo padece. Como dice Pastor (25), con visión realista, es la moneda falsa fabricada por el soberano. Efectivamente, la inflación consigue crear medios de pago desprovistos de un valor real o comercial que suponen un engaño en relación a su valor nominal; provoca el alza de precios, arruina el ahorro privado, produce la especulación y crea una desconfianza y desprecio del signo monetario. En el ámbito jurídico repercute inmediatamente al producirse, según ha demostrado recientemente Vallet de Goytisolo (26), una antítesis entre «inflación-justicia» que se extiende a todo el ámbito de las relaciones jurídicas, mas con especial acento a las dinerarias.

Por lo que a los antecedentes inmediatos se refiere en la historia y desarrollo de la peseta española, se acusan dos fenómenos de perturbación económica: la desvalorización y la depreciación.

La desvalorización de la peseta se advierte su alcance entre dos normas legislativas que concretan su paridad monetaria respecto al patrón oro. La primera es la Ley de 19 de octubre de 1868, por la que se establece que la moneda de cinco pesetas oro pesaba 1,6129 gramos con una ley de 900 milésimas, al contener, pues, 0,45161 gramos de oro fino. La segunda norma es el Decreto-ley de 4 de julio de 1958 que fija la paridad de la peseta, al quedar establecida en razón de 0,0148112 gramos de oro fino por peseta, equivalente a 60 pesetas por dólar USA del peso y ley en vigor el 1 de julio de 1944. En definitiva, que una peseta del año 1868 es hoy equivalente a 19,60 pesetas, según el valor nominal proclamado por el propio Estado español. La línea descendente de desvalorización no puede ser más evidente,

Paralelamente, el fenómeno de depreciación de la peseta se hizo evidente en estas dos últimas décadas por ser cuando su poder adquisitivo fue más manifiesto y alcanzó sus niveles más bajos. Durante los años de guerra civil, y por haberse creado dos comunidades de pago, la peseta sufrió un desdoblamiento y adquirió dos valoraciones diferentes: la que se produjo en la zona marxista y la que tuvo en el territorio nacional (27).

En la zona marxista, el fenómeno de depreciación tuvo una progresión y dimensiones degradantes. Basta el examen de las medidas legislativas que hubo de acometerse para una rehabilitación, como fueron las Leyes de Bloqueo (23 octubre 1938), de Desbloqueo (7 diciembre 1939) y de Contratación en Zona Roja (5 diciembre 1940), así como la jurisprudencia que se produjo (28), para comprender el desastre económico y la injusticia provocada en el campo del Derecho.

(25) PASTOR: *La inflación al alcance de todos*. Trad. argentina, 2.^a ed. Buenos Aires, 1959, pág. 29.

(26) VALLET DE GOYTISOLO: *La antítesis "inflación-justicia"*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 5 (1960), 531 ss.

(27) Cfr. LUCES GIL: *El problema de las obligaciones pecuniarias devaluadas ante la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en "Foro Gallego", 84 (1952),

(28) Entre otras: la Sentencia de 4 de julio 1944 habla de la "enorme inflación" y de "la patente depreciación"; la Sentencia 12 marzo 1946 dice la "notoria inflación moneta-

En el territorio nacional, la depreciación tuvo otras causas. A consecuencia del pillaje de las reservas oro del Banco de España, llevada a cabo por los elementos marxistas, de la recuperación lenta provocada por el bloqueo económico internacional y de otras concausas, se inició una línea de lenta, pero aguda inflación que concluyó la depreciación de nuestra unidad monetaria. El fenómeno es reconocido directa e indirectamente por la doctrina (29), se aprecia y trata de remediar por una serie de textos legales de excepción (30), y se toma en cuenta por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo cuando hubo de restablecer la equidad de concretas relaciones jurídicas. A este respecto, la Sentencia de 4 de enero de 1951, advertía que «la depreciación de la moneda, aun la de oro y plata, es un fenómeno general y constante de todos conocido»; la Sentencia de 11 de marzo de 1957 también nos constata el hecho de los «billetes de Banco, no sólo depreciados en la zona roja». Otras sentencias, como la de 28 de noviembre de 1957, señalan «el quebranto que ha sufrido el papel moneda, por su depreciación» o que «la depreciación prevista fuera totalmente imprevisible», según manifestó la Sentencia de 6 de junio de 1959.

La Sentencia que comentamos, de 31 de octubre de 1960, reconoce que la condición puesta para la operatividad de la cláusula de estabilización, de que ocurriera la depreciación de la moneda, se ha dado. Textualmente dice que es un hecho probado «que se da en la realidad el supuesto para el cual la repetida cláusula se convino por las partes, esto es que la moneda se ha depreciado según se estimó y reclamó por los pensionistas». Este reconocimiento de la depreciación es el que justifica la validez de la cláusula estabilizadora que actúa «como simple rectificadora del nominalismo, se limita a adoptar su valor adquisitivo al que corresponde en el mercado, que en casos como el presente está perfectamente justificado en unos pensionistas que para asegurarse la pensión, como único medio de vida, preven las contingencias de la depreciación monetaria en curso al otorgar el contrato, que les ponga al abrigo de la miseria».

El argumento jurídico aducido por la Sentencia, así como el económico social que tiene como base, no puede ser más elocuente. Se viene a consentir la derogación del principio nominalista como consecuencia de la quiebra del valor producido en la unidad monetaria, justificada en cuanto a la equidad concreta de esta relación y su finalidad personal. Es que, en general, la depreciación, como consecuencia de la inflación, provoca una

ria»; la Sentencia 29 abril 1946 reconoce la existencia del papel moneda... enormemente depreciado»; la Sentencia 22 marzo 1947 se refiere a «los billetes enormemente depreciados»; la Sentencia de 25 julio 1948 constata la indiscutida desvalorización»; y, la Sentencia de 3 octubre 1955 la juzga como «moneda completamente depreciada sin valor alguno».

(29) Sobre la determinación de métodos y fechas para calcular la depreciación monetaria cfr. SIMÓN CANO: *Interpretación de una cláusula sobre valor monetario*, en «Revista General de Derecho», I (1945), 496 ss.

(30) Por citar algún ejemplo cfr. Ley de Arrendamientos Rústicos de 23 de julio de 1942 (art. 3); Ley de Arrendamientos Urbanos vigente (art. 100); Ley de Revisión de Precios de 17 de julio de 1945; Decreto de 13 de enero de 1955 y las Resoluciones mensuales que determinan los índices de revisión de precios de unidades de obra en las de conservación y reparación de carreteras y caminos vecinales.

desigualdad en el objeto de las contraprestaciones, conduce a la falta de equivalencia en los contratos onerosos y altera los presupuestos económico-jurídicos sobre los que se había fundado y conforme a los cuales tenía que desarrollarse y cumplirse durante el trato que tuviera lugar.

Es que el dinero, en cuanto objeto de la prestación pecuniaria, al producirse la inflación, deja de representar una ecuación constante de valor, destruyéndose la equivalencia inicial para el acreedor; al destruirse el valor simbólico que el dinero representa deja de cumplir su recta función de medida de valor y, como consecuencia, pierde su idoneidad en cuanto medio de pago. Igual sucede en la renta vitalicia; al recibirse como pensión una cantidad de dinero que no responde a la equivalencia de valores inicialmente pactados, queda destruida para los rentistas la base económico-patrimonial de la relación jurídica entablada. Es posible que los bienes entregados como equivalente no hayan adquirido una plusvalía o que se hayan transformado en valores que les alcanzó también la inflación. En estos casos, dicen Bechade (31) y Vallet (32), el obligado al pago de la pensión puede haberle ocurrido la destrucción de los bienes adquiridos; entonces, ha de ser el arbitrio judicial quien tome en consideración, según los casos, la justicia conmutativa de la relación jurídica entablada.

Pero, ante la inflación, las cláusulas de estabilización son un remedio que procede del campo privado, de la autonomía de la voluntad de las partes que, al igual que la revisión judicial o la intervención legislativa, tratan de corregir los efectos de la depreciación monetaria. Al faltar una norma de carácter general o especial que las prohíba explícitamente no puede invocarse el principio nominalista como de orden público y con carácter imperativo, estamos todavía en el terreno de los principios, pero no de las normas, aunque éstas los hayan asimilado. De ahí su carácter facultativo y su posible derogación por las partes; la validez y eficacia de las cláusulas de estabilización se hace evidente, porque se basan en un espíritu de equidad, según nuestro Tribunal Supremo reconoce y en Derecho comparado se advierte (33). Al ser los propios poderes públicos quienes no atajan y contienen la inflación defraudan la confianza de sus súbditos; lógico y justo es que los particulares se defiendan de estas maniobras sobre el valor del dinero. Al no suponer estas cláusulas una actuación *contra legem* y al restablecer el equilibrio económico de las prestaciones, es justo que resulten admitidas.

Para concluir, tan sólo nos resta por hacer una advertencia en esta materia: que el tratamiento jurídico del dinero supone la faceta correctora de una política financiera. Mientras que los fines de esta última responden a obtener una utilidad económica, los del Derecho tratan de hallar la equidad. De aquí que sea necesaria una política sana, de prestigio del dinero, para evitar todos estos problemas o reducirlos en su mayor

(31) BECHADE: *Les majorations de rentes vidgères et perpetuelles constituées entre particuliers*. París, 1959, pág. 3.

(32) VALLET DE GOYTISLO, *op. cit.*, pág. 562.

(33) Para una visión de conjunto cfr. CAPUTO: *La clausole di garanzia monetaria*. Milano, 1939.

parte; mas aquí el jurista tiene poco que decir, ya que se trata de cuestiones que le incumben al economista. Sólo un deseo, el fortalecimiento máximo de la moneda, con objeto de que pueda cumplir sus genuinas funciones como medida de valor, objeto de cambio y medio de pago y aun de este modo pueda ser expresión de la justicia conmutativa en las obligaciones y contratos de naturaleza pecuniaria.

JOSÉ BONET CORREA

II. SENTENCIAS

A cargo de Luis DÍEZ-PICAZO, Carlos FERNANDEZ-NOVOA, Gabriel GARCIA CANTERO, Justo GOMEZ YSABEL, Antonio del HOYO, Rafael IZQUIERDO y José PERÉ RALUY, con la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: *Sólo pueden ser aplicados en defecto de Ley o de costumbre del lugar, y sólo pueden ser invocados en casación cuando se hallen sancionados por dos o más sentencias de este Tribunal que han de citarse.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: *Lo son: 1.º, acumular distintos fundamentos en un sólo motivo; 2.º, no expresar el concepto de infracción que se supone cometidas; 3.º, no indicar las sentencias cuya doctrina se estima infringida; 4.º, no determinar la índole del error que se alega, precisando si es de hecho o de derecho.* (Sentencia de 24 de diciembre de 1960; no ha lugar.)

2. REGLAMENTACIÓN LABORAL: RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: *No pueden servir de base a un recurso de casación los preceptos establecidos por una reglamentación de trabajo.*

No puede denunciarse error de derecho en la apreciación de la prueba con fundamento en la infracción del artículo 1.214 C, c, que no es precepto valorativo de aquélla. (Sentencia de 6 de julio de 1958; no ha lugar.)

3 LEGITIMACIÓN DE UN HIJO ADULTERINO CONFORME A SU IEY NACIONAL: INADMISIBILIDAD POR ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL: SUCESIÓN ABINTESTATO DE UN ESPAÑOL: *El sobrino del causante, de filiación adulterina, aunque haya salido legitimado conforme a su ley nacional, no puede concurrir a una sucesión abintestato regida por la ley española.* (Sentencia de 10 de octubre de 1960; no ha lugar.)

El causante, don Bernabé, de nacionalidad española y domiciliado en España, falleció abinestato, sin dejar otros herederos que los hijos de su hermano don Narciso. Don Narciso, nacionalizado cubano, había tenido dos hijas legítimas, doña Teresa y doña Elena, de su matrimonio canónico con doña Carmen, y una hija adulterina, doña Manuela, habida con doña Norberta. Con arreglo al derecho cubano, don Narciso obtuvo el divorcio de su primer matrimonio y contrajo otro con doña Norberta, viviendo aún su primera mujer. Al amparo de una ley cubana de 15 de agosto de 1938 fué doña Manuela inscrita como legítima en el registro Civil.

Doña Elena y doña Teresa habían obtenido, a su favor, la declaración de herederos abinestato de don Bernabé y doña Manuela formuló de-

manda para que se anulase dicha declaración y se tuviese también a la demandante por heredera de su fallecido tío.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, con base en los siguientes Considerandos:

1.º El problema fundamental que en este pleito se planteó y el que, en resumen, se suscita en el recurso a que esta Sentencia pone término, se reduce en síntesis a determinar si por obra de una ley extranjera que en contraste con la española admitió la posibilidad de legitimar hijos adulterinos, cabe equipararlos en sus derechos en la sucesión abintestato de un español a los que tenían y tienen la condición de legítimos y han de suceder con arreglo a la ley nacional del «de cuius», y así es de notar como afirmación indiscutida e indiscutible de «facto» que rige la «questio juris», que el pleito se refiere a la sucesión abintestato de don Bernabé, inequivocamente español y domiciliado en España al tiempo de su fallecimiento; que la pretendieron ante un Juzgado español obteniendo la declaración pertinente, doña Teresa y doña Elena, habidas del matrimonio canónico de un hermano del causante, don Narciso, con doña Carmen; y que ausente en Cuba y nacionalizado cubano el don Narciso, obtuvo de las autoridades de aquel país el divorcio vincular, y subsistente, el primer matrimonio, contrajo nupcias con doña Norberta, con quien antes del divorcio tuvo una hija, doña Manuela, demandante en el pleito, que al amparo de una ley cubana de 15 de agosto de 1938, a cuyo tenor «son legítimos y como tales se inscribirán en los Registros correspondientes a solicitud de cualquiera de los padres los hijos habidos extramatrimonio de padre, que en el momento de su concepción estuviesen o no en aptitud de contraer matrimonio legal», fué inscrita como hija legítima, con potestad a todos los hechos expuestos, en el Registro Civil de Cuba, título con el cual pretende la nulidad de la declaración de herederos hecha exclusivamente a favor de los hijos legítimos conforme a la Ley española, en la sucesión de don Narciso, equiparándolas en su condición sucesoria a la legitimada, a pesar de su condición de adulterina, por la disposición de la ley cubana.

2.º Frente a la sentencia de instancia que, confirmando la recaída en la primera, se niega a pronunciar la nulidad del auto de declaración de herederos y a tenor como tal a doña Manuela, con la subsiguiente absolución de la demanda, se alza el primero de los motivos del recurso en que al amparo del núm. 15 del artículo 1.792 LEC, se denuncia la violación por inaplicación del art. 9.º C. c en relación con el párr. I del artículo 14 del mismo cuerpo legal y doctrina jurisprudencial que se cita, sosteniendo en conclusión que sometidos por el primero de dichos artículos, en su relación con el segundo de ellos a la Ley nacional de la reclamante, las cuestiones relacionadas con su estado, condición y capacidad legal, esa ley debía regular su capacidad para suceder abintestato en la sucesión de su tío, aunque éste fuese español; pero la recurrente olvida que en el caso, no se trata de amparar uno de los derechos a que específicamente y con claridad meridiana se refiere el artículo noveno del Código civil, ni de un problema general de capacidad que, en otro caso,

tendría en dicha norma su lugar adecuado, sino de resolver con arreglo a la Ley española, si en la sucesión abintestato de un español, regida por las leyes patrias pueden tener la misma consideración los sobrinos del causante, ungidos con el sello de la legitimidad y la que en ningún momento tuvo a los ojos del derecho patrio esa condición, ya que entonces no puede entrar en juego el artículo noveno del Código civil, sino los preceptos del derecho sucesorio aplicable a la sucesión de los colaterales propiamente dichos, establecidos precisamente en contemplación de una voluntad presunta, que no puede deducirse del hecho de haber obtenido una legitimación irregular a los ojos de la Ley española, tan opuesta a las normas que regulan nuestro estatuto familiar patrio.

3.^o En el segundo de los motivos de casación, amparado también procesalmente en el número 1.^o del mencionado artículo 1.792 de la Ley procesal, el recurrente, consciente del valor de la doctrina expuesta, para contrariar su tesis, amplia a su modo de alcance del párrafo II del artículo 10 del expresado Código, reputándolo precepto excepcional que, por serlo, no puede aplicarse con criterio extensivo reducido como queda, a someter a la ley sucesoria al orden de suceder, la cuantía de los derechos sucesorios y la validez intrínseca de las disposiciones aplicables; pero este argumento no puede tomarse en consideración en casos como el que aquí está en litigio, porque no se trata de discernir si la señora reclamante tiene en relación con su padre y con arreglo a su ley nacional, una u otra condición, sino de que produzca efectos decisivos en una sucesión gobernada por una ley que le es ajena y que, por serlo, ha de interpretar y aplicar un Tribunal extranjero, en relación con la sucesión abintestato de un súbdito suyo, con entera independencia de los actos que fuera del país y en pugna con las leyes fundamentales organizadoras de la familia hubiera podido eventualmente realizar el padre de la reclamante y ella misma.

4.^o En lo que dice relación al tercero de los motivos de impugnación que en él y apoyándose en la posición que la sentencia a^{opta}, el recurrente estima erróneamente interpretado el artículo 11 del Código civil, por haberse aplicado a un supuesto en que la tesis del recurrente, favorable a la admisión del hijo adulterino como legítimo, no rozaba, según él, el orden público y las buenas costumbres, como equivocadamente se sostuvo por los Tribunales de instancia, pero aun siendo muy vaga y confusa esa noción y aún siendo también exacto que la noción de orden público internacional tiene, legítimamente, más amplio campo de aplicación en el Derecho público que en el privado, no por ello dejan de ofrecerse situaciones como la de autos en que se produce una notoria colisión entre la ley extranjera y la nacional, y en tal supuesto sólo la apelación al orden público puede salvar el conflicto, y del propio modo que mediante una jurisprudencia reiterada y conocidísima, este Tribunal ha puesto coto a todo intento de atacar la legislación reguladora del matrimonio mediante disposiciones o actos realizados en país extranjero, de igual suerte en este caso, se niega a parifilar la situación de los hijos nacidos como ha podido apreciarse de una de esas situaciones irregulares, que por añadidura también lo eran a la luz de la ley extranjera cuan-

do la hija nació en condiciones que la privaban de la legitimación, obtenida después con efecto retractivo; afirmaciones que no pueden enervarse ni invocando textos que no tienen aplicación ni doctrina jurisprudencial que como dictada para proveer situaciones de emergencia no tiene aplicación más que en los casos en prácticamente recayó.

5.^o Con apoyo en la norma procesal tantas veces dicha, en el cuarto y último de los motivos de casación, el recurrente denuncia la infracción del artículo 11, título preliminar del Código civil, en relación con los 119, 128 y 138 del mismo cuerpo y doctrina congruentes, porque sostiene que no siendo la legitimación de un hijo adulterino un acto nulo de pleno derecho, mientras esa declaración no se obtenga no hay medio hábil de excluir de la sucesión a la reclamante, pero este argumento sólo tiene una aparente fuerza de convicción, porque lo que la sentencia de instancia hizo no fue declarar nula una legitimación que a la luz de la ley en que nació era perfectamente lícita para los efectos que en esta resolución se irdicen, lo que hubiese estado notoriamente fuera de su jurisdicción, sino impedir que por contraste pudiese tener consecuencias en la sucesión de un español, gobernada en ese punto y en otros por normas que nada tenían que ver con las indiscutibles facultades del Gobierno cubano para legislar como lo hizo».

4. DERECHO INTERREGIONAL: NORMAS APLICABLES A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE: *Se aplica la ley correspondiente a la vecindad del causante.*

VECINDAD CIVIL: ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA: *La residencia durante diez años en territorio de derecho común confiere vecindad de derecho común a un aragonés.*

VECINDAD CIVIL: ADQUISICIÓN POR MATRIMONIO: *La mujer vizcaina que contrae matrimonio con persona de derecho común adquiere la vecindad civil de su marido.*

SUCESIÓN INTESTADA EN BIENES TRONCALES: DERECHO FORAL DE VIZCAYA: *Cuando el causante de la herencia ha perdido su cualidad de vizcaino y ha adquirido otra vecindad no pueden aplicarse las normas sobre la troncalidad foral.* (Sentencia de 11 de octubre de 1960; no ha lugar.)

Los demandantes pedían los bienes raíces dejados a su fallecimiento por la esposa del demandado, en virtud del derecho de troncalidad que debía aplicarse a los mismos. El demandado se opuso alegando ser heredero abintestato de su mujer y no ser aplicables las normas sobre troncalidad, ya que su esposa, al contraer matrimonio, había perdido su vecindad vizcaina y había adquirido vecindad de derecho común, siendo este sistema el que debía regir su sucesión.

El Juzgado acogió las pretensiones de los actores. La Audiencia, en cambio, falló en favor del demandado.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso:

«1.^o La sentencia recurrida se funda para desestimar la demanda en que los cónyuges don I. E. y doña M. A. A. tenían la vecindad civil de territorio no aforado al causarse la sucesión hereditaria de la última, por lo que ésta no debe regirse por el Fuero de Vizcaya y su concepto de

troncalidad, sino por el derecho común, y esto lo combate el recurso por entender que ha aplicado indebidamente el Tribunal a que los artículos 10, 12 y 14 del C. c. (motivo tercero) y la doctrina jurisprudencial de que en materia de sucesión intestada rige en toda España sólo el Código civil y no el derecho foral (motivo segundo) y que se han infringido por no aplicarse las Leyes 14 y 18 del título 21 del Fuero de Vizcaya (motivo tercero), y añade un motivo cuarto para el supuesto de que los bienes a que afecta el litigio correspondieran a los demandantes recurrentes.

2.^o Para resolver este recurso hay que partir de los hechos que declara probados el considerando 2. de la sentencia impugnada de que el demandado se posesionó de su cargo de Catedrático del Instituto de Vitoria el 1 de agosto de 1942, permaneció en él y residió en esa población hasta el 9 de diciembre de 1952 en que se trasladó a Bilbao, sin que en ese tiempo hiciera ninguna manifestación ante el Juzgado Municipal sobre adquisición o conservación de vecindad civil, y que contraíó matrimonio con él, en 23 de noviembre de 1951, la causante de la herencia en cuestión, fallecida en Bilbao en 21 de marzo de 1953, con lo cual es evidente que ese marido perdió su vecindad civil aragonesa, como dispone el párrafo 2.^o del artículo 15 del C. c., y ganó la de Derecho común que también adquirió la esposa al seguir la condición de su marido, por prescripción del párrafo 3.^o del mismo artículo, y en esa situación legal falleció.

3.^o El artículo 10, párrafo 2.^o del citado C. c. dispone que todas las sucesiones se regularán por la Ley nacional del de cuius, lo que es aplicable, según el artículo 14 del mismo Código, a las personas y bienes de los españoles en relación con las diferentes legislaciones civiles; por esos preceptos ha de regirse por el C. c. español la sucesión intestada de doña M. A. A., quien, como queda sentado en el considerando anterior, estaba sujeta al morir a la legislación común; por lo mismo y además por la aplicación a todo el territorio nacional de la Ley de 16 de mayo de 1833, llamada de Mostrencos, por sus propias disposiciones y haberlo declarado así constantemente la Jurisprudencia que invoca, el Tribunal a que aplicó debidamente aquellos preceptos y esta doctrina y no cometió las infracciones que le atribuyen los motivos 2.^o y 3.^o del recurso, que tienen por fundamento, según expresa este último, que todos los elementos vitalizadores de la relación jurídica inciden dentro de la legislación foral vizcaína, concepto erróneo en su base, pues uno de esos elementos, y de tal importante como es la persona del causante de la herencia, propietaria de los bienes, salió del ámbito de esa legislación especial para pasar por su matrimonio al de la legislación común, como ha quedado demostrado en el considerando segundo de esta sentencia.

4.^o Por esas mismas razones no es de aplicación al caso actual, según propugna el motivo 1.^o del recurso, los preceptos que cita del Fuero de Vizcaya, pues, aunque están informados por el principio de la troncalidad vizcaína, cuya realidad nadie niega, como son las Leyes 8, 10, 14 y 18 del título 20 y la Ley 1.^o del título 17 y Ley 25 del título 11, no son aplicables a la sucesión ab intestato de que aquí se trata, y la Ley 8 del título 21, única que se refiere a las sucesiones de ese género, al no hacer

mención especial de que se extienda a personas que por su derecho personal no estén sometidas a tal Fuero, es obvio que sólo sujeta a su precepto a las herencias cuyos causantes fueran aforados vizcaínos, que son para los únicos que se dictó el Fuero, y no para los extraños a él, a los que no alcanza esa institución de la troncalidad, en que se basa la posición en este litigio de los recurrentes, y por eso, aparte la variación indiscutible de las circunstancias desde los siglos XIV y XV, que aconsejaron su adopción en Vizcaya, hay que tener muy presente que la esencia y razón de ser de esa troncalidad es, como viene a reconocer el primer motivo del recurso en su apartado E, el amparar económicamente y en cierto aspecto social a la familia netamente vizcaína, y solo a ésta, que es la sometida al Fuero, pero cuando esa familia foral se disgrega, al menos, se separa de ella legalmente alguna rama para regirse por el derecho común ya no tiene que proteger ni obligar a la rama que se disgrega, que viene a ser protegida y obligada por otra legislación; y no se objete que con la troncalidad los protegidos son los tronqueros, pues esto sería convertirla en fin, siendo sólo un medio, y dar carácter personal e individual a esta constitución que como queda dicho es esencialmente social y para salvaguarda no de los miembros de una familia, y de ahí esta discrepancia entre las sentencias que se apoyan en la legislación antigua, que sólo atienden al elemento real de la situación de las fincas y la doctrina de los tratadistas modernos que requiere para que se dé el carácter de troncales a los bienes, la concurrencia de los dos requisitos: el real de la ubicación de los bienes en tierra de Infanzonazgo, y el personal de que su propietario o causante de la transmisión sea aforado, y faltando uno de éstos, ya no tienen las fincas ese carácter especial.

5.º Si alguna duda cupiera sobre la aplicación de esta doctrina al caso presente, quedaría totalmente desvanecida con el examen del párrafo 3.º del artículo 10 del C. C., que dispone que los vizcaínos, aunque residan en las villas siguen sometidos en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana a la Ley 15, título 20 del Fuero, lo que no puede referirse más que a los que legalmente tengan la condición civil de aforados, pues para efectos legales esa condición es la que interesa y no la calificación vulgar que da tal nombre a los nacidos en Vizcaya con independencia de su situación civil, pues de haber querido otra cosa el legislador del Código en lugar de emplear esa denominación, que por ser técnica no se la puede dar más alcance que el propiamente jurídico, hubiera empleado otro giro o designación como decir: toda persona o todo propietario o los nacidos en Vizcaya, para indicar la separación de la situación jurídica de otras circunstancias accidentales o más generales, tomando esto como norma general interpretativa, pues ya se ha visto que esa Ley del Fuero, única que cita tal artículo del Código, no es aplicable a las sucesiones abintestato.»

Sobre el tema puede verse VALLET DE GOYTISOLO, en A. D. C., XIII, 1, págs. 212 y sigs., y allí bibliografía. También ESTIBÁLEZ, «La sucesión intestada y troncal en las regiones forales según el Tribunal Supremo», Barcelona, 1961.

5. ACTOS PROPIOS: ACTA NOTARIAL: *No se infringe el principio de Derecho de que no es válido ir contra sus propios actos, señalándose como actos vinculantes las manifestaciones que hicieron los demandados en el acta notarial, porque tales manifestaciones no constituyen actividad que demuestre deseo o voluntad de crear, modificar o extinguir una relación jurídica, como es necesario para que pueda asignársele virtualidad de acto propio en el orden legal; refiriéndose, por el contrario, a manifestaciones o declaraciones extrajudiciales con relación a hechos sobre los que se les pregunta, que han sido desechados en la instancia por estar en contradicción con otros elementos de prueba que han dado resultado distinto.*

ARRENDAMIENTO URBANO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: ACTA NOTARIAL: *El contenido del acta notarial hace referencia a manifestaciones que sólo tienen valor como declaraciones extrajudiciales y no merecen la conceptuación de documentos válidos para probar el error de hecho.* (Sentencia de 15 de febrero de 1961; desestimatoria.)

6. ACTOS PROPIOS: *Consentido por la misma parte que hoy se opone que no apeló oportunamente, que se trata de un local de negocio no le es lícito levantarse, no sólo contra sus propios actos, sino contra la cosa juzgada.*

ARRENDAMIENTO URBANO: VALORACIÓN DE PRUEBA: DECLARACIÓN DE UN SOLO TESTIGO: *La afirmación del recurrente de que la sentencia se basa en la declaración de un solo testigo, siendo opuesta a las demás pruebas documentales, debe rechazarse, porque las distintas etapas del camino de la cesión, constituidas por el ejercicio de una actividad industrial anterior al arrendamiento, la continuación de ésta por el arrendatario y la sustitución en ella y en el disfrute del local por un tercero cessionario, no se deducen por la Sala de la deposición de un solo testigo, sino del conjunto de alegaciones de las partes y de todas las pruebas practicadas.*

En todo caso, no está prohibido por el artículo 1.248 del Código civil, ni por ningún otro, fundamentar el fallo en la declaración de un solo testigo, ya que el sistema de libertad de valoración de la prueba rechaza el viejo aforismo de testis unus testis nullus. (Sentencia de 21 de enero de 1961; desestimatoria.)

7. TÍTULOS NOBILIARIOS: MEJOR DERECHO: *La probanza del mejor derecho no precisa que sea frente a todos, sino que hasta respecto del que detenta el título.*

TÍTULOS NOBILIARIOS: SUCESIÓN: DERECHO DE REPRESENTACIÓN: *Es reiterada nuestra jurisprudencia en el sentido de negar el derecho de representación en la línea ascendente, reservándolo tan sólo para la descendiente y la colateral.*

TÍTULOS NOBILIARIOS: REHABILITACIÓN: VALOR: *No es una nueva concesión y entraña tan solo la posibilidad del uso y disfrute de un título caducado, sin perjuicio del mejor derecho de tercero, que puede ejercitarse siempre, ya que tal derecho no prescribe, y aun cuando no hubiere comparecido en el expediente administrativo.*

TÍTULOS NOBILIARIOS: SUCESIÓN: REQUISITO DE LEGITIMIDAD: *Nuestra legislación ha dado siempre por presupuesto el requisito de la consanguinidad legítima, para la posible legal sucesión, a menos que se trate de hijos legitimados por concesión real provistos de real autorización para suceder en las dignidades nobiliarias.*

ACTOS PROPIOS: *Va contra ellos quien impugna la eficacia procesal de un documento aportado por su adversario, por falta de cotejo, cuando con anterioridad el propio impugnante utilizó dicho documento en un expediente administrativo.*

PRUEBA: APORTACIÓN DE DOCUMENTOS EN SEGUNDA INSTANCIA: *Carecen de fuerza los documentos aportados cuando la aportación se hizo a base de una alegación de ignorancia anterior de los mismos, inadmisible por encontrarse dichos documentos en Archivo, de donde el propio litigante ha tenido obteniendo otros muchos.*

8. PODER: AUTORIZACIÓN PARA COBRAR: *No puede reputarse bastante una autorización general, cuya forma y extensión no se determinan, para el percibo de una cantidad de importancia.*

ACTOS PROFICIOS: *La aplicación del principio de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos», requiere probar la existencia de hechos de inequívoca significación obstativa o contradictoria de las acciones ejercitadas o excepciones opuestas en el pleito.*

RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *No tienen este carácter las sentencias dictadas por la jurisdicción penal, salvo en el supuesto del artículo 116 LEC. (Sentencia de 21 de junio de 1958; no ha lugar.)*

9. SIMULACIÓN: COMPRAVENTA: PRECIO: *La pretendida falta de precio en el contrato que se impugna por simulación, sólo puede traerse a casación como «questio facti», y no por el número 1.º del artículo 1.692 LEC y debe rechazarse la simulación alegada, cuando el precio no consistió únicamente en el dinero que se hizo figurar, sino también en otras prestaciones onerosas. (Sentencia de 14 de mayo de 1958; no ha lugar.)*

10. SIMULACIÓN: CAUSA FALSA: *Es facultad privativa del Tribunal a quo el reconocimiento de la existencia de causa, siendo forzoso mantener esta declaración en tanto no se patentice por la vía adecuada que incurrió en error de echo o de derecho.*

FALTA DE CONSENTIMIENTO: *La coacción vicia el consentimiento, pero no lo excluye, pues «voluntas coactas, voluntas est», y si alcanzó la intensidad suficiente para arrancar el consentimiento, no es causa de inexistencia, sino de simple anulabilidad.*

CONFESIÓN: *La confesión de un demandado carece de eficacia respecto a otros co litigantes.*

PRESUNCIÓNES: *La apreciación del enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de acreditar, es facultad soberana del Tribunal de instancia, que es obligado respetar a menos que se demuestre su manifiesta equivocación.*

BENEFICIO DE POBREZA: CAUCIÓN JURATORIA: *Aunque la recurrente declarada pobre estaba exenta del depósito prevenido en el artículo 1.698 LEC, no lo estaba de prestar la caución juratoria ordenada en el número 4.º, artículo 14 de dicha Ley.* (Sentencia de 8 de marzo de 1958; no ha lugar.)

10 bis. SIMULACIÓN DE UN NEGOCIO JURÍDICO: ARRENDAMIENTO Y SOCIEDAD: *Declarado probado por el Tribunal a quo que no existió la simulación pretendida, esta declaración únicamente puede atacarse por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC.*

CONTRATOS PARCIARIOS: EXPLOTACIÓN EN COMÚN DE UN GARAJE: *Es un contrato parcial que se rige por lo dispuesto por las partes y, en su defecto, por las reglas del contrato de sociedad, a la que se asemeja, sin que a tal contrato, perfectamente lícito, le alcancen las prescripciones del arrendamiento.* (Sentencia de 16 de diciembre de 1960; no ha lugar.)

El demandante pedía la extinción por expiración del término de la sociedad civil, que había creado con el demandado, para la explotación de un garaje. El demandado se oponía diciendo que se trataba de un arrendamiento de local de negocio simulado, en el cual los dueños de la casa, para ocultar el arrendamiento, poseer una facultad de libre resolución y una renta móvil, habían interpuerto a un sobrino suyo, el actor, como arrendatario y habían simulado la sociedad de éste con el demandado.

La demanda fué estimada y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

11. SIMULACIÓN: FALTA DE CAUSA: PRECIO: *La pretendida falta de causa del contrato de compraventa impugnado por simulación, debió combatirse por el número 7.º del artículo 1.692 LEC y no por el 1.º del citado precepto, sin que la simple alegación de la injusticia del precio determine la falta de causa (o de consentimiento) al no ser el precio justo requisito esencial de la compraventa.*

BENEFICIO DE POBREZA: CAUCIÓN JURATORIA: *Aunque la recurrente declarada pobre, estaba exenta del depósito prevenido en el artículo 1.698 LEC, no lo estaba de prestar la caución juratoria del número 4, del artículo 14 de dicha Ley, y al no hacerlo debe ser desestimado el recurso.* (Sentencia de 18 de febrero de 1961; no ha lugar.)

12. SIMULACIÓN: PRUEBA: *No se infringe el artículo 1.218 C. c. al declarar simulado el contrato de compraventa formado en escritura pública, ya que el valor del documento público no impide la prueba en contra de lo que en él conste respecto a la parte sustancial o material del contrato objeto de él, toda vez que el notario sólo da fe de las manifestaciones de las partes, pero no de su verdad y certeza.* (Sentencia de 27 de febrero de 1958; no ha lugar.)

13. PRESUNCIOS: PRUEBAS INDICIASTAS: *El enjuiciamiento civil español no admite los indicios como medios probatorios, aunque si la prueba que recaida sobre los hechos dudosos lleva a obtener la impresión más o menos clara, aunque nunca del todo, de lo que está oculto o se ignora y con-*

duzca por las reglas del razonamiento a la consecuencia legítima o legal que se obtenga. (Sentencia de 15 de febrero 1958; no ha lugar.)

14. SENTENCIA PENAL: EFECTOS EN EL PROCESO CIVIL: INDEMNIZACIÓN: *Es doctrina muy reiterada de este Tribunal que la sentencia absolutoria no prejuzga el pleito civil relativo a la indemnización; pero cuando la sentencia penal es condenatoria o declarativa de hechos que por sus méritos sea preciso estimar irrefutables, las declaraciones del Tribunal constituyen cosa juzgada para el de lo Civil. (Sentencia de 2 de febrero de 1930; no ha lugar.)*

15. COSA JUZGADA: REQUISITOS: COSA COMÚN: *La pretendida falta de identidad en las personas entre el litigio resuelto y el actual, debe rechazarse: 1.º, porque, siendo materia del litigio una cosa común, no puede establecerse para un comunero estado de derecho distinto del fijado en la ejecutoria para otros, y mucho menos si aquél comunero tuvo noticia del pleito y estuvo conforme con el litigio; 2.º, porque en la partición de la cosa común se asignaron los cupos discutidos a los padres de los actores y hoy recurrentes, hecho admitido por éstos.*

COSA JUZGADA: ALEGACIÓN: NO ALEGACIÓN: EFECTOS: *En nuestro Derecho procesal, que aún es de enjuiciar, la excepción de cosa juzgada no puede estimarse de oficio. No obstante, existiendo cosa juzgada, sin ser articulada como excepción, los órganos jurisdiccionales no pueden desconocerla en absoluto como algo fuera de la realidad procesal, sino que deben resolver los problemas planteados en el segundo litigio exactamente igual a como ya fueron definidos en el primero, respetando sus declaraciones. (Sentencia de 3 de febrero de 1961; desestimatoria.)*

16. COSA JUZGADA: *Del examen comparativo de las dos sentencias que se alegan resulta que no existe identidad subjetiva y objetiva por cuanto, si bien en ambos juicios es la misma persona la demandante, no es la misma la demandada ni la misma la causa de pedir, ya que en el primer juicio es el mejor derecho a subrogarse la demandante en lugar de la inquilina fallecida y en el segundo el retracto sobre el piso objeto del arrendamiento, vendido a tercera persona. (Sentencia de 11 de junio de 1960; no ha lugar.)*

NOTA: La sentencia del juicio anterior declaró que el derecho a subrogarse como arrendataria por fallecimiento de la titular correspondía a las dos hermanas. La sentencia recurrida habrá declarado el mejor derecho para ejercitarse el retracto a la hermana-demandante, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria primera y el artículo 72 de la LAU de 1946. El piso había sido vendido al marido de la otra hermana.

II. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: *No es eficaz a efectos reivindicatorios el título, próximo de adquisición de simples derechos hereditarios sin prueba de que en el patrimonio de los cedentes y de sus causantes hubiese ingresado el derecho de dominio de bienes concretos y determinados*

ni tampoco puede concederse valoración dominical al título remoto de adquisición en el año 1841 que aun inscrito en la Contaduría de Hipotecas, carece de efectos hipotecarios y civiles, al no haber sido trasladado el asiento que motivo al Registro de la Propiedad en el plazo que señaló el artículo 401 L. H. de 1909, ni probado que en virtud de dicho título hayan pasado a ser de su propiedad las fincas, sin que el arrendamiento por si solo constituya título de dominio frente a terceros, por lo que careciendo de título de dominio fracasa la acción reivindicatoria (Sentencia de 28 de febrero de 1958; no ha lugar.)

2. PROPIEDAD INMOBILIARIA: DESLINDE DE FINCAS: INCOMPATIBILIDAD DE LA EXTENSIÓN Y LOS LINDEROS: Existiendo incompatibilidad entre la extensión y los linderos debe darse preferencia a éstos últimos cuando resulta de la interpretación del título que la extensión constituye un dato secundario.

CONSTRUCCIÓN EN TERRENO AJENO: PRESUNCIÓN DE BUENA FE: La buena fe del constructor se presume siempre que no haya prueba que la contradiga.

CONSTRUCCIÓN DE BUENA FE EN TERRENO AJENO: LA SITUACIÓN INTERINA DEL ART. 365 C. C.: CONTENIDO DE DICHA SITUACIÓN: Esta situación, mientras no se ejecute la opción, que dicho artículo establece, entre la apropiación de lo edificado mediante indemnización o la exigencia del pago del valor del terreno ocupado, priva del derecho de reivindicar. El que edificó tiene, hasta el momento de la opción, un intangible derecho de retención.

USUCAPIÓN: CONFUSIÓN ENTRE UNA POSESIÓN A TÍTULO DE ARRENDATARIO: Falta una nota esencial para que la usucapición ordinaria actúe cuando el dueño de una parcela es arrendatario del resto de la finca, sin precisión de linderos y sin saberse adonde llegaba o en donde terminaba la posesión como arrendatario.

PROTECCIÓN REGISTRAL: TERCERO HIPOTECARIO: No puede alegar esta calidad el demandado comprador de una finca, cuando de la inscripción resulta la discrepancia entre los linderos y la extensión, de manera que compra conociendo la posibilidad del conflicto, las pretensiones de los demandantes y las circunstancias causantes del pleito. (Sentencia de 10 de diciembre de 1960; ha lugar.)

Los demandantes y don José M. G. eran en 1941 copropietarios de la dehesa «Zagalvientillo». En aquella fecha, para poner fin a un pleito existente entre ellos, por vía transaccional, don José M. G. permutó su cuota, salvo una centésima parte, con otras fincas. Respecto a la centésima parte que se reservó, se acordó la división de la cosa común, segregándose de la dehesa una pequeña parcela, que se adjudicó a don José M. G. a título de dueño y tomando éste en arrendamiento el resto de la dehesa.

La parcela segregada quedaba determinada mediante los correspondientes linderos que se señalaron, y se le asignaba una extensión superficial de dos hectáreas y media. En esta determinación se incidió al parecer, en inexactitud, pues, si la parcela había de poseer los límites terminantemente fijados, su extensión no podía ser más que de hectárea y media y, en cambio, para la extensión asignada de dos hectáreas y media los límites tenían que ser distintos.

E^l Sr. M. G., propietario además de la dehesa «Galapagar», limitrofe

con «Zagalvientillo», en la zona de la parcela segregada, había sido de hecho poseedor de las tres fincas y había elevado unas construcciones en la parte en que la parcela segregada lindaba con «Zagalvientillo». Posteriormente el señor M. G. vendió a una Compañía Mercantil la dehesa «Galapagar» y la parcela segregada.

Los actores iniciaron el pleito frente a la Compañía compradora pidiendo el deslinde de las propiedades, que debería hacerse de conformidad con los títulos y con los linderos señalados en los mismos, de tal manera que la porción de terreno de una hectárea, situada fuera de dichos linderos perteneciera a los demandantes y, por derecho de accesión, las construcciones realizadas en ella.

Citado de evicción el vendedor señor M. G. se siguió el pleito con éste y el juez de primera instancia dictó sentencia desestimando la demanda.

La Audiencia Territorial revocó la sentencia del Juzgado, declaró haber lugar al deslinde, pero de tal manera que la parcela discutida tuviera una extensión de dos hectáreas y media, esto es, señalándole unos linderos diversos a los figurados en el título. Desestimó la Audiencia los demás pedimentos de la demanda.

El T. S. declaró haber lugar al recurso de casación de los demandantes y en su virtud casa la sentencia recurrida, dictando otra en la cual declara que el deslinde debe hacerse de conformidad con los linderos y, por lo tanto, asignando a la parcela discutida una extensión de hectárea y media. La hectárea restante pertenece por ello a los actores y lo edificado en ella lo fué en terreno ajeno, pero de buena fe, por lo cual no puede darse lugar al derecho de accesión en tanto no se ejercite la opción prevista en el artículo 361 del C. C. (L. D. P.).

3. COMUNIDAD DE BIENES. ACCIÓN REIVINDICATORIA: LEGITIMACIÓN: *Para obtener la declaración del derecho de participación en un condominio ejercitando en cuanto a dicha participación, la acción reivindicatoria, no es necesario acreditar el derecho de los demás participes como lo es en cambio para obtener la declaración del derecho de toda la comunidad.* (Sentencia de 18 de octubre de 1958; ha lugar.)

4. POSESIÓN: ART. 464 C. C.: *Aun explicando dicho artículo con el auxilio de los precedentes germánicos, no es aplicable en los supuestos de susstracción de las cosas muebles a su titular, para centrarse tan sólo en las de violación de una confianza mal depositada o conferida al enajenante y sobre la base de la buena fe del adquirente, para proteger el tráfico jurídico, y no es ese el criterio de la jurisprudencia española, inclinada a los principios romanos, según los cuales lo nuestro no puede pasar a otro sin voluntad de transmitir, sin perjuicio de las normas específicas para la seguridad de las operaciones mercantiles.*

ACCIÓN CIVIL DERIVADA DEL DELITO: *Es lícito pactar y transigir sobre ella entre el perjudicado y el autor del delito o falta, ya que tal pacto en nada atenta a los intereses públicos en orden a la acción penal para la investigación y sanción del hecho punible.*

PODER: RATIFICACIÓN: *La ratificación hace válido el negocio desde su*

origen y durante la pendencia de la «conditio iuris» que la misma supone. (Sentencia de 27 de mayo de 1958; no ha lugar.)

5. PRECARIO: LOCAL EXCLUÍDO DEL ARRENDAMIENTO: Es evidente la exclusión de una parte de la finca del arrendamiento, cuando así resulta de una cláusula manuscrita del ejemplar impreso del contrato de arrendamiento utilizado y siendo el ocupante de esta parte de la finca precaria en cuanto a ella no puede oponer a la demanda del propietario los artículos 1.554 n.º 3 y 1.557 C. c que por tanto no han sido infringidos. (Sentencia de 6 de febrero de 1958; no ha lugar.)

6. PRECARIO: RELACIÓN DE SERVICIOS: No constituye precio cierto por el uso de una casa, los servicios y cuidados que el precaria se obligó a prestar a una de las copropietarias mientras viviera. (Sentencia 12 de enero de 1961; no ha lugar.)

7. FUNCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: El Registro de la Propiedad no puede legalizar situaciones a favor de terceros que pugnan abiertamente con el principio de la «bona fides» del adquirente; los Tribunales, en sus resoluciones, no deben desconocer lo que los asientos tengan de inexacto en el orden registral según disponen los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria. (Sentencia de 31 de mayo de 1960; no ha lugar.)

III. Derecho de Obligaciones.

1. OBLIGACIONES A PLAZO: No es aplicable el artículo 1.128 C. c. cuando la consumación del contrato no depende de la voluntad de los contratantes por estar pendiente del logro de una autorización oficial.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. INCUMPLIMIENTO: Tratándose de interpretar las cláusulas de un contrato para determinar qué parte lo ha incumplido, dando lugar a su resolución, ha de estarse al criterio del juzgador, mientras por el medio legal adecuado no se demuestre su evidente equivocación, sin que por el resultado aislado de alguna prueba pueda impugnarse el juicio del Tribunal formado en virtud del conjunto de todas. (Sentencia de 12 de junio de 1958; no ha lugar.)

2. OBLIGACIONES CONDICIONALES: CONDICIÓN POTESATIVA: Contiene una condición rigurosamente potestativa la cláusula contractual en la cual una persona se obliga, para el caso que consiga la propiedad de una cosa, a ceder la mitad a otra, cuando la primera es, al mismo tiempo, árbito exclusivo de la persona jurídica a quien la finca pertenece y depende exclusivamente de su voluntad adquirirla. (Sentencia de 10 de diciembre de 1960; no ha lugar.)

El demandante, en representación de una compañía mercantil, arrendó al demandado unas fincas rústicas. Posteriormente el demandante, esta vez en su propio nombre, y el demandado celebraron un contrato de sociedad en la explotación de las fincas. En tal contrato sólo se preveían aportaciones de capital o desembolso de los socios, para el caso de que fuera ne-

cesario. Las ganancias habían de dividirse por partes iguales y la gestión y dirección de la sociedad se atribuía a ambos socios. En una de las cláusulas del contrato se establecía que «en justa reciprocidad D... (el demandante), para el caso de que consiga la propiedad de la finca a cuya explotación se refiere el presente documento, se obliga en firme, de ahora para entonces, a ceder la mitad del inmueble a D... (el demandado), en la mitad del precio y en iguales condiciones que lo hubiera adquirido.

El demandante, que en realidad no había hecho aportación alguna, reclamó el cumplimiento del contrato y el demandado reconoció la nulidad del mismo por contener la cláusula citada una condición rigurosamente potestativa ya que el demandante era árbitro exclusivo de la sociedad propietaria de las fincas.

La sentencia de instancia declararon la nulidad del contrato y el T. Supremo desestima el recurso, confirmando que el contrato contenía una condición puramente potestativa por ser el demandante árbitro exclusivo de la sociedad propietaria, poseer más de la mitad de su capital y llevar personalmente el control, dirección y gestión de la misma, hasta el punto de formar él solo las juntas de socios, y que, demostrado que el cumplimiento de la condición dependía exclusivamente de la voluntad del deudor, este hecho acarrea la nulidad de la obligación. (L. P. D.).

2. ÍBIS INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN SUMINISTROS DE MATERIALES: FECHA DE ENTREGA FIJADA UNILATERALMENTE: *No procede indemnización de daños y perjuicios por retraso en el suministro de materiales cuando no consta que las fechas de entrega fueran consentidas por la parte demandada.*

FUERZA MAYOR: RESTRICCIONES ELÉCTRICAS: *La fuerza mayor consistente en las restricciones en el suministro de energía eléctrica, que impide el cumplimiento puntual de la prestación, exime de la responsabilidad por daños.*

EFFECTOS DEL CONTRATO FRENTE A TERCEROS: *No vinculan al demandado los pactos que el actor concluyó con terceras personas y a los cuales aquél no prestó su consentimiento* (Sentencia 28 de diciembre: de 1959: No ha lugar).

ANTECEDENTES: El actor, empresario constructor, fue condenado en otro juicio al abono de una indemnización por retraso en la entrega. En el presente pretende repercutir parte de aquélla sobre un suministrador de materiales, alegando que se los entregó con retraso. La demanda no prosperó en ninguna de las instancias y el recurso de casación fue desestimado.

COMENTARIO: El contrato de suministro, no estudiado suficientemente por nuestra doctrina (Cfr., últimamente la tesis doctoral de DE MARINO y BORREGO *El Suministro, Teoría general*, Salamanca, 1959), ofrece una rica temática y un evidente interés de actualidad. El caso aquí planteado y resuelto, no parece ofrecer dudas; el suministrador de materiales al constructor sólo podía quedar obligado en virtud de dos causas: a) haber consentido en abonar parte de la indemnización por demora a que se obligó el actor con el tercero, o bien, b) haber incurrido en mora él mismo al ejecutar su propio contrato de suministro. El Tribunal Supremo descarta totalmente la primera hipótesis. Ahora bien, el razonamiento del Tribunal Supremo pudiera dar lugar a confusiones, pues utiliza dos argumentos para

rechazar el recurso: *a) el demandado no incurrió en mora, porque no se señaló fecha de entrega, y b) las restricciones eléctricas constituyen un caso de fuerza mayor que exoneran al deudor de responsabilidad en caso de retraso.* Cualquiera de ambos argumentos es decisivo, pero su alegación conjunta parece contradictoria. Según parece deducirse del penúltimo Considerando, la razón decisiva ha sido la primera (G. G. C.).

3. PAGO: PRUEBA. RECIBO. *El simple hecho del pago, como medio normal de extinguir las obligaciones dinerarias, no está sujeto, en general, a requisitos de forma «ad solemnitatem», pudiendo, por tanto, acreditarse mediante los distintos medios probatorios admitidos, y especialmente por el recibo firmado por el acreedor, reconocido por el deudor dentro del proceso, aunque tal reconocimiento se refiera sólo a la firma y rúbrica, mientras no se demuestre su inexactitud.*

DOCUMENTO PRIVADO: PRUEBA DE LA FECHA, *Los supuestos del artículo 1.227 C c. no excluyen la admisión de otros que formen la convicción del juzgador en orden a este punto, alejando toda sospecha de falsedad o simulación, como los libros de comercio.* (Sentencia de 30 de enero de 1958; no ha lugar).

4. DACIÓN EN PAGO: ANALOGÍA CON LA COMPROVANTA: *La dación en pago opera como la compraventa transmitiendo la propiedad de los bienes por precio al acreedor que se da por satisfecho del valor pecuniario de su crédito.*

CONFESIÓN: JUDICIAL: VALOR FROBATORIO: *Según la doctrina jurisprudencial, la fuerza probatoria de la confesión no es superior a la de los demás medios de prueba y debe apreciarse en combinación con ellos.* (Sentencia de 14 de octubre de 1960; no ha lugar.)

OBSERVACIONES: Se suma esta sentencia a la reiterada serie de resoluciones del Tribunal Supremo en las que se identifica la *datio in solutum* con el contrato de compraventa (*vid.*, C. FERNÁNDEZ, *Naturaleza jurídica de la dación en pago*, «A. D. C.», 1957; págs. 758-759). Como hemos demostrado en otro lugar (Ob. cit., págs. 760-765), esta tesis tropieza con graves objeciones. En efecto, la identificación propugnada por el Tribunal Supremo no acertaría a explicar todos los supuestos de dación en pago que en la realidad pueden presentarse; acude a la ficción de que el crédito representa el papel del precio, desconoce la finalidad de la *datio in solutum* y no cuenta con ningún apoyo en nuestro Derecho positivo. (C. F. N.)

COMPENSACIÓN: *Disuelta la sociedad existente entre demandante y demandado, lo procedente era una liquidación de cuentas que determinase las pérdidas o ganancias a cada uno atribuibles, y el no haberse hecho impide saber si se produjeron y su liquidación y exigibilidad, pro lo que no puede el demandado oponer a la reclamación del demandante derivada de un crédito independiente de dicha sociedad, la oportuna compensación.*

CLÁUSULA PENAL: MODERACIÓN: *No la hay cuando el pago de cierta cantidad depende de una condición, estableciéndose la obligación de hacer dicho pago en garantía del acaecimiento previsto, sin obligación principal alguna, y por todo ello al no haber cláusula penal, no cabe tampoco la moderación pretendida.* (Sentencia de 27 de junio de 1958; no ha lugar.)

6. CLÁUSULAS «REBUS SIC STANTIBUS»: SUPUESTOS DE APLICACIÓN: *La teoría de la cláusula «rebus sic stantibus» debe ser aplicada de modo cauteloso; procede la revisión contractual en méritos a esta teoría en casos en los que es necesario el obtener una reciprocidad real entre los intereses de las partes.* (Sentencia de 31 de marzo de 1960; no ha lugar.)

7. OPCIÓN DE COMPRA: TERCERÍA DE DOMINIO: *Aunque la opción de compra y su complementaria promesa de venta, no transmitan por sí solas la propiedad de la cosa objeto de ellas, si el optante al entrar en la tenencia y aprovechamiento de la misma por vía de ensayo y en conceplo de depositario podía disponer de ciertos elementos fungibles, hay que estimar conforme a los artículos 1.768 y 1.753 (coincidentes con los artículos 309 y 312 C. c.) que el cedente, ahora tercerista, perdió la propiedad de los mismos.* (Sentencia de 3 de febrero de 1958; ha lugar.)

8. GRAVÁMENES OCULTOS: PERMUTA: *El artículo 1.483 C. c. se refiere a cargas leales o gravámenes establecidos con anterioridad a la transmisión de la finca, excluyendo las de naturaleza personal, como los simples créditos, y por ello si la hipoteca fué constituida por el propietario de la finca después de otorgado el documento privado de permuto, no puede estimarse comprendida en el artículo citado, ni alcanzarle la prescripción que el mismo establece y ello, aunque el otro permutante haya reclamado el reintegro de lo pagado por tal hipoteca con fundamento en tal artículo, pues el error en la acción es indiferente.*

«IURA NOVIT CURIA»: CASACIÓN: *El citado principio no autoriza al Tribunal Supremo a apreciar motivos de casación no alegados por las partes, pero si aplicar las normas legales que estime procedentes, siempre que respete los hechos del pleito y las pretensiones formuladas.* (Sentencia de 19 de mayo de 1958; no ha lugar.)

9. RETRACTO DE COHEREDEROS: NOTIFICACIÓN: *El artículo 1.067 del Código civil no establece forma especial de notificación, por lo que será suficiente cualquiera con tal de que reúna todos los requisitos generales relativos a la identificación del bien, precio y condiciones de venta.*

RESISTENCIA A LA NOTIFICACIÓN: *La resistencia o rebeldía a la notificación jamás puede servir de disculpa para ignorar su contenido, y así hay que entender bien hecha la notificación, cuando en acto de conciliación se exhibe la escritura pública en que se formalizó la renta, sin que quepa argüir que el requerido no se enteró porque no quiso leer el documento.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1960; no ha lugar.)

10. RETRACTO DE COLINDANTES: VENTA DISIMULADA BAJO LA FORMA DE PERMUTA: INCONGRENCIA: *No hay medio hábil de abrir el paso al retracto si el fallo de instancia no se ha pronunciado: 1.º acerca de la simulación y 2.º lo resuelve afirmativamente. Al omitir tal declaración la sentencia incurre en defecto de poder, impugnable al amparo del núm. 3 del artículo 1.692 LEC.*

LEGITIMACIÓN PASIVA: *Las demandas de nulidad o inexistentia de los contratos han de ser dirigidos contra todos los que intervinieron en ellas*

para evitar que puedan ser condenados sin ser previamente oídos. (Sentencia de 16 de mayo de 1960; ha lugar.)

11. ARRENDAMIENTO SERVICIOS ARQUITECTO: RESOLUCIÓN UNILATERAL: INDEMNAZIÓN DEL DAÑO CAUSADO: Probado el encargo de la dirección de unas obras, su resolución unilateral y la falta de cobro de los honorarios pactados, se ha originado un daño para el arquitecto por incumplimiento del contrato, en cuantía que prudencialmente se ha fijado en un 50 por 100 de aquellos, el cual debe ser abonado en lugar del precio. (Sentencia de 30 de marzo de 1960; no ha lugar.)

12: ARRENDAMIENTO SERVICIOS: RENUNCIA: *El artículo 4.^o C. c. admite no sólo la renuncia expresa sino también la tácita, que se deduce, por ejemplo, de la presentación de una liquidación de cuentas en respuesta al acuerdo de suspensión del contrato por la Diputación Provincial.*

NOVACIÓN MODIFICATIVA: *Está admitida en el artículo 1.203 C. c. y «a sensu contrario» en el 1.207, y sancionada por la jurisprudencia en sentencias de 30 de diciembre de 1935, 29 abril de 1947 y 10 de febrero de 1950, no siendo preciso que concurren los requisitos del artículo 1.204 que sólo se refieren a la novación extintiva.*

DAÑOS Y PERJUICIOS: *Su existencia es cuestión de hecho que, una vez decidida por el Tribunal de instancia, sólo puede combatirse su apreciación a través del número 7 del artículo 1.692 LEC.* (Sentencia de 20 de diciembre de 1960; no ha lugar.)

13. PRÉSTAMO USUARIO: *El préstamo con interés puede adoptar la forma de competencia con pacto de retro y subsiguiente arrendamiento de la cosa. Cuestión distinta a que el préstamo pueda ser usuario y, en consecuencia, nulo*

PRESCRIPCIÓN: *Las acciones personales derivadas de tales contratos no son imprescriptibles, ya que el contrato no es inexistente. Prescriben a los quince años (art. 3 de la Ley de 23-VIII-1908).* (Sentencia de 27 de octubre de 1960; ha lugar.)

14. MANDATO: ADQUISICIÓN EN SUBASTA DE BIENES DEL MANDANTE PARA SU RESCATE: *Es mandato el convenio por virtud del cual el demandado se obliga a adquirir en una subasta judicial los bienes del actor para restituirlos después.*

AQUIESCIENCIA Y CONSENTIMIENTO DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL: *Cuando el demandado consiente la sentencia de primera instancia, que desestima las excepciones por él formuladas y acoge parcialmente la demanda, y esta sentencia es apelada sólo por el actor, no pueden los causahabientes del demandado, al interponer recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia que acoge totalmente la demanda, replantear las excepciones cuya desestimación consintieron.* (Sentencia de 26 de noviembre de 1960; no ha lugar.)

La actora y su marido habían huido de la localidad donde vivían al ser ésta, durante la guerra, ocupada por las fuerzas nacionales. Incoado un expediente de responsabilidades políticas en el que fueron incautados

los bienes del matrimonio, la actora convino con su hermano, el demandado, que, para burlar dicha incautación éste conseguiría que un pequeño acreedor embargue los bienes, siguiera el procedimiento hasta la subasta y, en ésta, se los adjudicara el demandado, quien los volvería a la actora, siendo resarcido de los daños y gastos que esta gestión le ocasionase. Efectivamente, el procedimiento fué seguido y en él fueron adjudicados, mediante subasta, los bienes al demandado. La última parte del convenio no fué, sin embargo, cumplida y la actora presentó demanda, que fué estimada.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, fundamentalmente por los defectos formales de que éste adolecia, de tal manera que es sumamente dudoso que los pronunciamientos sobre el fondo del asunto constituyan doctrina jurisprudencial. Se plantea únicamente el tema de la obligatoriedad de este mandato, que es resuelto afirmativamente. Queda, no obstante, fuera del pleito lo que acaso era el problema esencial que el planteaba, esto es, la aplicación de la regia *propriam turpitudinem allegans non auditur*, pues teniendo el contrato como fin burlar la incautación acordada por el Estado, esta causa, torpe o ilícita, excluía, así al menos, puede entenderse, toda acción entre los contratantes. (L. D. P.)

15. CONTRATO DE SOCIEDAD: REQUISITOS: *A los elementos comunes a toda relación contractual hay que agregar, en este contrato, la intención de constituir sociedad (affection societatis) como elemento distinto del consentimiento, la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios y la obtención de un lucro común partible.* (Sentencia de 27 de junio de 1960); no ha lugar.)

16. CONTRATO DE SOCIEDAD: INTERPRETACIÓN: *Al no ser claros los términos del contrato y no poder deducirse la intención de los contratantes, se hace necesario precisar, tanto lo que éstos se propusieron al contratar, como el alcance de lo convenido; sin que la interpretación del Tribunal pueda ser sustituida por la del recurrente, salvo que aquélla fuera evidentemente equivocada.* (Sentencia de 16 de febrero de 1961; no ha lugar.)

17. CLÁUSULA COMPROMISORIA: SUMISIÓN TÁCITA: *Hay sumisión tácita a los Tribunales del Estado (art. 58 LEC), si estipulada una cláusula compromisoria, lejos de desarrollarla notarial o judicialmente, el actor acudió a los Tribunales con total preterición de ella y el demandado contestó y reconviñó con idéntica omisión y, por tanto, infringió el artículo 361 LEC la Sala que en estas condiciones dejó de conocer de la cuestión, remitiendo a las partes al juicio de amigables componedores.*

CLÁUSULA COMPROMISORIA: INTERPRETACIÓN: *No admite interpretación extensiva dada su especial naturaleza eliminatoria de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado, por ser la vía judicial el principio en que descansa la tutela jurídica.* (Sentencia de 31 de mayo de 1958; ha lugar.)

18. SEGURO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES: PARTICIPACIÓN DE SOCIEDADES ASEGURADORAS: *La Ley de 8 de abril de 1952, el Decreto de 3 de septiembre*

de 1941 y las órdenes de 22 de julio de 1941 y 31 de julio de 1944, que establecen normas sobre participación en la indemnización por enfermedades profesionales de las empresas en que haya trabajado el obrero enfermo, no hacen referencia a las distintas y sucesivas compañías aseguradoras del mismo patrono, y contienen únicamente normas de legislación laboral, extinguéndose la acción de este género al poner al obrero en posesión de sus derechos, indemnizaciones, pensiones, etc., por lo que no pueden aplicarse a las relaciones entre aseguradores y asegurados de carácter netamente mercantil. (Sentencia de 9 de mayo de 1958; no ha lugar.)

IV. Arrendamiento de cosas.

1. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: DECLARACIÓN JUDICIAL: La acción resolutoria tiene apoyo, más que en el artículo 1.124 en el específico del artículo 1.556, ambos del Código civil, resolución contractual que presupone, según se infiere de los términos del precepto, la previa declaración judicial, que no ha sido solicitada expresamente. (Sentencia de 2 de marzo de 1961; desestimatoria.)

2. ACTOS PROPIOS: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: Procede la calificación del local como vivienda, tanto en razón del pacto, si en el contrato se estipuló que el usuario se obligaba a conservar la habitación a uso y costumbre de buen inquilino, como por razón del destino, si el departamento arrendado se utiliza para hogar familiar y ejercicio de su profesión de odontólogo por el inquilino. Es irrelevante, a efectos de la calificación, el simple hecho de que se hayan pagado incrementos correspondientes a diversa clase de arriendo.

ABUSO: No supone abuso de derecho, e ejercicio, por el arrendador, de una acción basada en la calificación del contrato como vivienda, tras la percepción, por el mismo, de los incrementos correspondientes a locales de negocio. (Sentencia de 9 de diciembre de 1960; no ha lugar.)

3. ARRENDAMIENTOS URBANOS: ÁMBITO MATERIAL: PLAZA DE TOROS-CINE: Se debe estimar como arrendamiento de local de negocio, no excluido del artículo 1.º LAU de 1946, el de una plaza de toros arrendada para destinarla a cine, según claramente resulta del artículo 6.º Ley citada.

PRÓRROGA FORZOSA: Arrendado el local a dos arrendatarios, uno de los cuales sin consentimiento ni conocimiento de la propiedad ha cedido su derecho a otro, no se infringe el artículo 70 LAU de 1946 al estimar que tal cesión no constituye por si causa de excepción a la prórroga, ya que tal precepto no es irrevocable ante supuesto de esta naturaleza. (Sentencia de 30 de octubre de 1958; no ha lugar.)

Al no poder resolver el contrato de arrendamiento por alguna de las causas del artículo 149 LAU de 1946 por razones de derecho transitorio, el arrendado se apoyó en el artículo 70 de la misma, alegando que la cesión realizada suponía alteración de las cláusulas del contrato.

4. CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN: Si en el contrato de arrendamiento se

pactó que la renta se pagaría en moneda de oro o plata de curso legal, con exclusión de todo papel moneda, ha de entenderse actualmente en el sentido de querer significar «cláusula valor» y faltando metal amonedado, el pago se debe hacer en billetes del Banco, sirviendo de módulo el valor del oro o de la plata.

Ni en el Decreto de 21 de enero de 1936 ni en la LAU de 31 de diciembre de 1946, existe precepto alguno prohibitivo de la cláusula oro o plata para el pago de la renta, sin que el artículo 118 LAU citado dejase sin vigor la pactada anteriormente, si bien no le es factible al arrendador exigir a la vez el aumento conforme al artículo citado y a las fluctuaciones del valor oro o plata. (Sentencia de 28 de noviembre de 1957; no ha lugar.)

El día 20 de febrero de 1935, el demandante otorgó con la entidad bancaria demandada contrato de arrendamiento de determinado local, estipulado en la cláusula 2.^a: «El Banco C. pagará a D. Domingo E. en su domicilio, como precio de arriendo de los mencionados locales, y por semestres adelantados, la cantidad de dieciocho mil pesetas anuales libres de todo descuento, en monedas de oro o plata de curso legal con exclusión de todo papel moneda aun cuando éste tuviera curso forzoso. Ahora bien, mientras tanto, convenga al Sr. E., el pago podrá hacerse en billetes del Banco de España». El año 1951 el arrendador demandó la resolución del contrato de arrendamiento por realización de obras por parte del arrendatario, faltando a lo convenido en el contrato y en cuanto al pago de la renta por imposibilidad de cumplimiento, solicitando subsidiariamente se declarase: a) Que la cláusula 2.^a del contrato vale como «cláusula valor oro o plata»; b) Que, consiguientemente, cuando el pago de la renta debiera hacerse en papel moneda de curso forzoso, éste sería entregado en la cantidad necesaria para dar cumplimiento a aquélla, aplicando al nominal contractual la desvalorización o revalorización del papel moneda en cada momento de pago respecto del oro o la plata. Opuesta la entidad demandada, dictó Sentencia el Juez de Primera Instancia estimando el pedimento subsidiario de la demanda, y confirmada su apelación por la Audiencia Territorial la citada sentencia, se recurrió en casación por el Banco demandado, declarando el Tribunal Supremo *no haber lugar* al recurso con fundamento en la doctrina que ha quedado extractada.

Es interesante señalar que en el considerando 2.^a como medio de determinar si la intención de los contratantes fué estipular una cláusula de pago en su moneda determinada (como pretende el recurrente en el primer motivo del recurso), se dice «no se puede olvidar que al ostentar el arrendador y arrendatario la cualidad de banqueros, individual aquél y apoderados del Banco C. éstos, fueron sus conocimientos en las cuestiones de tipo económico, las que inspiraron sus acuerdos» que eran el «que la renta convenida quedará estabilizada, sin estar sujeta a la cotización variable que la moneda papel experimentase».

5. INCREMENTOS DE RENTA ARRENDATICIA: PRECISIÓN EN LA NOTIFICACIÓN PREVIA: *Es ineficaz el requerimiento de abono de incrementos realizado con relación a un doble contrato de arriendo de local de negocio y de vivienda, con indicación de la cifra global de incremento y sin detallar*

la parte correspondiente a uno y otro contrato. (Sentencia de 16 de enero de 1961; ha lugar.)

6. RETRACTO: UNIDAD DE FINCA: *No cabe el retrato por ser lo vendido la totalidad de una finca independiente, y ser el retrayente arrendatario parte de ella ya que: a) el contrato de arrendamiento dice textualmente que se cede el pabellón requerido de la casa; b) los sucesivos asientos registrales desde la inmatriculación describen que se trata de una finca con edificaciones; c) el título civil que expresa se trata de un solar edificado en donde se hallan dos naves arrendadas a distintas personas; sin que sea un obstáculo el que el pabellón a retrair tenga número distinto en el Registro de edificios, pues ello no afecta a la sustantividad de la firma como objeto de derecho.* (Sentencia de 27 de junio de 1960; no ha lugar.)

NOTA: Una finca con dos pabellones se vende íntegramente. El arrendatario de uno de ellos pretende ejercer el retracto sobre su parte.

7. TANTEO: REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN: *Es nula la notificación que no contiene los requisitos que exigía el artículo 63 de la LAU de 1946, y esto trae como consecuencia la ampliación del plazo para retrair, de quince a sesenta días.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1960; no ha lugar.)

8. IMPUGNACIÓN VENTA DE PISO: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: *La consignación que establece el artículo 148 de la LAU en relación con el artículo 1.566 de LEC no tiene lugar en los procesos que se ventilan cuestiones ajenas a la posesión, como ocurre en este caso.* (Sentencia de 31 de mayo y 23 de junio de 1960; ha lugar.)

9. LOCAL DE NEGOCIO: SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO: *El beneficio de sucesión en el arrendamiento establecido en el artículo 73 LAU de 1946, sólo puede producirse una vez, o sea tratándose de herederos del arrendatario contractual, pero, no a favor de los que lo sean del que a su vez advino arrendatario ex lege.*

No cabe tampoco el citado beneficio, si el arrendatario fallecido carecía de título legítimo, ya que su ocupación del local lo fue bajo la vigencia del Decreto de 29 de diciembre de 1931, por disolución de la sociedad de que formaba parte, pues el artículo 3.º de tal Decreto no concedía en este supuesto tal beneficio. (Sentencia de 1 de febrero de 1958; ha lugar.)

10. TRANSMISIÓN DE DERECHOS ARRENDATARIOS: EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR FALLECIMIENTO DEL ARRENDATARIO: PRÓRROGA FORZOSA: *Fallecido el arrendatario de local de negocio antes de agotarse el plazo previsto en el contrato, sólo por virtud de lo dispuesto en las normas sucesorias de la LAU, el heredero del arrendatario sustituye a éste, en dicha relación jurídica. Extinguido el contrato de arrendamiento, como todo contrato se extingue, por la muerte de sus contratantes, la sucesión de su heredero no tiene más causa legitimadora que la propia LAU.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: CONVERSIÓN EN ALMACÉN. *El cierre al público de un local de negocio, aunque el arrendatario lo utilice para la guarda y conservación de los efectos con los que comercia en otro local independiente, es causa de denegación de prórroga.* (Sentencia de 18 de febrero de 1961; ha lugar.)

OBSERVACIONES: En cuanto a la primera de las anteriores síntesis doctrinales, del mayor interés en cuanto viene a resolver una cuestión dudosa, aunque sea partiendo de una premisa harto discutible, debe notarse que la cuestión de si el régimen sucesorio previsto en la LAU entra en juego sólo en relación a los contratos que se hallaren en fase de prórroga forzosa al tiempo de fallecer el arrendatario, o bien es aplicable a los contratos sujetos a la LAU, en cualquier momento de la vida de la relación jurídica, (es decir, aunque no se hubiere agotado al tiempo del fallecimiento del arrendatario el plazo de duración contractualmente previsto), queda resuelta en el segundo de los indicados sentidos; la solución, que tiene la ventaja de su simplicidad y de no introducir perturbadoras diferencias entre la fase «contractual» y la de «prórroga» del arrendamiento, debe ser aceptada, pues ante las dudas que suscita el texto legal, la doctrina del Tribunal Supremo ha de acatarse en aras de la seguridad jurídica. Lo que no es admisible, en cambio, es la afirmación de que el contrato de arrendamiento «como todo contrato» se extinga con la muerte de sus contratantes; las relaciones contractuales de trato prologado, no se extinguén por causa de inuerte, más que en aquellos casos en que, por tratarse de contratos pactados en atención a las cualidades personales, la Ley erige a la muerte de alguna de las partes en causa de extinción de la relación jurídica, el mandato, por ejemplo. La regla general, en nuestro ordenamiento, es la transmisibilidad *mortis causa* de derechos y obligaciones, y el contrato de arrendamiento, por su naturaleza no personalísima (pese a que otra cosa parezca entenderse últimamente por el Tribunal Supremo) no se extingue, con arreglo al Derecho arrendatario común, por muerte del arrendatario (vid, Castán, DERECHO CIVIL, 7.^a ed., IV, págs. 267); sin perjuicio de que la transmisión *mortis causa* de derechos arrendatarios regidos por la LAU, se halle sometido al régimen especial de dicha Ley.

En cuanto a la denegación por cierre, la doctrina del Tribunal Supremo, plasmada en diversas sentencias, pero muy claramente en la que se extracta, acusa una orientación en extremo rigurosa y una interpretación literal de la norma sobre negación de prórroga por no uso, que estima divorciada de la finalidad de la Ley y de la técnica restrictiva que, según el Tribunal Supremo debe imperar en materia de causas de resolución —aunque, en la práctica la aplicación que dicho Tribunal hace de las causas, suele ser extensiva—; la LAU habla, ciertamente, de cierre de local de negocio, pero con ello no se ha querido entender, evidentemente, la simple conversión de un local de negocio con establecimiento abierto, en almacén —asimilado a local de negocio—, sino el supuesto de no utilización del local. La causa tercera de denegación de prórroga, va encaminada a sancionar el «no uso», la actitud antisocial, de retener locales arrendados sin dar a los mismos utilidad social o económica apreciable, no a reprimir el cambio de destino que tiene su marco adecuado en la causa 6.^a del artículo 114 de la LAU, y en la cual no halla encaje la conversión de local de negocio en almacén. La asimilación de régimen jurídico de los almacenes vinculados a una explotación industrial o mercantil y auxiliares de la misma, a los locales de negocio *estricto sensu*, obliga a estimar irrelevante, aun como supuesto de denegación de prórroga, al cambio de destino a que se refiere la sentencia; el supuesto de denegación podría darse, a lo sumo, en el caso de dedicación de un local de negocio a simple depósito inerte de efectos, sin vinculación con empresa alguna mercantil y sin movimiento de mercaderías depositadas, no en el

supuesto de que un local destinado a las actividades básicas de una empresa se dedique a las de carácter auxiliar, y, se dé una efectiva utilización del local, que sirva a las necesidades económicas de una empresa (J. P. R.).

11. LOCAL de NEGOCIO: LEGITIMACIÓN PASIVA: CESIONARIO: *No es preciso citar al cessionario del contrato de arrendamiento por virtud del traspaso ilegal realizado a su favor, pues esta condición no le otorga el derecho a ser demandado en este procedimiento.*

LOCAL DE NEGOCIO: CESIÓN: *El artículo 52 de la vigente ley, que —como el artículo 36 de la derogada— dispone la necesidad de demandar al cessionario en los casos en que se ejercente una acción resolutoria de los contratos de inquilinato, tanto por su colocación como por su tenor literal, sólo puede entenderse referido a las cesiones de vivienda, pero no a las de locales de negocio.*

FALLECIMIENTO DEL ARRENDATARIO: COMUNIDAD HEREDITARIA SUCESORA: *A la muerte del arrendatario de un local de negocio pueden advenir arrendatarios del heredero o el socio de aquél; pero, cuando sean varios los herederos, no es obligatorio que todos ellos continúen en la relación arrendaticia, sino que cabe la renuncia de los que no quieran continuar en favor de alguno o algunos de los restantes, sin que tal renuncia envuelva una cesión constitutiva de un traspaso.*

COMUNIDAD HEREDITARIA SUCESORA: CESIÓN: *Si la comunidad hereditaria que sustituyó al primitivo arrendatario en el uso del local arrendado en ningún momento cedió su derecho arrendaticio a un coheredero, quien ni por tal título ni por otro alguno resulta ser arrendatario del local, la instalación de dicho coheredero en el local arrendado, para ejercer un negocio que le pertenece exclusivamente y con independencia de la comunidad hereditaria, envuelve la introducción en el local arrendado de una persona extraña al contrato de arrendamiento, lo que es causa de resolución.*

PRESUNCIÓNES: SUPUESTOS: *El hecho de que un comerciante se dé de baja y otro de alta en la contribución correspondiente a un establecimiento mercantil o industrial, si bien no supone de una manera necesaria y absoluta el traspaso del establecimiento, realizado por el primero a favor del segundo —ya que tal variación fiscal puede responder a otras circunstancias—, lo natural y corriente es que así sea, por lo cual quien alegue las circunstancias excepcionales que justifiquen el cambio tributario debe probarlas, y, no haciéndolo así, el Tribunal que de la baja y alta contributivas deduce el cambio de titular del establecimiento procede lógicamente, sin que su deducción pueda tacharse de inverosímil o absurda.* (Sentencia de 1 de febrero de 1961; desestimatoria.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: LOCAL QUE NUNCA ESTUVO ABIERTO AL PÚBLICO: *Aunque en el contrato se atribuya al local la condición de «tienda», le corresponde la calificación de almacén o depósito auxiliar, si como tal ha sido usado desde el primer momento del contrato y por ello, no habiendo estado el local abierto al público en ninguna ocasión, no cabe denegar la prórroga por cierre.* (Sentencia de 8 de febrero de 1961; no ha lugar.)

13. NECESIDAD DEL PROPIETARIO: FINCA DE RECREO: *No puede oponerse el arrendatario a la causa primera de excepción a la prórroga del artículo 76 LAU de 1946 alegando que el propietario dispone de otro edificio vacío, si éste se encuentra a tres kilómetros de la población, fuera del paraje urbanístico y es sólo utilizado como residencia de verano.*

No rigen las normas de selección cuando el edificio está íntegramente ocupado por un solo inquilino y en este caso, aunque el propietario tenga varios, puede elegir libremente. (Sentencia de 20 de octubre de 1958; no ha lugar.)

14. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CAMBIO DE DESTINO: DERECHO INTERTEMPORAL: *Dada la asimilación, en la nueva LAU, de los almacenes a los locales de negocio, no es causa de resolución, en la actualidad, la conversión de local de negocio «estricto sensu», en almacén, aunque tal conversión se haya operado bajo la vigencia de la LAU de 1946, si en dicho tiempo no se ejercitó la acción resolutoria.*

RESOLUCIÓN POR CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: ACTIVIDADES ESPORÁDICAS DE ALMACENAJE: *Procede la denegación de prórroga si un local de negocio se cerró al público en 1953, y ha continuado cerrado durante más de seis meses tras la vigencia de la LAU de 1955 sin que obste a ello el desarrollo de esporádicas actividades de almacenaje realizadas por el arrendatario en relación con el negocio que desarrolla en otro local.* (Sentencia de 25 de febrero de 1961; ha lugar.)

15. ALCANCE DE LA OCUPACIÓN: *Por el contrato de arrendamiento se adquiere el derecho de ocupación de la cosa arrendada, para si y con todas las personas que del inquilino dependan, con más razón si están ligadas por vínculos familiares, debido a la obligación que tiene de sustentarlos y dárles habitación.*

OCCUPACIÓN NO PERSONAL: *No es necesario para el normal cumplimiento del contrato de arrendamiento el uso personal del inquilino, siendo frecuente el contrato celebrado por el cabeza de familia y la ocupación por familiares, incluso en poblaciones distintas, sin que, por ello, se entienda transferido el derecho de uso adquirido, sino que se ejercita éste por medio de las personas que integran la familia; por lo cual, no implica cambio ni alteración en el usuario del arrendamiento el hecho de que, por insuficiencia del local, el titular se traslade con parte de su familia a otra casa de la misma población, quedando en la anterior otras personas de las que constituyen la comunidad, puesto que no se rompe la unidad familiar ni la dependencia económica de éstas respecto de aquél, circunstancias que hubieran originado el reemplazo o sustitución del usuario.* (Sentencia de 7 de febrero de 1961; desestimatoria.)

16. LOCAL DE NEGOCIO: SURARIENDO. TRASPASO: *Hay subarriendo o traspaso si la posesión del local la comparte con el arrendatario un tercero que realiza en él, como titular exclusivo y en propio beneficio su negocio de estanco aunque no resida en la misma población y lo haga mediante un apoderado que es el propio arrendatario y procede la resolución al no haberse observado los preceptos legales.* (Sentencia de 21 de mayo de 1958; no ha lugar.)

17. LOCAL DE NEGOCIO: SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: *Para la existencia del arrendamiento de industria previto en el artículo 4º LAU de 1946, es necesario que el arrendatario reciba además del local la industria establecida por el arrendador, por lo que si sólo recibió el primero y luego dicho arrendatario creó el negocio y lo cedió en arrendamiento, hay que estimar la existencia de subarriendo y al no tener autorización del arrendador procede la resolución del primer contrato.* (Sentencia de 21 de noviembre de 1958; ha lugar.)

18. TRASPASO NO CONSENTIDO. DESIGNACIÓN DOMICILIO SOCIAL: *Aunque se constituyese la sociedad por escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, designando como domicilio el local litigioso, no se puede estimar que haya traspaso o subarriendo si disuelta poco después con idénticas formalidades no funcionó en ningún momento, ni realizó ninguna actividad, teniendo una existencia meramente escrituraria ya que no hubo sustitución efectiva en el goce o uso del local arrendado.* (Sentencia de 19 de febrero de 1958; no ha lugar.)

19. TRASPASO NO CONSENTIDO: SOCIEDAD CIVIL: *La introducción de una persona en el local arrendado sin título que lo justifique, califique de traspaso, cesión o subarriendo da lugar a la resolución del contrato, y por ello procede ésta cuando a la sociedad que concertó el arriendo, compuesta de cinco socios, ha sucedido en el goce del local uno solo de éstos.* (Sentencia de 11 de diciembre de 1958; no ha lugar.)

20. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR TRASPASO ILEGAL: REVISIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DEL PRESUPUESTO FÁCTICO: *Procede dejar sin efecto la sentencia que decretó la resolución por traspaso, basando la afirmación de la existencia de la cesión, en la concesión de la licencia de explotación del negocio desarrollado en el local, a favor de persona distinta del arrendatario, si obran en autos: certificación municipal acreditativa que los géneros vendidos en el local se suministran al arrendatario y certificaciones del Grupo sindical correspondiente que aseveran que el arrendatario es quien figura como titular del negocio, a efectos de cargas sociales y pago de tasas y derechos.* (Sentencia de 30 de enero de 1961; ha lugar.)

21. RESOLUCIÓN POR TRASPASO, CESIÓN O SUBARRIENDO: UTILIZACIÓN DEL LOCAL POR TERCERO: *Es causa de resolución el hecho de que en el local arrendado a una agencia de transporte, ejerza sus actividades de igual clase el titular de otra agencia, ya constituya tal hecho traspaso, cesión o subarriendo.* (Sentencia de 10 de diciembre de 1960; ha lugar.)

Nota: La Sentencia del Tribunal Supremo, con base en diversas certificaciones obrantes en autos, llega a la conclusión fáctica descrita en el párrafo anterior —opuesta a la de la resolución de la Audiencia— y en méritos de ello, da lugar al recurso.

22. SUBARRIENDO: FIDUCIARIO EN GARANTIA: *No existe subarriendo, porque éste requiere la existencia de un tercero subarrendatario, carácter que no*

tiene la persona mencionada en los documentos, pues ya se advierte que lo es con el carácter de acreedor, poseyendo en nombre del deudor, a diferencia del subarrendatario, que posee en nombre propio. (Sentencia de 5 de diciembre de 1960; estimatoria.)

OBSERVACIÓN.—Las partes habían suscrito un documento llamado de «garantía consensual», consistente en un contrato de garantía por el cual el arrendatario entregaba la bodega, objeto de su contrato de arrendamiento, a un prestamista, para que éste la explotase como garantía del capital que había prestado, hasta la total reintegración del mismo, y cobrándose con los beneficios del negocio de los intereses del capital prestado.

23. OBRAS INCONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: *La construcción, sin consentimiento del arrendador, de una obra de fábrica que, por su naturaleza de tal, queda necesariamente adherida a la del local arrendado constituyendo con éste un solo cuerpo sin discontinuidad, no puede llevarla a cargo el arrendatario en cuyo derecho al uso no entra la facultad de alterar la cosa ajena que usa a título de arrendamiento.* (Sentencia de 12 de diciembre de 1960; no ha lugar.)

24. OBRAS CONSENTIDAS: *El levantamiento de un tabique que separa la peluquería del establecimiento mercantil instalado al tiempo de perfeccionarse el contrato, en la planta baja y no en los pisos o habitaciones integrantes con ella del edificio objeto en su totalidad del contrato viéndose entre las partes, fue obra llevada a cabo, al concertarse éste, por la propia arrendadora o con su consentimiento que prestó al albañil, su ejecutante, desde su iniciación, que presenció, hasta la terminación de la primera hilada de sillares dándole su aprobación, lo que constituye un hecho, no de simple conocimiento, sino de decisiva voluntad, implícita también en el consentimiento de instalación de dos negocios dispares que comporta el de las obras precisas para su separación.* (Sentencia de 23 de noviembre de 1960; no ha lugar.)

25. CONFIGURACIÓN: *Abrir un hueco en la pared de un edificio con las dimensiones de cincuenta y nueve y medio centímetros de alto, cuarenta y uno de ancho, y cincuenta y siete y medio centímetros de saliente, donde se ha instalado una fresquera, es notorio que constituyen obras que alteran la configuración, pues se ha cambiado el aspecto físico del local y departamento afectado al romper la pared que lo limitaba y aislaba del exterior, convirtiendo, por este sitio, en espacio abierto lo que antes estaba cerrado.* (Sentencia 25 de octubre de 1960; no ha lugar.)

26. CONFIGURACIÓN: *Para que exista la modificación en la configuración del local arrendado, basta que las obras realizadas por el arrendatario cambien la forma o estructura del local, o su aspecto peculiar, que produzcan en el mismo un cambio no meramente accidental sino esencial y sensible.* (Sentencia de 22 de octubre de 1960; no ha lugar.)

27. CONFIGURACIÓN: TERMO ELÉCTRICO: *La configuración la determina*

la disposición o forma de las partes, tanto en sentido vertical como horizontal, que dan aspecto o estructura física al local, y no la altera la introducción de un simple aparato o dispositivo eléctrico en el termosifón, sustituyendo por electricidad el sistema de calefacción que antes había porque además de que no son obras los trabajos realizados por no afectar a los elementos físicos del inmueble, en nada se varía el estado de la vivienda ni de la habitación. (Sentencia de 27 de octubre de 1960; no ha lugar.)

28. OBRAS INCONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: *Modifican la configuración las obras que transforman, mediante la construcción de varios tabiques de albañilería, un cuarto trastero para depósito de cosas transitorias o eventualmente inútiles, en útil local de cabinas, independientes y aisladas, para duchas. La determinación de la «configuración» queda al prudente arbitrio del juzgador, quien ha de fijarlo en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso pues no es susceptible de ser definido en abstracto.*

FACTO DE AMIGABLES COMPONEDORES: *Es nulo, por contrario a la Ley, el que estipula la sumisión a una jurisdicción privada de cuestiones que la Ley, con eficacia de norma de derecho necesario, prohíbe sustraer a la judicial del lugar en que se halla situada la cosa arreglada. (Sentencia de 4 de noviembre de 1960; no ha lugar.)*

29. INDUSTRIA INSALUBRE O INCÓMODA: PETICIÓN VECINOS: DEBER ARRENDADOR: *El arrendador actúa necesariamente por dispositivo legal cuando lo solicita la mayoría de los vecinos, por lo que es obvio que si la industria instalada en el local de autos, de cocción y elaboración de embutidos, resulta insalubre e incómoda por las emanaciones de humos o vapores, y los ruidos que produce el motor para su funcionamiento, y de otra parte, siete de los nueve vecinos que ocupan el inmueble, han interesado del dueño la resolución del contrato en debate, no se infringe el apartado ocho del artículo 114 de la ley especial. (Sentencia de 22 de noviembre de 1960; no ha lugar.)*

30. INDUSTRIA INSALUBRE, INCÓMODA O PELIGROSA: SINIESTRO: *No basta el mero resultado para reputar peligrosa una industria pues dicho resultado puede ser debido a un accidente fortuito o a fuerza mayor, de los que no está libre ninguna industria ya que no puede confundirse el riesgo, aleatorio, inherente a toda actividad humana, con el peligro, que ha de referirse a un estado permanente de inminencia que se traduce en una probabilidad constante de que el daño se produzca, pues el peligro es un concepto relativo determinado por circunstancias de ubicación, de instalación, de necesidad, etcétera. (Sentencia de 28 de febrero de 1961; no ha lugar.)*

31. ACTIVIDADES INSALUBRES O INCÓMODAS (MALOS OLORES): USO PACTADO O CONSENTIDO: *En el supuesto de que el local arrendado hubiera sido destinado por voluntad de los contratantes a almacenamiento de pieles sin curtir y saladas no impide la resolución del contrato, porque si bien la circunstancia de la insalubridad no se da en el presente caso, en cambio sí se produce la de notoria incomodidad, no solamente porque, en términos generales, los almacenamientos de pieles sin curtir y saladas, por sus malos olores,*

están conceptuadas como incómodos en el Nomenclátor de la industria anexo al Reglamento de establecimientos clasificados de incómodos, insalubres y peligrosos de 17 de noviembre de 1925, sino porque causa positivas molestias contrarias a lo que exige un vivir aceptable en el inmueble en que se producen. (Sentencia de 18 de enero de 1961; no ha lugar.)

32. DECLARACIÓN DE RUINA: *El órgano judicial de instancia para nada tiene que utilizar la pericia como medio probatorio, habida cuenta que la causa de resolución del contrato privado de arrendamiento no es la ruina real o física de la finca, hecho de la naturaleza, sino el acto de autoridad, imperativo de la Administración local competente, de declaración de ruina, tan fatal como aquél, que la jurisdicción común no puede censurar dado que su competencia se reduce a la decisión de cuestiones surgidas en relaciones de coordinación entre sujetos de derecho privado.* (Sentencia de 23 de noviembre de 1960; no ha lugar.)

33. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: DERECHO DE RETRACTO: CONDICIÓN DE ARRENDATARIO: *Para que pueda ejercitarse el retracto basta tener la condición de arrendatario en el momento de la venta de las fincas, pues es entonces cuando nace el derecho, que no puede quedar subordinado a seguir con el carácter de renta, y la resolución del contrato de arrendamiento y consiguiente desahucio carece de trascendencia a estos efectos.* (Sentencia de 24 de julio de 1960; no ha lugar. Sala de lo Social.)

V. Derecho de Familia

1. LITIS EXPENSAS, DERECHO FORAL: *La obligación de conceder litis expensas es aplicable aunque el matrimonio se haya contraído bajo un régimen que no sea el de la sociedad de gananciales, incluso en las regiones forales en que ésta no existe, como ocurre en el Derecho mallorquín.*

BENEFICIO DE POBREZA: DERECHO FORAL: *Los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y entre ellos también los referentes al beneficio de pobreza, como el artículo 18 que impone la acumulación de rentas, son aplicables en todo el territorio nacional.* (Sentencia de 28 de octubre de 1957; no ha lugar.)

2. SOCIEDAD DE GANANCIALES: MEJORA EN FINCA PRIVATIVA: *No es aplicable la presunción del artículo 1.407 C. c. a las mejoras realizadas en finca de la propiedad exclusiva del marido, si no se acredita que las obras que la mejoraron se realizaron con posterioridad al matrimonio.* (Sentencia de 26 de noviembre de 1960; no ha lugar.)

3. SOCIEDAD DE GANANCIALES: ARRENDAMIENTO, PRECARIO: *Contratado el arrendamiento del piso por el marido constante matrimonio con establecimiento en él de la familia, es indudable que tal adquisición debe estimarse ganancial y disuelta la sociedad de gananciales por declaración de nulidad del matrimonio no puede considerarse precaristas a la mujer y los hijos que siguen viviendo en dicho piso.*

«IURA NOVIT CURIA»: *El Tribunal sentenciador puede aplicar los preceptos*

y argumentos procedentes sin incurrir en incongruencia. (Sentencia de 3 de noviembre de 1960; no ha lugar.)

4. FILIACIÓN NATURAL: IMPUGNACIÓN: *La presunción que establece el artículo 130 C. c. cede cuando es impugnada por aquellos a quienes perjudique el reconocimiento y se acredite que se trata de un hijo que no reúne las condiciones del artículo 119, p.º 2.º C. c. pudiendo los que impugnan el reconocimiento, revelar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo como único medio para realizar dicha impugnación.*

LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR: *Aunque la acción del artículo 138 no es pública, están legitimados para su ejercicio, los parientes del padre que son herederos forzosos del mismo, que asimismo pueden deducir una acción de declaración de filiación legítima, respecto de padre distinto del que figura como natural en la inscripción, como presupuesto previo para rectificar dicha inscripción.*

PRESCRIPCIÓN: *La acción del artículo 138 C. c. como personal está sujeta al plazo de quince años. (Sentencia de 15 de octubre de 1960; ha lugar.)*

5. FILIACIÓN NATURAL: POSESIÓN DE ESTADO: *La apreciación del concepto jurídico de la posesión continua del estado de hijo natural, que ha de ser permanente sin que deba confundirse con actos aislados, ha de dimanar de las pruebas que se practiquen, por lo que sólo es combatible a través del número 7.º del artículo 1.692 LEC.*

BENEFICIO DE POBREZA: CAUCIÓN JURATORIA: *Es desestimable el recurso si el recurrente declarado pobre, ha dejado de prestar la caución juratoria del número 4 del artículo 14 LEC, a pesar de ser conformes de toda conformidad las sentencias de ambas instancias. (Sentencia de 28 de febrero de 1961; no ha lugar.)*

6. FILIACIÓN NATURAL: ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO: *El documento a que se refiere el artículo 137 número 2 C. c. debe contener el reconocimiento expreso, y no lo hay cuando dicho documento es la partida bautismal, en la que únicamente la madrina comparece y declara de quien procede la hija, así como la fecha del parto y el nombre de los abuelos, sin que intervenga la pretendida madre natural. (Sentencia de 19 de diciembre de 1960; no ha lugar.)*

7. PATRIA POTESTAD: SUSPENSIÓN POR TRIBUNAL TUTELAR DE MENORES: *No pueden los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, revisar el acuerdo de suspensión del derecho a la guarda y educación de los menores de diecisésis años adoptado por un Tribunal Tutelar de Menores, dentro de su competencia, conforme al artículo 9.º número 3, ap. A) de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, texto refundido de 11 de junio de 1948, por ser facultad exclusivamente encomendada a dichos Tribunales, según el artículo 13, P.º 1.º de la citada Ley. (Sentencia de 29 de septiembre de 1960; no ha lugar.)*

Los dos primeros considerandos de la sentencia que se anotan, dicen:

Considerando que concebida en el Derecho moderno la patria potestad como el conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, para se-

gurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, infiere de este concepto, que ese conjunto de derechos integradores de la patria potestad, es concedido a los padres como medio para el cumplimiento de sus deberes y cargas, la patria potestad es una «función» reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerles en sus intereses pecuniarios mientras son incapaces, orientándose nuestra jurisprudencia hacia el reconocimiento de la patria potestad como institución establecida en beneficio de los hijos, según resulta principalmente de las sentencias de 24 de junio de 1929, 3 de marzo de 1950 y 26 de noviembre de 1955.

Considerando que estando estrechamente conexos en el instituto de la patria potestad el interés del Estado y el de la familia, es necesario que la misión encomendada al padre de familia asuma un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones, y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar el poder a ellos conferido por la Ley, así como, sobre todo, el derecho del poder público de vigilar, corregir y a veces suplir la obra del que ejerce la patria potestad, intervención —y no injerencia— que encuentra por parte de los Estados actuales el mayor desenvolvimiento, siendo su fin principal el de reforzar el organismo estatal, requiriendo que el método de vida de la familia sea tal, que asegure a la Nación una prole fuerte y virilmente educada en la disciplina y en la responsabilidad.

8. TUTELA: RENDICIÓN DE CUENTAS: PRESCRIPCIÓN: *Habiendo sido el demandado tutor de las tres hermanas que le demandan para la rendición de cuentas, no se infringe el artículo 287 C. c., aunque el plazo que el mismo establece ya haya transcurrido en cuanto a dos de ellas y esté sólo en curso respecto de una, toda vez que no es posible escindir las consecuencias que de la sentencia condenatoria se originen y menos aún cuando habiéndose conferido la tutela en la forma de frutos por alimentos, sólo se ordena la rendición a partir del cese de aquélla en que continuó el demandado administrado los bienes, mediante una gestión de negocios sin mandato, independiente de la tutela, ya que sólo a las cuestiones referentes a ésta es aplicable al artículo citado.* (Sentencia de 3 de diciembre de 1960; no ha lugar.)

VI. Derecho de Sucesiones

1. TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN: *No puede considerarse realizada la partición de la herencia por la testadora, por el hecho de que ésta adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus herederos, individualizando algunos de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio.*

PARTICIÓN POR LOS HEREDEROS: *La partición realizada por los herederos con toda la libertad que les concede el artículo 1.058 C. c. debe mantenerse,*

mientras no se impune en forma al amparo del número 7 del artículo 1.692 LEC, sin que proceda hacer nueva división de la herencia. (Sentencia de 9 de marzo de 1961; no ha lugar.)

2. JUICIO UNIVERSAL DE ADJUDICACIÓN DE BIENES SIN DESIGNACIÓN DE NÓMENOS: *Este procedimiento, instaurado en el título XI del libro XI de la LEC, no es el adecuado para resolver cuestiones tan totalmente ajenas a él como la validez y eficacia del testamento y de la institución de heredero, concreción del momento en que éste debe ser determinado, quien es el heredero, administración de la herencia, ya que se desbordan los límites, que quedó reducido a determinar las personas llamadas por el testador, cuando lo hace sin designación de nombres. (Sentencia de 30 de enero de 1961; ha lugar.)*

3. SUCESIÓN INTESTADA EN BIENES TRONCALES: DERECHO FORAL DE VIZCAYA: (Véase sentencia de 11 de octubre de 1961, I, 4.)

DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANÓNIMA: JUNTA GENERAL: REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN: *Sin la asistencia de un número plural de socios, aunque sean los dos a que se refiere el artículo 61 de la LSA, no queda válidamente constituida la Junta en la que, como órgano deliberante, no es admisible que un solo socio mayoritario se erija en definidor de una declaración que para ser vinculante ha de ser precisamente un acuerdo.*

La presencia de un Notario que da fe del acto no suple la falta de intervención del Secretario de la Junta.

SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: *La Ley no separa en su trato procedural los acuerdos nulos o simplemente anulables, reservando el juicio ordinario para la impugnación de los primeros y el especial para los segundos, sino que admite que unos y otros puedan impugnarse utilizando el procedimiento especial, si bien los acuerdos nulos in radice pueden impugnarse después de transcurrido el plazo de caducidad del procedimiento específico y por los trámites del juicio declarativo ordinario.*

INCONGRUENCIA: APRECIACIÓN: *Para juzgar de la congruencia o incongruencia de las resoluciones no basta en muchos casos con atenerse a la expresión literal de las pretensiones, sino que deben valorarse en su verdadero alcance, valiéndose de los antecedentes de hecho y aun de los razonamientos jurídicos que permitan inferir el alcance de lo que se pidió. (Sentencia de 19 de abril de 1960; no ha lugar.)*

OBSERVACIONES: Aborda la sentencia el tema de si es válida la Junta general a la que concurre un solo socio, aunque titular de la mayoría de las acciones. La sentencia niega la validez de la Junta unipersonal, acogiéndose al criterio sustentado por una autorizada doctrina (Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, de Garrigues-Uría, tomo I, art. 51, número 4, pág. 520). Según esta doctrina, la celebración de una Junta con un solo accionista es inadmisible no sólo por ello incompatible conceptualmente con la idea de Junta (que es, por definición, una reunión

de varias personas), sino por razones basadas en los propios textos legales: el artículo 51 de la LSA habla de «concurrentes que represente...», y el artículo 61 exige que la Junta tenga, cuando menos, un Presidente y un Secretario. Precisando este requisito del artículo 61, la sentencia aclara que la presencia de un notario no suple la ausencia del Secretario de la Junta.

La tesis jurisprudencial es correcta desde el punto de vista técnico, si bien en la práctica —como señala el mismo Uría (*Loc. cit.*)— puede dificultar en gran medida el funcionamiento de sociedades con pequeño número de socios (cuando algunos de ellos obran con propósito de obstrucción). Y la dificultad se traducirá en imposibilidad cuando la sociedad anónima sea unipersonal, figura que no condena la vigente LSA (cfr. Uría, *Ob. cit.*, tomo II, art. 150, núm. 9, pág. 700). ¿Cómo conciliar la sociedad anónima unipersonal con la tesis prohibitiva de la Junta unipersonal? La sentencia no resuelve este problema, tal vez porque en el caso litigioso la sociedad anónima no tenía carácter unipersonal. Es, sin embargo, sumamente interesante plantear el problema y preguntarse si la prohibición de la Junta unipersonal se aplica también a la sociedad de un socio. La respuesta tiene que ser afirmativa. Sólo transitoriamente puede la sociedad anónima tener carácter unipersonal. A fin de hacer posible el cumplimiento de las normas legales sobre funcionamiento de la sociedad (entre las que figura la asistencia de una pluralidad de socios a la Junta general), la sociedad anónima unipersonal debe salir de este estado anormal y restablecer la pluralidad de socios (cfr. Uría, *Loc. citada*, pág. 701). (C. F.-N.)

SOCIEDAD ANÓNIMA: DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ACCIONISTA: *El derecho de información y examen de la contabilidad ha sido configurado por la jurisprudencia como uno de los derechos consustanciales e irrevocables del accionista; dicho examen directo de la contabilidad no puede ser sustituido por el derecho del artículo 65 de la LSA, por ser de muy distinta naturaleza aunque complementarios entre sí ambos derechos.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: JUNTA GENERAL: CONVOCATORIA: *Aunque según los Estatutos corresponda al Presidente del Consejo formular la convocatoria de las juntas generales, el que no asistiera al Consejo de Administración su Presidente no impide que la persona que le sustituya pueda convocar la Junta general de accionistas, ni obsta a la validez de la convocatoria.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DEL BALANCE: *En los casos de impugnación de balances no sólo es competencia de la Administración de Justicia el conocer del cumplimiento de los requisitos formales que aquéllos deben reunir, sino también de los que integran la llamada contabilidad material (criterios seguidos para la valoración de los elementos del activo).*

INCONGRUENCIA: APRECIACIÓN: *No existe incongruencia cuando la sentencia otorga menos de lo pedido, siempre que la razón de dar no sea distinta de la de pedir, conformándose la resolución pronunciada con la sustancia de lo solicitado por la parte y la probanza de los hechos que sirven de base a la petición.* (Sentencia de 28 de abril de 1960: no ha lugar.)

OBSERVACIONES: La doctrina y las legislaciones modernas distinguen un doble aspecto en el derecho de información del accionista: de una parte, el clásico derecho de inspeccionar la contabilidad social, regulado en el artículo 110 de la LSA; de otra, el derecho de pedir información sobre la marcha de las operaciones sociales, o derecho de información en sentido estricto regulado en el artículo 65 de la LSA (cfr. GARRIGUES, Co-

mentario a la Ley de Sociedades Anónimas, de Garrigues-Uría, tomo II, artículo 110, núm. 1, pág. 419; y *El derecho de información del accionista en la Ley de Sociedades Anónimas*, «Homenaje a Pérez Serrano», tomo I, Madrid 1959; pág. 482). Esta distinción es recogida en la sentencia que acertadamente declara que el derecho estricto de información no sustituye al derecho de inspeccionar la contabilidad. No es, en cambio, tan acertada la resolución jurisprudencial al afirmar que ambos derechos son de muy distinta naturaleza. Aunque se regulan en preceptos independientes de la LSA, y son distintos sus presupuestos de aplicación, ambos derechos tienen en realidad idéntica naturaleza por lo mismo que cumplen una idéntica función: informar al accionista sobre aquellos antecedentes y circunstancias cuyo conocimiento es indispensable para intervenir en la deliberación de los asuntos sociales y ejercitar razonablemente el derecho de voto. (C. F.-N.)

3. SOCIEDAD ANÓNIMA: INFORME DE LOS CENSORES DE CUENTAS Y DERECHO DE INFORMACIÓN: *Es inadmisible la tesis de que la contabilidad y los antecedentes relativos a la misma sólo deben ser examinados por los censores de cuentas ya que son cosas distintas, aunque complementarias, los informes emitidos por tales censores y las aclaraciones e informes que en uso del derecho de información del artículo 65 de la LSA pueden peticionar los accionistas.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: EXACTITUD DEL BALANCE: *Se infringe el artículo 102 de la LSA cuando la contabilidad de la sociedad contenida en el balance no refleja la verdadera situación patrimonial por existir una segunda contabilidad privada llevada ocultamente.* (Sentencia de 29 de mayo de 1960: ha lugar.)

FACTOR MERCANTIL: PODER DE REPRESENTACIÓN: *El factor vincula a sus mandantes con terceros contratantes cuando obra dentro de los límites de las facultades recibidas.*

Por excepción, y con el fin de proteger a los terceros de buena fe, el factor obliga también al comerciante cuando anteriormente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas y los contratos inciden o recaen sobre el giro, tráfico o actividad propia del establecimiento.

SENTENCIA PENAL: INFLUENCIA EN EL PROCESO CIVIL: *Las resoluciones penales absolutorias no vinculan a los Tribunales del orden civil como las condenatorias, ya que ambas jurisdicciones civil y penal son, en general, independientes en sus respectivos discernimientos y valoración de las pruebas.*

RECURSO DE CASACIÓN: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: *Es de rigor formal alegar la excepción de cosa juzgada por la vía del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de trámites y jamás por la del primero.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1960: no ha lugar.)

5. LETRA DE CAMBIO: INDEPENDENCIA DEL NEGOCIO CAUSAL: *El C. de c. al exigir en el número 5 del artículo 444 como requisito esencial de la letra la expresión del valor, da paso al negocio causal en la creación de la letra, sin que por ello se desconozca el carácter abstracto que asimismo tiene en la relación entre el suscriptor y el tercero poseedor de la cambiaria que no fue parte en el contrato que la origina.*

LETRA DE CAMBIO: RELACIONES ENTRE LIBRADOR Y TENEDOR: *La obligación de pagar el librador al tenedor será abstracta según quien reclame su cumplimiento ya que si el primer tomador intervino en el negocio causal, no puede ser ajeno a sus consecuencias por ser en tal caso el título un medio de cumplimiento.* (Sentencia de 22 de febrero de 1960; no ha lugar.)

6. LETRA DE CAMBIO: EXCEPCIÓN DE FALTA DE PROVISIÓN DE FONDOS: *Cuando solo intervienen librador y librado la doctrina jurisprudencial admite una nueva excepción opinable al librador: la de la falta de provisión de fondos. Esta excepción no tiene carácter cambiario, sino que afecta a la relación causal base de la letra y está comprendida en el número primero del artículo 1.467 de la Ley Procesal.*

JUICIO EJECUTIVO: AUTORIDAD DE COSA JUZGADA: *Aunque el artículo 1.479 de la LEC niega a las Sentencias dictadas en juicio ejecutivo la autoridad de cosa juzgada, la doctrina de esta Sala ha limitado la aplicación de este precepto a los problemas de fondo, y no admite que puedan ser planteadas nuevamente cuestiones que pudieron ser discutidas en el juicio ejecutivo.* (Sentencia de 17 de noviembre de 1960; ha lugar.)

7. CUENTA CORRIENTE BANCARIA: CARACTERÍSTICAS: *La característica esencial del contrato de cuenta corriente bancaria puro y simple es que el Banco depositario de los fondos debe tener éstos constantemente a disposición del cuentacorrentista para devolverlos sin otra condición que la presentación de la orden de pago del titular.* (Sentencia de 3 de diciembre de 1959; no ha lugar.)

OBSERVACIONES: El elemento característico de la cuenta corriente bancaria es el «servicio de caja» y no la «disponibilidad del dinero» por parte del cliente como equivocadamente mantiene la sentencia. La disponibilidad es, en cambio, el elemento característico del depósito bancario de dinero (vid. GARRIGUES, *Contratos Bancarios*, Madrid 1958, pág. 381). La confusión en que incurre la Sentencia era explicable cuando la cuenta corriente bancaria era un simple pacto accesorio del depósito de dinero. Mas reconocida hoy la independencia de la cuenta corriente bancaria, y siendo el depósito tan sólo uno de los posibles contratos a los que puede superponerse la cuenta corriente (cfr. GARRIGUES, *Ob. cit.*, pág. 123), la afirmación de la sentencia es inexacta. (C. F. N.)

8. QUIEBRA: RETROACCIÓN ABSOLUTA: *Dentro del periodo de retroacción de la quiebra impare de modo absoluto y sin distingos el párrafo segundo del artículo 878 del C. de c. que declara la nulidad de pleno derecho de todos los actos de dominio y administración del quebrado cualquiera que sea la situación de ignorancia o buena fe en que se halle el tercero contratante.* (Sentencias de 21 de mayo y 21 de junio de 1960; no ha lugar.)

9. QUIEBRA: RETROACCIÓN: ALCANCE TEMPORAL: *Debe de comprenderse dentro del periodo de tiempo «época» a que se refiere el artículo 878 del C. de c. el día que se señale como fecha de retroacción de la quiebra*

Si se entendiese lo contrario, se daría la anomalía jurídica de que los pagos efectuados el mismo día señalado como el de la retroacción serían

válidos y, en cambio adolecerían de nulidad los realizados en los días inmediatos siguientes y también aquellos anteriores a que se refieren los artículos 879 a 882 del C. de c.

QUIEBRA: AUTO QUE FIJA LA FECHA DE LA RETROACCIÓN: *Si el auto que declaró la quiebra no fijó la fecha de retroacción, puede aquélla señalarse en un auto posterior sin que a ello se opongan los artículos 1.322 y 1.368 de la LEC.*

QUIEBRA: IMPUGNACIÓN DEL AUTO QUE FIJA LA RETROACCIÓN: *Como enseñan las sentencias de este Tribunal de 7 de marzo de 1931 y 5 de abril de 1933, no es posible procesalmente que el acuerdo de retroacción pueda discutirse en cuantos procedimientos se sostengan con la Sindicatura; sólo se puede reclamar contra este acuerdo en el juicio universal de quiebra. (Sentencia de 13 de febrero de 1960; no ha lugar.)*

DERECHO PROCESAL

1. BENEFICIO DE POBREZA: VIDA FASTUOSA DEL SOLICITANTE: *El beneficio de pobreza no puede proyectarse en favor de quien, como el solicitante, lleva una vida de alarde y ostentación de medios de fortuna muy superior a los que puede proporcionarle su eventual salario, ni la indemostrada ayuda de otros familiares, ayudas económicas que él no precisa ni puntualiza, ocultando su extensión y real contenido. (Sentencia de 25 de febrero de 1961; desestimatoria.)*

OBSERVACIONES: El solicitante del beneficio de pobreza, mecánico de profesión, se encuentra sin empleo, sin más ingresos que un jornal de 50 pesetas que, a veces, obtiene de un trabajo eventual, y las ayudas que recibe de sus familiares, lo que no está acorde con la vida fastuosa que lleva, ya que, dice el Considerando primero, «viste con atildamiento, sastrería de lujo, fuma tabaco rubio y cigarros habanos, asiste frecuentemente a salas de espectáculos cuya entrada exige graves dispendios, practica caros deportes, etc.».

2. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PROCEDIMIENTO A SEGUIR: DETERMINACIÓN: *Para determinar las normas sustantivas aplicables hay que calificar el contrato, pero, para la determinación del procedimiento a seguir, tal calificación no es necesaria, ni podría lógicamente hacerse, pues declarar ab initio la naturaleza del contrato sería resolver la cuestión de fondo, por lo cual para decidir el procedimiento aplicable hay que atender única y exclusivamente a la acción ejercitada y si ella se funda o no en derechos reconocidos en la Ley de Arrendamientos urbanos, a fin de aplicar, en el primer caso, el procedimiento señalado en dicha Ley y el de las Leyes procesales comunes, en el segundo, independientemente de lo que, en su día, se acuerde en la Sentencia. (Sentencia de 2 de diciembre de 1960; desestimatoria.)*

3. SUBARRIENDO: FALTA DE PAGO: CUESTIONES COMPLEJAS: *Habiendo in-*

intervenido en él no sólo el arrendatario subarrendador y el subarrendatario, sino también el arrendador, pactándose que aún resuelto el arrendamiento subsistirá el subarriendo durante el término fijado y habiéndose originado pleito sobre la resolución del arrendamiento, es evidente que existe complejidad que impide estimar el pretendido desalojo del subarrendatario.

No puede estimarse que hay falta de pago de la renta si el subarrendatario ha sido requerido por el arrendador para que no la pague al subarrendador y ha pretendido consignarla en el Juzgado para su entrega a quien proceda.

«LITIS PENDENCIA»: JUICIO DE DESAHUCIO: La excepción de «litis pendencia» tiene por finalidad evitar que pueda producirse inadecuadamente la cosa juzgada y exige concurrencia de dos litigios originados sobre un mismo objeto, por demandas fundadas en la misma causa de pedir y entre las mismas partes, sin que sea viable en el juicio de desahucio. (Sentencia de 10 de enero de 1948; ha lugar.)

4. JUICIO DE DESAHUCIO: COMPLEJIDAD: EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO: Constituye una cuestión compleja que obsta a la viabilidad del desalojo de un arrendatario, por extinción del usufructo del arrendador, la especificidad de dicho usufructo, concedido con carácter vitalicio y sin que el actual arrendador adquiera ningún derecho sobre el inmueble hasta el fallecimiento del usufructuario, por haberse previsto que sólo entrará en la propiedad de la finca caso de sobrevivir al usufructuario. (Sentencia de 2 de febrero de 1961; no ha lugar.)

Se dice en la Sentencia que el actual propietario del inmueble no llegó a ser nunca mero nudo propietario del mismo y que surgía la duda acerca de si se trataba de un usufructo propiamente dicho o de un fideicomiso tácito regulado por la legislación catalana.

5. PROCESO ARRENDATARIO URBANO, PAGO O CONSIGNACIÓN PARA RECURRIR: Se sobrentiende que la consignación se refiere a lo adeudado en el momento de apelar, aun fuera del plazo previsto en el contrato, a menos de complicar las relaciones entre las partes, con expedientes de consignación judicial, en el mismo día del vencimiento de cada plazo de renta. (Sentencia de 18 de febrero de 1961; ha lugar.)

Se dictó esta Sentencia en recurso interpuesto contra un auto de la Audiencia Territorial; al dar lugar al recurso, se ordenó reponer los autos al estado en que se hallaban en el momento en que la Audiencia declaró, indebidamente la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto ante la misma.

6. CONSIGNACIÓN RENTAS PARA APELAR: EL ESTADO, ARRENDATARIO: Es requisito indispensable para interponer recurso de apelación contra Sentencia en que se dé lugar a la resolución del contrato, con el consiguiente desalojo del local, acreditar, al tiempo del ejercicio, estar al corriente en el pago

de las rentas o consignación de las adeudadas, obligación que también alcanza al Estado, porque en tal supuesto actúa como sujeto de derecho con todas las consecuencias que la Ley impone. (Sentencia de 16 de enero de 1961; no ha lugar.)

7. RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: (Véase Sentencia de 24 de diciembre de 1960, D. c., I, 1)

8. RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTA: *Debe considerarse tal la ocultación por el actor del domicilio o residencia del demandado, para evitar llegue a su conocimiento la demanda, creando con ello una situación de indefensión opuesta a los principios que informan la legislación procesal.* (Sentencia de 14 de diciembre de 1960; ha lugar.)

III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid.

A cargo de José María AMUSATI GUI y José Luis LLORENTE
(Abogados del Estado)

I. Derecho civil.

1. AMBITO MATERIAL DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: ARRENDAMIENTO PARCIAL DE VIVIENDA: PRÓRROGA FORZOSA: *La prórroga obligatoria para el arrendador y potestativa para el inquilino o arrendatario establecida en el artículo 57 de la L. A. U. alcanza al arriendo de unas habitaciones concertado por el propietario y ocupante del piso de que aquéllas forman parte.* (Sentencia de 19 de noviembre de 1959; desestimatoria.)

2. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA Y ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: *De la existencia de un bar en la actualidad no se deduce presuntivamente que el arriendo fuera de local de negocio, pues este caso hay que suponerlo como incluido en el artículo 4º de la L. A. U., ya que la explotación de un bar en un pueblo, sin que conste que se haga por medio de dependientes hay que estimar se trata de un negocio accesorio a la vivienda.* (Sentencia de 12 de enero de 1961; desestimatoria.)

3. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: ARRENDAMIENTO Y DERECHO DE HABITACIÓN: *Ni la previa aportación de dinero que hizo el arrendatario, ni el tiempo indefinido por que se celebró el contrato ni el derecho de opción y prioridad de adquisición de la vivienda establecido a favor de aquél impiden que deba calificarse el supuesto como relación netamente locativa, sin que se aprecie la existencia de vínculos «sui generis» que excedan del mero arrendamiento.* (Sentencia de 11 de marzo de 1961; estimatoria.)

4. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA Y ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: *Cuando el contrato de arrendamiento que vincula a la partes no contiene cláusula ni dato alguno por los que se pueda deducir que lo arrendado es un local de negocio, los actos del demandado utilizando el local para fines no previstos en dicho contrato no pueden cambiar la naturaleza jurídica del mismo ni determinar a su favor un fuero que altere la normal competencia.* (Sentencia de 27 de marzo de 1961; desestimatoria.)

5. AUMENTOS DE RENTA EN BASE A LOS DECRETOS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1956 Y 22 DE JULIO DE 1958: *La renta pactada en 1954 por las partes, es la que debe regir a efectos de las aplicaciones de los aumentos autorizados en los Decretos de 1956 y 1958, y no la renta fijada al piso en 1942.* (Sentencia de 14 de diciembre de 1959; estimatoria.)

6. REDUCCIÓN DE LA RENTA FUNDADA EN OCULTACIÓN FISCAL; REQUISITOS: *Para que prospere la acción reductora de rentas establecida en el artículo 103 (1) de la L. A. U., es preciso: 1.º, que haya transcurrido un trimestre natural desde que se satisfacen rentas superiores a las fiscales, y 2.º, que al ejercitarse el inquilino su derecho sea superior la renta civil a la fiscal.* (Sentencia de 16 de diciembre de 1959; desestimatoria.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD; OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA POR LA PERSONA PARA QUIEN SE RECLAMÓ: *La exigencia, establecida en el artículo 68 de la L. A. U., de que se ocupe la vivienda por la persona para quien se reclamó dentro de los tres meses siguientes a haber sido desalojada, se entiende cumplida si antes de extinguirse dicho plazo se estaban realizando por el propietario las adecuadas obras de adaptación y reparación de la vivienda, sin haber podido terminarlas, especialmente en los casos, como el presente, en que el cuarto desalojado se hallaba en malas condiciones de conservación.* (Sentencia de 28 de abril de 1960; desestimatoria.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD; CRITERIOS DE SELECCIÓN EN LAS FINCAS ARRENDADAS POR PISOS: «FAMILIA MENOS NUMEROSA»: *No puede considerarse como «familia» a los efectos del artículo 64 de la L. A. U. más que el cónyuge y los ascendientes, descendientes y hermanos, de conformidad con el criterio inspirador de los artículos 18, 24, 58 y 62 de la propia Ley, sin que quepa, por tanto, extenderla a una sobrina, su marido (de esta) y una hija de ambos.* (Sentencia de 22 de septiembre de 1960; desestimatoria.)

La Audiencia de Barcelona sigue un criterio más lato en su sentencia de 29 de abril de 1959 en que comprende dentro del término familia a los sobrinos, habida cuenta de que es corriente que convivan tíos y sobrinos. Este criterio es también el de Fuentes Lojo («Suma de Arrendamientos Urbanos», 4.ª ed., Barcelona 1960, pág. 538).

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD: *Apareciendo probado que la demandante que desea ocupar el piso ha contraído matrimonio y vive en régimen de subarriendo parcial, es evidente su necesidad de ocupar el piso de que es propietaria.* (Sentencia de 28 de noviembre de 1960; desestimatoria.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE NECESIDAD; REQUERIMIENTO EFECTUADO MEDIANTE ACTO DE CONCILIACIÓN: *El acto de conciliación es medio apto para hacer el requerimiento, el cual, una vez efectuado, queda ya para siempre, sin que se desvirtúe por el transcurso del plazo de dos años*

(1) «Cuando la renta declarada a efectos fiscales sea inferior a la percibida, el inquilino o arrendario podrá reducirla a la cuantía declarada, cuya reducción subsistirá hasta que el arrendador declare la renta que hubiera venido percibiendo, y en todo caso, durante el plazo mínimo de dos años.»

que establece el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para presentar demanda que requiera acto de conciliación. (Sentencia de 20 de marzo de 1961; desestimatoria.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR DESOCUPACIÓN; EXCEPCIONES: *Es justa causa de la desocupación el haberse ausentado durante un año la inquilina del piso y su marido, por orden del Director del Hotel donde éste prestaba sus servicios en la capital, marchándose a otra ciudad para trabajar una temporada en un Hotel que aquél arrendó por un año.* (Sentencia de 21 de marzo de 1961; desestimatoria.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CAUSA DE DESOCUPACIÓN: *Habiéndose probado que el inquilino dejó de ocupar la vivienda arrendada durante más de seis meses en el curso de un año, carece de trascendencia el que la residencia de mismo y de sus familiares haya tenido o no lugar en un punto determinado, en otra localidad o en el mismo Madrid, y, por tanto, el que por las apreciaciones sobre ésto se haya o no interpretado erróneamente el artículo 40 del Código civil y la doctrina que lo interpreta.* (Sentencia de 28 de marzo de 1961; desestimatoria.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR DISPONER EL INQUILINO DE OTRA VIVIENDA: *La circunstancia de ser el arrendatario copropietario de una casa con pluralidad de cuartos de características análogas al que habita, autoriza la denegación de la prórroga fundada en el nº 5 del artículo 62 de la L. A.U.* (Sentencia de 6 de octubre de 1960; desestimatoria.)

«CONSIDERANDO: Que el artículo 394 del Código civil autoriza a cada copropietario para servirse de la cosa común conforme a su destino, y nada más en armonía con el destino de una casa con pluralidad de cuartos, es destinaria a vivienda de los condóminos, sobre todo en los casos como el presente en que son dos los copropietarios...»

«CONSIDERANDO: Que la frase «característica análogas», que emplea la norma legal contenida en el número 5 del artículo 62, no puede ser entendida en el sentido que propugna la recurrente, porque el vocablo «analogía» —que entraña un concepto totalmente distinto de semejanza distinto al de «igualdad»— significa según nuestra Real Academia: «relación de semejanza entre cosas diferentes» y en el caso de autos, es evidente, la analogía entre la vivienda que ocupa la recurrente y la que le pertenece como condómina, porque ambas son igualmente confortables, cómodas e higiénicas y casos para la morada de la recurrente que vive sola y sin familia, debiendo remarcarse que sus condiciones de habitabilidad son superiores a la que la recurrente tiene arrendada...»

14. CESIÓN DE VIVIENDA; REQUISITOS: *El artículo 24 de la L. A. U. no exige que la convivencia entre el titular del arrendamiento y el familiar subrogado se prolongue hasta el momento de la notificación al arrendador.*

REQUISITOS DE LA SENTENCIA: CONGRUENCIA: *A efectos del requisito de la congruencia, hay que comparar el fallo con el respecto objetivo de la petición como elemento de la pretensión procesal y no con la fundamentación de ésta.* (Sentencia de 9 de diciembre de 1959; desestimatoria.)

15. CESIÓN DE VIVIENDA: *El hecho de abandonar la vivienda el locatario llevándose sus muebles, quedando en el cuarto el subarrendatario, entra-*

ña una cesión de vivienda, puesto que esta figura jurídica emerge en el preciso momento en que el locatario desaparece de la relación arrendaticia para ser sustituido por un tercero que pasa a ocupar el lugar de aquél. (Sentencia de 30 de septiembre de 1960; desestimatoria.)

16. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» EN LA POSICIÓN DEL ARRENDATARIO: REQUISITOS: *El requisito de la notificación fehaciente que se exige en el párrafo 3.º del artículo 58, queda satisfecho por el concurso de una serie de circunstancias que evidencia el conocimiento que el arrendador tuvo del fallecimiento del inquilino.* (Sentencia de 26 de marzo de 1960; desestimatoria.)

«...la permanencia continua de las partes en el inmueble de autos, ya que el propietario o arrendador del piso ocupado por la inquilina, vive en otro del inmueble; la constancia y certeza por parte del propietario del fallecimiento del padre de ésta..., el conocimiento de la demandada, el libramiento de los recibos por el propietario, ésta aunque a nombre del difunto, la percepción de la renta del piso durante un año después de pasados los noventa días que fija el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin protesta ni reserva del propietario; son hechos que como en la sentencia recurrida se afirma, equivalen a la notificación por parte de la inquilina de la subrogación en el arrendamiento que llevaba su difunto padre, reuniendo todos ellos los requisitos de la notificación fehaciente que exige a aquélla en caso del fallecimiento del inquilino el citado artículo de la Ley de Arrendamientos; ya que de no reconocerlo así, como en la sentencia recurrida se afirma, sería tanto como dar al acto jurídico menos importancia que a su forma; y la Ley de Arrendamientos lo que persigue al decir en su artículo 58 que la notificación al propietario de la subrogación en el arrendamiento por el inquilino «será fehaciente», no en forma fehaciente, lo mismo se consigue haciéndolo en forma notarial o judicial, que por los actos o hechos acaecidos en el pleito».

II. Derecho procesal .

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN; REQUISITOS: DEFECTO EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO: *La simple enumeración de textos legales y doctrina jurisprudencial, sin razonamiento de ninguna clase que justifique su aplicación al caso del pleito, vicia esencialmente el recurso haciéndolo inadmisible, ya que para la válida interposición del mismo no basta la mera cita de disposiciones legales, sino que es preciso hacer constar el concepto por el que se reputan infringidas.* (Sentencia de 6 de mayo de 1960; desestimatoria.)

2. COMPETENCIA DE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA: *Es competente el Juzgado de 1.ª Instancia y no el Municipal para conocer de la acción de impugnación de venta por pisos en que no se respete el orden de prelación establecido (artículo 54 de la L. A. U.).* (Sentencia de 17 de enero de 1961; desestimatoria.)

3. COMPETENCIA; CARÁCTER: *Aun cuando no se haya alegado la incompetencia de jurisdicción ni en la primera ni en la segunda instancia, siendo ésta materia de orden público y pudiendo el Tribunal declarar de oficio la incompetencia, sobre ella procede decidir en primer término.* (Sentencia de 25 de enero de 1961; desestimatoria.)

4. LEGITIMACIÓN PROCESAL; ACCIÓN EJERCITADA POR EL ADMINISTRADOR DE LA FINCA; INNECESIDAD DE EXPRESARLO CONCRETAMENTE EN EL SUPLICO DE LA DEMANDA: *La demanda forma un todo orgánico, no siendo imprescindible repetir en la súplica los nombres y conceptos ya expuestos sino que debe ponerse la petición que se deduce en relación con los hechos y fundamentos de derecho.* (Sentencia de 7 de diciembre de 1959; estimatoria.)

2. Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona.

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho civil

1. PROMESA DE ARRENDAMIENTO: EFECTOS RESPECTO AL NUEVO PROPIETARIO DEL INMUEBLE: *La promesa de arrendamiento, vincula al propietario que la otorgó, y a sus herederos, no al nuevo propietario de la finca, que la adquirió, a título de compra, del antiguo* (S del 18 de enero de 1961; no ha lugar)

2. SUBARRIENDO SIN AUTORIZACIÓN ESCRITA DEL ARRENDADOR.: *El subarriendo concertado sin autorización escrita del arrendador, adolece de noción radical, que lo hace inexistente, sin que pueda legitimarse por el abono de rentas, pues lo radicalmente nulo es insubsanable* (S. de 8 de mayo de 1961; ha lugar).

NOTA: El influjo de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 22 de febrero de 1956 se viene acusando, si bien no de modo constante, en las resoluciones de instancia y las de suplicación; ejemplo de ello es la máxima anteriormente transcrita en la que se contiene una doctrina inaceptable. En efecto, no cabe confundir, en modo alguno, la nulidad radical, derivada de la vulneración de alguna norma legal, con la inexistencia de un negocio, que sólo puede derivar de la falta de alguno de sus requisitos fundamentales. La existencia del subarriendo concertado entre subarrendador y subarrendatario, es en absoluto independiente de un factor en absoluto extrínseco al contrato, como es el consentimiento del propietario del inmueble, sin perjuicio de que alguna prohibición legal pueda acarrear alguna otra especie de irregularidad —teóricamente, la nulidad radical incluso— del contrato concertado. Ahora bien, el defecto de forma escrita en el consentimiento del arrendador no puede, en modo alguno, constituir una causa de nulidad radical y ello por las siguientes razones: 1.º Porque no toda violación de una norma legal implica la nulidad del acto realizado en contravención de la misma, siendo doctrina, generalmente admitida, la de que el artículo 4 del C. c. no opera en todo supuesto de violación de las normas; 2.º Porque de la propia LAU se infiere que la infracción de las normas sobre subarriendo tiene, como única virtualidad, la de autorizar el ejercicio, por el arrendador, de una acción resolutoria contra el inquilino, y no la de invalidar, *inter partes*, el subarriendo.

Ello aparte que diversas normas de la propia Ley, como el artículo 13 ponen de manifiesto la subsistencia y eficacia, *inter partes*, de subarriendos concertados con infracción de normas de la LAU (las relativas a la cuantía de la renta); no cabe decir que el precepto del artículo 10 LAU quedaría sin sanción de prevalecer la tesis que se defiende en esta nota, ya que ninguna más rigurosa, que la de autorizar al arrendador a pedir la resolución del contrato por infracción del mismo.

En cuanto a la posibilidad de aplicar la causa resolutoria segunda del artículo 114 de la LAU —resolución por subarriendo sin los requisitos legales— al concertado, mediando sólo autorización verbal, y no escrita,

del arrendador, hay que afirmar, que si bien, del juego de los artículos 10 y 114 de la Ley la afirmativa resulta indudable, no es posible aceptar tal conclusión si se toman en consideración normas y principios de rango superior a los de la Ley formal ordinaria, cual es el principio, de respeto a los actos propios; este principio de Derecho natural y superior, por tanto, a toda Ley positiva, impide que el que autoriza a otro en *cualquier forma* aunque no sea la exigida por la Ley, a realizar un acto, pueda luego impugnarlo, con base en no haber prestado su consentimiento con el formalismo exigido por la Ley; por tanto, si de la prueba (apreciada, eso sí, con el máximo rigor), resulta indudable la expresión del consentimiento, por parte del arrendador, en forma verbal —muy especialmente si dicha prueba resulta de la confesión en juicio, o de algún otro medio probatorio privilegiado— se cerrará, en buenos principios, el paso a la acción resolutoria del arrendador. Cfr. *infra* S. de 16 enero 1961.

3. RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE VIVIENDA: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN IMPUGNATORIA: *Para que pueda iniciarse el plazo de caducidad, precisa que la cesión sea conocida por el arrendador o, al menos, que la ocupación del arrendatario, aparezca tan ostensible y manifiesta que permita presumir su conocimiento* (S. de 24 de enero de 1961: no ha lugar).

Nota: Se tiende a restringir el juego de la norma sobre caducidad a través del requisito —no establecido en la Ley— de conocimiento de la cesión por el arrendador. En el caso de autos la cesión se produjo o, al menos, se exteriorizó, no por la entrada del cesionario en la vivienda —supuesto normal a que se refiere la LAU— sino por la salida del cedente, ya que uno y otro vivían antes, conjuntamente, en el piso objeto del litigio; la Sala en sus Considerandos ha venido a estimar, que el mero hecho del abandono de la finca por el cedente, permaneciendo en la misma el cesionario no supone necesariamente punto de arranque del plazo de caducidad.

4. SUBARRIENDO O TRASPASO ENCUBIERTO BAJO MANDATO: *El hecho de que el arrendatario abandonara el local hace cuatro o cinco años trasladándose a otra población, hace presumir la existencia de cesión o subarriendo, sin que desvirtúe tal presunción, el mandato otorgado por el arrendatario, en favor de su hija, para gestionar sus asuntos, y el que siga ostentando el pare la titularidad fiscal, a diversos efectos, si la referida hija dirige el negocio en nombre propio* (S. de 24 de octubre de 1960; no ha lugar).

5. SUCESIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: NOTIFICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN EN FORMA VERBAL: *La finalidad del artículo 58 de la LAU, es evitar que el cambio de titularidad se verifique a espaldas, y sin el consentimiento del arrendador, en el caso de muerte del inquilino, y por ello no infringe la Ley la sentencia que desestima la resolución solicitada por defecto de notificación, por estimar probada la notificación verbal de la subrogación del arrendador ante seis testigos, sin tacha legal, que adveraron que el arrendador, no solo consintió la subrogación, sino que manifestó, al recibirla, que no había necesidad de poner el contrato a nombre del subrogado, ni de formalizar nada por escrito a efecto de evitar gastos.* (Sentencia de 16 de enero de 1961; no ha lugar).

Nota: Interpretación harto dulcificada del requisito de «notificación fehaciente» exigido por la LAU, y que prueba, una vez más, cuánto repugna a los Tribunales la norma que condiciona la transmisión *mortis*

causa del derecho arrendatario a la notificación fehaciente; conirástese esa flexibilidad de criterio, con la rapidez de la exigencia del requisito de forma, en cuanto a la autorización del subarriendo por el arrendador.

6. **NECESIDAD: CASUÍSTICA:** *Procede la denegación de prórroga por necesidad, si existe aumento de necesidades familiares, la vivienda que se reclama es más espaciosa que aquella en que vive el beneficiario y la primera es de propiedad del actor, en tanto que la segunda se posee a título simplemente arrendatario.*

RECURSO DE SUPLICACIÓN: VALORACIÓN DEL CONCEPTO NECESIDAD: *La noción de necesidad es un concepto jurídico revisable en suplicación.*

RECURSO DE SUPLICACIÓN: CONTENIDO DEL ESCRITO DE RECURSO: *No es previsible que en el recurso se haga una exposición de antecedentes, ya que los autos se remiten a la Sala.* (Sentencia de 26 de abril de 1960: no ha lugar.)

7. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO:** *La necesidad basada en el hecho de contraer matrimonio, surge desde que éste se proyecta, y no obsta a tal necesidad, la suficiencia de la vivienda de los padres, para albergar la nueva familia constituida por alguno de los hijos.*

SELECCIÓN: *El privilegio concedido en materia de selección a los funcionarios, no se extiende a los jubilados, ya que la Ley se refiere a los que tengan deber de residencia.* (Sentencia de 6 de diciembre de 1960: no ha lugar.)

8. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD DERIVADA DE PROYECTO DE MATRIMONIO:** *Si se acredita en autos la seriedad y formalidad del proyecto de matrimonio, por la publicación de proclamas y certificación del párroco y el deber de residencia, infringe la Ley, la sentencia desestimatoria de la pretensión denegatoria de prórroga.* (Sentencia de 4 de mayo de 1961: ha lugar.)

9. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: VIVIENDA INDEPENDIENTE:** *No obsta a la denegación de prórroga por necesidad de vivienda para dotar de hogar a un hijo, el que en el piso del padre haya habitaciones suficientes para los hijos.* (Sentencia de 4 de mayo de 1961: ha lugar.)

10. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ADQUISICIÓN DE NEGOCIO EN OTRA POBLACIÓN:** *Reconocido por el Fuero de los españoles, el Derecho a la libre elección de residencia, hay que admitir el Derecho de quien adquiere un negocio en población distinta de la de su residencia, a domiciliarse en la primera y realizar la denegación de prórroga para disponer de vivienda en ella.* (Sentencia de 7 de febrero de 1961: ha lugar.)

11. **DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: RESERVA DE HABITACIONES POR EL ARRENDADOR:** *La circunstancia de que el arrendador se hubiera reservado dos habitaciones en la vivienda arrendada no puede enervar la acción denegatoria de prórroga por necesidad, respecto a la que es irrelevante.* (Sentencia de 11 de febrero de 1961: no ha lugar.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: LUGAR DE TRABAJO EN SITIO DIVERSO DE LA VIVIENDA: *Procede la denegación de prórroga, aunque el lugar de trabajo del beneficiario de la misma se halle en un suburbio del término municipal en que radique la vivienda, no perteneciente a dicho término municipal.* (Sentencia de 10 de mayo de 1961: no ha lugar.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: PARIENTES CONVIVENTES: *Al establecerse la selección a base de la familia menos numerosa, se quiso incluir en este concepto a todos los parientes que poseyeran la facultad de poder subrogarse en el contrato de arriendo y, por tanto, a los hermanos.* (Sentencia de 4 de febrero de 1961: no ha lugar.)

NOTA: Sigue la controversia en torno al concepto de familia menos numerosa —y, concretamente, de las personas que deben considerarse integrantes de la familia— a efectos del artículo 64 LAU. En esta sentencia parece concederse un papel predominante al criterio basado en los familiares que tienen derecho a la subrogación; en rigor, y pese a los criterios limitativos mantenidos en algunos fallos, parece indudable que la voz «familia» debe entenderse en su más amplio sentido, comprendiendo a todas las personas ligadas por lazos de parentesco —consanguíneo, o de afinidad, legítimo o ilegítimo, natural o de adopción— con el arrendatario, ya que nada autoriza a introducir restricciones, y sería arbitrario cualquier criterio limitativo.

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS: *En caso de igualdad de número de familiares conviventes con el inquilino, el arrendador puede elegir el piso que deseé, entre los que se hallen en dicha igualdad de condiciones, sin que quepa imponer criterios legales de preferencia con base en la proximidad de parentesco, o en el carácter legítimo o ilegítimo de los familiares de los inquilinos.* (Sentencia de 1 de febrero de 1961: ha lugar.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: INEXACTITUD DEL REQUERIMIENTO: *No obsta a la eficacia del requerimiento denegatorio de prórroga que en él se dijera, por error, que el beneficiario de la denegación era casado si, en definitiva, lo fue luego al celebrarse el matrimonio, con anterioridad a la interposición de la demanda, y es racional suponer que se trató de un simple lapsus.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1960: no ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: OCUPACIÓN POR EL BENEFICIARIO: PRETENSIÓN DE RETORNO DEL ARRENDATARIO: *No procede la acción de reocupación por el inquilino desalojado, si dentro de los tres meses siguientes al desalojo, se iniciaron en el inmueble obras encaminadas a modificar la distribución de la vivienda, eliminar incomodidades y proveerla de nuevas instalaciones, aunque las obras hubieren continuado con posterioridad a los tres meses, por causas ajenas a la voluntad del arrendador.* (Sentencia de 23 de febrero de 1961: no ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: CÓMPUTO DEL PLAZO: *No es preciso que los meses de no ocupación hayan transcurrido de modo continuo.* (Sentencia de 28 de noviembre de 1960: no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: *No procede la resolución, si la vivienda se utiliza para oficina del negocio del arrendatario que, además, pernocta en la misma.* (Sentencia de 26 de abril de 1961: ha lugar.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: PRUEBA: *Son signos exteriores que acusan, de modo pleno y manifiesto, la desocupación de la vivienda, la no utilización, en absoluto, de servicios tan importantes en la vivienda moderna, como agua, gas y electricidad.* (Sentencia de 5 de marzo de 1961: no ha lugar.)

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO OCUPACIÓN: JUSTA CAUSA: *No cabe la denegación de prórroga por no ocupación, por la simple reducción, al mínimo, de la permanencia en el piso, por la necesidad de atender, primero, a la enfermedad del suegro y luego, por fallecimiento de éste, al negocio del mismo, ya que ello sería razón suficiente para justificar la ausencia.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO OCUPACIÓN: USO REDUCIDO: *Aun prescindiendo de las causas de la utilización limitada de la vivienda, no es bastante, para la denegación de prórroga por no uso, el reducido consumo de energía eléctrica, si, pernoctando en la vivienda, el inquilino y su familia, por razones de trabajo o de otra índole, satisfacen el resto de sus necesidades vitales fuera del hogar.* (Sentencia de 17 de febrero de 1961: no ha lugar.)

21. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR HABER TENIDO EL ARRENDATARIO VIVIENDA LIBRE A SU DISPOSICIÓN: *No puede considerarse como vivienda de características similares a la que se trata de hacer objeto de denegación de prórroga, al amparo de la 5.^a de las causas denegatorias, a la que carece de agua por no haber podido ser ésta suministrada por la Compañía concessionaria.* (Sentencia de 8 de noviembre de 1960: no ha lugar.)

22. INCREMENTOS DE RENTA, REPERCUSIÓN DE ARBITRIOS MUNICIPALES: *El impuesto municipal sobre fincas sin albañal, es repercutible, por tratarse de un impuesto o exacción municipal, y no de una sanción.* (Sentencia de 25 de enero de 1961: no ha lugar.)

NOTA: No son repercutibles los arbitrios con finalidad no fiscal, es decir, aquellos que tienen como finalidad directa, no la de proporcionar recursos a los Municipios, sino la de compelir a los propietarios de inmuebles, a realizar alteraciones, en los mismos, favorables a la policía urbana y sanitaria; por lo tanto, si el arbitrio a que se refiere esta sentencia tuviere tal finalidad, no sería procedente la repercusión, ya que el desplazamiento hacia el inquilino del arbitrio, supondría la frustración de la finalidad básica del arbitrio; no así, en el supuesto contrario.

23. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: ACTOS PROPIOS: ADMINISTRADOR: *El inquilino que concertó el arrendamiento con un administrador, no puede, sin ir contra sus propios actos, desconocer, en el juicio de desahucio, la personalidad de dicho administrador. El subarrendatario no puede desconocer la personalidad de la actora esposa del subarrendador (apoderada para administrar los bienes y derechos de su ma-*

ridoj para resolver el contrato de subarriendo, obrando en nombre y representación de su cónyuge, (Sentencia de 7 de marzo de 1961: no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN POR CESIÓN O SUBARRIENDO: UTILIZACIÓN POR AGRUPACIÓN ARTÍSTICA DIVERSA DEL ARRENDATARIO: *Es causa de resolución el hecho de que en el local arrendado a una entidad dedicada al desarrollo de actividades artísticas, se desarrolle las de una asociación o grupo de personas denominado «Juentudes musicales de...».* (Sentencia de 20 de abril de 1961: ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN POR SUPUESTO SUBARRIENDO NO NOTIFICADO: *Demostrada la convivencia con el arrendatario, con carácter permanente, de un sobrino carnal del mismo y de la mujer de éste, sin que se notificase al arrendador tal convivencia, procede la resolución del arriendo.* (Sentencia de 22 de febrero de 1961: no ha lugar.)

26. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: ALCANCE DE LA AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR: *Si en el contrato se dice que el destino de la cosa arrendada será el de vivienda, y se autoriza a que el arrendatario ejerza en ella su actividad de relojero, es causa de resolución, con arreglo a la LAU, el que se destine la cosa arrendada, exclusivamente, a taller de relojería.* (Sentencia de 30 de enero de 1961: no ha lugar.)

27. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: UNIÓN DE HABITACIONES: *La unión de la pieza destinada a comedor, con una habitación contigua, mediante el derribo de un tabique, en la parte baja del mismo, dejando en lo alto una porción de unos 30 centímetros en forma de arco, altera la configuración del inmueble.* (Sentencia de 12 de diciembre de 1960: no ha lugar.)

28. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: *Altera la configuración, la apertura de una ventana, la construcción de un armario empotrado que disminuye la capacidad de la habitación en 60 centímetros de fondo, del suelo al techo, y la desaparición de una campana para la recogida de humos de hornillos de carbón totalmente suprimidos.*

CARGA DE LA PRUEBA: *Realizadas obras en una vivienda, y alegado, por el arrendatario, que las realizó un parente del mismo, corresponde al inquilino la carga de probar su aserto.*

RECURSO DE SUPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: ACTOS PROPIOS: *No puede otacarse en suplicación, un pronunciamiento consentido en la segunda instancia.* (Sentencia de 21 de marzo de 1961: ha lugar.)

29. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: CONSTRUCCIÓN DE GALLINERO: *Altera la configuración de un inmueble, la construcción de un gallinero de 1,10 por 5,30, por 2 metros, en el patio posterior de la casa, realizada con*

tejado de uralita y pared de ladrillo y adosado a la pared. (Sentencia de 19 de abril de 1961: no ha lugar.)

30. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: OBRAS QUE NO ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: *No altera la configuración, la construcción de un cobertizo de madera con tejado de cartón cuero, imitando plancha de uralita, adosado a una pared medianera, y destinado a resguardar un vehículo de la intemperie.* (Sentencia de 6 de febrero de 1961: no ha lugar.)

31. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: OBRAS QUE NO ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: *No altera la configuración la supresión en la cocina, de un escalón de ladrillos de ochenta centímetros de base, sito en un rincón, bajo la salida de humos, para instalar, en el propio sitio, una cocina económica portátil. Tampoco la altera, la construcción, en un patio, de un cobertizo, de un metro ancho, de tejas árabes montado sobre pies derechos de madera, adosado a la pared, en razón del carácter accesorio del mismo y de su emplazamiento en lugar secundario.* (Sentencia de 21 de abril de 1961: no ha lugar.)

32. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: OBRAS QUE NO ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CAMBIO DE PERSIANA: *No altera la configuración, la sustitución de persiana de madera enrollable, por otra de sistema basculante, que deja incólume el hueco y marco de la ventana exterior.* (Sentencia de 21 de abril de 1961: no ha lugar.)

33. DESALOJO DE SUBARRENDATARIOS DEL ANTIGUO INQUILINO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Es el arrendador, y no al actual inquilino, a quien corresponde el ejercicio de la acción para el desalojo del subarrendatario del antiguo inquilino, si dicho subarrendatario no llegó a serlo del nuevo.* (Sentencia de 7 de febrero de 1961: no ha lugar.)

II. Derecho procesal.

RECURSO DE SUPLICACIÓN: MATERIA DEL RECURSO: *Las infracciones procesales no pueden ser materia de este recurso.* (Sentencias 5 de diciembre de 1960, 23 de enero y 15 de febrero y 14 de marzo de 1961: no ha lugar.)

3. Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Zaragoza (Año 1960).

A cargo de JULIO BONED SOPENA
Juez de Primera Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. LOCALES ASIMILADOS A LOS DE NEGOCIO: OFICINAS DE COMPAÑÍAS DE SEGUROS.—*El piso arrendado para oficinas de una compañía de Seguros y vivienda del arrendatario gestor y familiares es local de negocio comprendido en el párrafo 2.º del artículo 5 de la LAU.* (Sentencia de 8 de enero de 1960): estimatoria.)

2. FUENTES DEL DERECHO DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.—*La legislación de Arrendamientos Urbanos aspira a su autosuficiencia, de suerte que habiendo preceptos aplicables al caso no es lícito traer otros ajenos a ella.* (Sentencia de 11 de marzo de 1960: desestimatoria.)

3. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 18 DE LA LAU: SU CONCILIACIÓN CON EL 11, APARTADO 2.º.—*El artículo 18 debe interpretarse en el sentido de ser permisible el subarriendo parcial, cuando inquilino y subarrendatario convivan en la vivienda, y en este sentido es perfectamente cohonestable con el artículo 11, apartado 2.º, que establece la presunción «juris et de jure», de que en el caso de no convivencia el subarrendamiento es total, aunque el inquilino, obrando sin consentimiento del arrendador, se haya reservado dos habitaciones.* (Sentencia de 11 de marzo de 1960: desestimatoria.)

4. SUBARRIENDO: PERCEPCIÓN DE INCREMENTOS DE RENTA POR EL ARRENDADOR.—*Si el arrendador ha percibido incrementos de rentas, por razón de subarriendo comprendido en el artículo 18, tiene que pasar por él y no puede estimarlo como inconsentido a los efectos de solicitar la resolución del contrato de arrendamiento.* (Sentencia de 31 de marzo de 1960: estimatoria.)

5. CONVIVENCIA EN TEMPORADA DE VERANO: NO CONSTITUYE HOSPEDAJE DOMÉSTICO NI SUBARRIENDO.—*La convivencia con el arrendatario y su familia durante la temporada de veraneo, de una persona y su familia que tienen su domicilio y residencia en distinta localidad no constituye hospedaje doméstico ni subarriendo, porque esa estancia temporal, sin aparecer demostrado el pago de precio y unido a la relación de parentesco que les une, no la prohíbe ni impide la ley.* (S. de 19 de abril de 1960: estimatoria.)

6. NO CONSTITUYE HOSPEDAJE DOMÉSTICO NI SUBARRIENDO LA CONVIVENCIA CON EL ARRENDATARIO Y UN HIJO CASADO, DE LA ABUELA DE LA ESPOSA DE ÉSTE.—*La abuela de la esposa del hijo del arrendatario que convive con todos ellos se halla legalmente protegida para ocupar la vivienda, ya que forma parte del núcleo familiar y vive bajo su dependencia económica.* (S. de 19 de abril de 1960: estimatoria.)

7. ESTANCIAS TRANSITORIAS DE PERSONA NO PARIENTE DEL ARRENDATARIO: NO CONSTITUYE HOSPEDAJE DOMÉSTICO NI SUBARRIENDO.—*La estancia de una persona por espacio de tres meses en casa del arrendatario, con el que no tiene relación de parentesco, mientras preparaba su ingreso en el Ejército; la permanencia en la misma después de incorporado, durante una enfermedad —que según manifiesta le sorprendió cuando iba a marchar de permiso—; la frequentación del mismo domicilio en la actualidad, donde a menudo, cambia su uniforme militar por el traje de paisano y viceversa, son hechos que no revelan la existencia de subarriendo ni hospedaje, porque en realidad se trata de una mera estancia temporal al no haberse demostrado el pago de precio que no puede presumirse.* (S. de 19 de abril de 1960: estimatoria.)

8. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR FEHACIENTEMENTE AL INQUILINO LA COMPRAVENTA DEL PISO: EFECTOS.—*Mientras el adquirente no notifica fehacientemente al inquilino las condiciones esenciales de la transmisión, el derecho de retracto permanece vivo y latente y aquél carece de acción para pedir la resolución del contrato por necesidad.* (S. de 3 de febrero de 1960: desestimatoria.)

9. NECESIDAD: CONCEPTO JURÍDICO.—*La necesidad es un concepto jurídico. Es lo equidistante entre lo obligado y la mera conveniencia y concurre, aparte los supuestos comprendidos en las presunciones legales, en la precisión de locales independientes con destino a dormitorios para los hijos del actor, debido a su crecimiento y ello unido a no reunir la vivienda que ocupa buenas condiciones higiénicas, teniendo en cuenta que se halla aquejado de reuma y de cólicos al hígado.* (S. de 9 de enero de 1960: desestimatoria.)

La necesidad no puede definirse como un hecho, susceptible, por tanto, de prueba directa, sino que se trata de un concepto que requiere razonamiento al que han de servir de base los hechos individualizados a que el proceso se refiere, y no cabe duda de que su apreciación ha de hacerse de acuerdo con las reglas que el derecho exige. Por ello, los argumentos para su determinación han de ser jurídicos y es susceptible de censura en suplicación. (Sentencia de 25 de febrero de 1960: desestimatoria.)

10. NECESIDAD: CLASES.—*El artículo 63 de la LAU distingue dos clases de necesidad: una protegida con presunciones para los cuatro casos expresando en el número 2 del artículo, y otra de libre apreciación de los Tribunales a la que se refiere el apartado 1.º, que ha de ser probada.* (S. de 4 de abril de 1960: desestimatoria.)

11. NECESIDAD: CONCEPTO: GRADOS.—*Según jurisprudencia abundante el concepto de necesidad ha sido interpretado como el grado medio entre lo imprescindible y lo conveniente o superfluo, constituyendo tcdo, los tres matices distintos de un mismo concepto que responden a un grado de intensidad diferente, de tal suerte que el área de cada uno de los primeros es común a los que progresivamente le suceden, y de ahí la dificultad de diferenciarlos.* (S. de 4 de abril de 1930: desestimatoria.)

12. NECESIDAD: NO CONCURRE: INSTALACIÓN DE PISO Y CONSULTORIO MÉDICO EN MEJORES CONDICIONES.—*El lícito propósito de quien disponiendo de dos viviendas, si bien en distinta planta, desea instalar piso y consultorio médico en mejores condiciones, a base de dos pisos unidos en la misma planta, ha de estimarse como necesidad de grado muy secundario que ha de ceder ante el principio de derogación del derecho de disponer de la cosa arrendada que al dueño corresponde, tenido en cuenta ya por la ley de 1946 y transportado a la actual en el sentido de impedir el desplazamiento del inquilino en busca de vivienda.* (S. de 25 de febrero de 1960: desestimatoria.)

13. NECESIDAD: CONCURRE: EVENTUAL DESAPARICIÓN CON LA REALIZACIÓN DE OBRAS.—*No obsta al estado de necesidad el que eventualmente pueda desaparecer si se realizan determinadas obras en el piso arrendado, pues la discusión en autos se concreta a la realidad actual, aparte de que no puede obligarse a un propietario a llevar a cabo dichas obras para que aquel estado desaparezca.* (S. de 24 de septiembre de 1960: estimatoria.)

14. PRESUNCIÓN DE NECESIDAD: NO CONCURRE EN EL QUE DISPONE DE DOS VIVIENDAS DE SEIS Y OCHO HABITACIONES MÁS SERVICIOS: *Para que opere la presunción de necesidad recogida bajo el núm. 2 del artículo 63 se requiere que la insuficiencia de vivienda sea debida al aumento de las necesidades familiares del inquilino; insuficiencia que no parece evidente en el que dispone de dos viviendas de seis y ocho habitaciones con sus servicios por más que no se encuentren en la misma casa y planta.* (S. de 25 de febrero de 1960: desestimatoria.)

15. DESOCUPACIÓN: INQUILINO TRASLADADO A UNA PENSIÓN: *El hecho de habitar el inquilino ininterrumpidamente en una pensión desde finales de 1958, aun acudiendo varias veces durante el día y por la noche al piso arrendado, constituye desocupación.* (Sentencia de 24 de septiembre de 1960; estimatoria.)

16. OCUPACIÓN DE LA VIVIENDA POR LA ESPOSA DEL ARRENDATARIO UNIDA A ÉSTE POR MATRIMONIO CIVIL, Y LOS HIJOS HABIDOS DE ÉL: *No ha lugar a la negación de la prórroga si la vivienda continúa ocupada por la esposa del arrendatario unida a él en matrimonio civil y los hijos de ambos que siguen y seguirán ostentando dicha condición, mientras una sentencia en el correspondiente procedimiento no declare otra cosa.* (Sentencia de 28 de marzo de 1960; estimatoria en parte.)

17. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: CONCEPTO: *No puede deducirse de hechos calificables de cómodos o convenientes, siendo preciso algo más. Justa causa no viene a ser otra cosa que un estado de necesidad nacido de imperativos vitales para el desenvolvimiento económico de la familia o de la persona.* (S. de 13 de enero de 1960: estimatoria.)

18. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: TRASLADO FORZOSO: *Es justa causa de desocupación de vivienda el haber sido destinado el inquilino, militar de profesión, con carácter forzoso a distinta población a virtud de orden ministerial.* (S. de 28 de enero de 1960; desestimatoria.)

19. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: PRESTACIÓN DE SERVICIOS DOMÉSTICOS: *La constituye el prestar servicios domésticos viviendo habitualmente en otro domicilio.* (Sentencia de 23 de junio de 1960; desestimatoria.)

20. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: NO CONCURRE: *Cuando voluntariamente se acepta un trabajo que puede realizarse en el lugar donde se tiene la vivienda arrendada, pues habría que probar, en otro caso, la necesidad de aceptar aquél para subsistir.* (Sentencia de 13 de enero de 1960; estimatoria.)

21. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: PRECARIA SITUACIÓN ECONÓMICA: NO CONCURRE: *No es justa causa de desocupación la precaria situación económica que, según el recurrente, le obligaba a ocupar otra vivienda y, por ello, a tener cerrada la arrendada, pues lo que dicha situación aconseja es que se tenga una sola vivienda y no que se estén pagando unas rentas sin ocupar el inmueble más que en los alumbramientos de la esposa que, como es sabido, normalmente suceden transcurridos ya los seis meses que señala el artículo 62, número 3.* (S. de 21 de noviembre de 1960; desestimatoria.)

22. EL DECRETO DE 31 DE OCTUBRE DE 1958 NO IMPLICA «NUMERUS CLAUSUS» DE JUSTAS CAUSAS: *Además de las causas en él expresadas quedan subsistentes otras de libre apreciación de los Tribunales, pues la Disposición Adicional 9.^a a la LAU concede al Gobierno la facultad de dictar disposiciones, en forma de Decreto, para mejor ejecución de sus preceptos y en el preámbulo del de 31 de octubre de 1958 se deja a salvo la jurisdicción de los Tribunales para la resolución de casos individualizados.* (Sentencia de 28 de enero de 1960; desestimatoria.)

23. SELECCIÓN DE VIVIENDA: ARRENDADOR PROPIETARIO DE VARIAS FINCAS: *Cuando el arrendador posea más de una finca arrendada en una misma localidad, podrá ejercitar su derecho a la denegación de prórroga respecto de la vivienda situada en cualquiera de ellas.* (Sentencia de 3 de octubre de 1960; estimatoria.)

24. SELECCIÓN DE VIVIENDA: PISO OCUPADO POR JUZGADO COMARCAL: *El piso ocupado por el Juzgado Comarcal, además de no tener los elementos precisos para su utilización como vivienda, y por ello, no constituye medio*

adecuado a las necesidades del arrendador y aun vieniendo calificado de tal por el artículo 4, no puede decirse que esté deshabitado, dada la continuidad de la función de juzgar y la necesidad de estar abierto al público. (Sentencia de 9 de enero de 1960; desestimatoria.)

25. SELECCIÓN DE VIVIENDA: ANTIGÜEDAD EN LA OCUPACIÓN: MOMENTO A PARTIR DEL CUAL DEBE CONTARSE: *La antigüedad debe contarse a partir del momento en que el inquilino ocupa cualquiera de los pisos del inmueble, siempre que la ocupación lo haya sido sin interrupción o por subrogación de un derechohabiente, siendo a estos efectos indiferente que haya cambiado de piso dentro de la misma finca, interpretación que no sólo es la legal, sino también la popular.* (Sentencia de 18 de febrero de 1960; desestimatoria.)

26. REPERCUSIÓN DE AUMENTOS EN LA RENTA POR SERVICIOS: REQUISITOS: ESPECIALIDAD EN VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA: *No procede si la propietaria anunció en 21 de febrero de 1959, por carta dirigida a la inquilina, que se cobrarían los aumentos a partir del 1º de marzo, por no haberse dado el plazo de treinta días, establecido en el artículo 101, para contestar o no al requerimiento. Tratándose de vivienda de renta limitada la Disposición Transitoria 3.ª del texto refundido regulador de esta clase de viviendas, establece que la repercusión por los restantes conceptos a que se contrae la legislación general de Arrendamientos Urbanos, sólo podrá efectuarse cuando hayan transcurrido tres años desde la primera ocupación de la vivienda y para gravámenes posteriores a 1949.* (S. de 4 de octubre de 1960; desestimatoria.)

27. ARRENDAMIENTO DE PISO PARA OFICINAS DE COMPAÑÍA DE SEGUROS Y VIVIENDA DEL GESTOR Y FAMILIARES: COMPETENCIA: *Es incompetente el Juzgado Municipal para conocer de la demanda de resolución del contrato de arrendamiento de un piso para oficinas de una Compañía de Seguros y vivienda del gestor y familiares, por estimarse local de negocio, dada su primordial finalidad, sin que sea necesario demostrar que las oficinas se refieren a profesión colegiada por la que se pague contribución, pues el supuesto contemplado encaja en la segunda de las excepciones del número 10 del artículo 122 en relación con el número 2 del artículo 5.º La excepción de incompetencia de jurisdicción es apreciable de oficio en suplicación por ser de orden público.* (S. de 8 de enero de 1960; desestimatoria.)

28. RESOLUCIÓN POR NO DARSE LA CONVIVENCIA TOLERADA: *Procede la resolución cuando el piso es ocupado en su totalidad por el matrimonio demandado, ausente el arrendatario, sin que, por tanto, se dé la convivencia tolerada que autoriza el artículo 18 de la LAU.* (Sentencia de 20 de septiembre de 1960; desestimatoria.)

29. NO ES NECESARIA LA NOTIFICACIÓN DEL SUBARRENDATARIO AL ARRENDADOR PARA FEDIR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *Aunque en el*

momento de la notificación al propietario de que el arrendatario le viene cobrando por el subarriendo rentas superiores a las legalmente autorizadas, había dejado de ser subarrendatario a virtud de sentencia firme, y la jurisprudencia que no reputa necesaria que el subarriendo subsista al pedirse la resolución del arriendo, solamente es aplicable cuando se ampara en la causa 2.º del artículo 114, al admitirse como hecho probado por el Juzgado de instancia que el subarriendo era legal excepto en cuanto al precio, quiere decirse que el arrendatario percibió cantidades no autorizadas por la ley, y ello es suficiente para que el propietario pueda ejercitar la acción sin necesidad del estímulo de la notificación del subarrendatario, pues claramente así se desprende del artículo 129 de la LAU. (Sentencia de 31 de marzo de 1960; estimatoria).

30. RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA: CITACIÓN DEL CESIONARIO: Se cumple cuando se cita a la cessionaria asistida del marido, aunque solamente aquélla lo haya sido nominalmente, pues aunque ambos fueran titulares de la relación subarrendaticia, la citación del marido ha de tenerse por válida cuando por esta misma circunstancia puede identificarse. (Sentencia de 20 de septiembre de 1960; desestimatoria.)

31. RESOLUCIÓN POR CESIÓN PROHIBIDA: Procede la resolución cuando el piso es ocupado en su totalidad por el matrimonio demandado que, en ningún momento, ha convivido con el arrendatario titular. (Sentencia de 20 de septiembre de 1960; desestimatoria.)

32. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO DE LA COSA ARRENDADA: No es causa de resolución el que, en parte de las habitaciones del piso arrendado, se hayan instalado las oficinas de un Consulado; cuando, además, viven y duermen los hijos del arrendatario que de él dependen, pues no puede considerarse como local de negocio, a efectos del cambio de destino, ya que el supuesto debe encajarse en el núm. 2.º del artículo 4.º, aplicándolo por analogía, y no en el 5.º (S. de 20 de septiembre de 1960; desestimatoria.)

33. RESOLUCIÓN POR OBRAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: Al expresarse en la sentencia de apelación que el arrendatario no ha probado, en modo alguno, el consentimiento expreso del arrendador, ni puede presumirse de actos inequívocos de éste, a tenor de reiterada jurisprudencia—y esta presunción se refiere, según la misma sentencia, al consentimiento tácito—, es claro que no ha existido el consentimiento que exige el artículo 114, causa 7.ª, para evitar la resolución. (Sentencia de 17 de octubre de 1960; desestimatoria.)

34. CASOS EN QUE NO SE ENTIENDE ALTERADA LA CONFIGURACIÓN: CRITERIO CUANTITATIVO: No es causa de resolución la apertura en el techo y tejado inmediato que le cubre, de un orificio de diez centímetros de diámetro, para paso de un cañón de una estufa. No es lícito rechazar el criterio de cantidad, pues como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1954, puede resultar necesario para determinar si la varia-

ción de la configuración es esencial y sensible. (Sentencia de 28 de junio de 1960; estimatoria.)

35. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» INEFICAZ: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICACIÓN: *Es causa de resolución el defecto de la notificación prevista en el n.º 3.º del artículo 58 de la LAU.* (S. de 6 de mayo de 1960; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NATURALEZA: *El recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria y no una tercera instancia.* (Sentencia de 17 de febrero de 1960; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: *Si bien es la aplicación de tal principio la que determina el recurso con este fundamento, no puede negarse que sirva de base a ella, sino que existe la posibilidad de hacerlo y sin su aplicación no puede entrar la Sala en el examen de la prueba practicada en el juicio, debiéndose atener a los hechos probados.* (Sentencia de 19 de abril de 1960; estimatoria.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *Solamente se puede entrar en el examen de la valoración de la prueba cuando el recurso se funde en la errónea aplicación del abuso de derecho.* (Sentencia de 5 de abril de 1960; desestimatoria.)

La especial naturaleza del recurso de suplicación le impone un ámbito muy restringido, y como consecuencia, no es dado a la Sala proceder a un nuevo examen de la prueba practicada en el juicio, sino es por el único motivo de la errónea aplicación del abuso de derecho, y al no ser alegado ni aplicado en la instancia resulta legalmente imposible revisar la apreciación verificada por el Juzgado. (Sentencia de 29 de febrero de 1960; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CUESTIONES DE HECHO: NACIONALIDAD Y NECESIDAD: *La determinación de la nacionalidad de una de las partes es una cuestión de hecho, que el Tribunal debe acatar, salvo que el recurso se funde en la errónea aplicación del abuso de derecho.*

La determinación de si ha existido o no necesidad en el demandado para tomar en arrendamiento un segundo piso, es igualmente un hecho, objeto de prueba por el Juzgado de instancia. (Sentencia de 20 de septiembre de 1960; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe fundar el recurso en causa que debió alegarse en primera instancia para sentar en ella la demanda y dar oportunidad de defensa al demandado.* (Sentencia de 20 de septiembre de 1960; desestimatoria.)

6. RECURSO DE SUPLICACIÓN: INCONGRUENCIA: *Se da cuando pedida la resolución del contrato de arrendamiento sobre el piso primero izquierda se decreta la del primero derecha.* (Sentencia de 19 de abril de 1960; estimatoria.)

7. RECURSO DE SUPLICACIÓN: MOTIVACIONES INACEPTABLES: *Cuando no se denuncia la errónea aplicación del abuso de derecho no cabe apoyar el recurso en pretendidas infracciones del artículo 1.253 del Código civil, pues lo que interesa en esta clase de recursos son los hechos declarados probados y la congruencia con la legislación aplicable a los mismos, importando poco si el juzgador se ha fundado o no en presunciones y el proceso que en su razonamiento haya seguido.* (Sentencia de 5 de abril de 1960; desestimatoria.)

8. RECURSO DE SUPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias de las Audiencias no constituyen doctrina legal.* (Sentencia de 5 de abril de 1960; desestimatoria.)

9. RECURSOS DE SUPLICACIÓN: PROCEDIMIENTO INADECUADO: VALIDEZ DEL MATRIMONIO CIVIL: *El recurso de suplicación no es el procedimiento adecuado para poder hacer declaraciones acerca de la validez y eficacia del matrimonio civil, al parecer contraido por el arrendatario y la persona que ocupa la vivienda, ni de la legitimidad o ilegitimidad de los hijos de ambos.* (Sentencia de 28 de marzo de 1960; estimatoria en parte.)

10. RECURSO DE SUPLICACIÓN: DEFECTO LEGAL EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA: *Existe si no se expresan en el encabezamiento ni la profesión ni el domicilio del demandante, ni tampoco, en lugar adecuado, las mismas circunstancias, de ser conocidas, del demandado.* (Sentencia de 23 de marzo de 1960; estimatoria.)

11. RECURSO DE SUPLICACIÓN: DEFECTOS REVELABLES DE OFICIO: *Los requisitos que el artículo 29 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 exige para la redacción de la demanda, por ser de orden público, deben ser comprobados previamente a entrar a resolver sobre el fondo, aunque su falta no haya sido alegada.* (Sentencia de 23 de marzo de 1960; estimatoria.)

12. RECURSO DE SUPLICACIÓN: SELECCIÓN DE VIVENDA: ANTIGÜEDAD: CENSURA: *Cabe en suplicación la censura de la interpretación del artículo 64 en lo que a la antigüedad de los inquilinos se refiere.* (Sentencia de 18 de febrero de 1960; desestimatoria.)

13. RECURSOS DE SUPLICACIÓN: INATACABILIDAD DE HECHOS PROBADOS: *La infracción de ley alegada ha de contemplarse, por tratarse de recurso de naturaleza extraordinaria, y no de otra instancia, a través de los hechos que declara probados la sentencia recurrida.* (Sentencia de 17 de febrero de 1960; desestimatoria.)

14. CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECUBRIR; ALEGACIÓN EXTEMPORÁNEA EN SUPLICACIÓN: *La alegación de que el recurrente en apelación no consignó las rentas para apelar, debió haberse hecho ante el Juzgado de Primera Instancia al mantener el recurso.* (Sentencia de 30 de mayo de 1960; desestimatoria.)

15. APLICABILIDAD EXCLUSIVA DEL ARTÍCULO 149 DE LA LAU: *El artículo 736 de la LEC no es aplicable en materia de Arrendamientos Urbanos por contener la Ley reguladora de dicha materia el precepto específico del artículo 149, que exige la declaración de temeridad para que se puedan imponer las costas en apelación.* (Sentencia de 29 de febrero de 1960; desestimatoria.)

16. COSTAS: TEMERIDAD: ABSOLUCIÓN EN LA INSTANCIA: *Es de apreciar temeridad en quien, pretendiendo el desahucio por obras inconsentidas, recurre en suplicación contra sentencia en la que aparece declarada, con toda claridad, la autorización de aquéllas por el arrendador recurrente.* (Sentencia de 8 de enero de 1960; estimatoria.)

Cuando en la sentencia no se entra a resolver sobre el fondo debe seguirse el criterio de la temeridad. (Sentencia de 8 de enero de 1960; estimatoria.)

17. COSTAS: TEMERIDAD: ALEGACIÓN POR VEZ PRIMERA EN EL RECURSO DE SUPLICACIÓN DE LA ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO: *Indice en temeridad la conducta del que recurre en suplicación, pretendiendo nueva valoración de la prueba, para lo que alega, por primera vez, y sin ningún fundamento, la errónea aplicación del abuso de derecho.* (Sentencia de 20 de septiembre de 1960; desestimatoria.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes.*

JORDANO BAREA, Juan B.: *El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: *El artículo 51 del Código Civil y los conflictos de doble matrimonio.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. JURISPRUDENCIA.