

Relaciones contractuales de hecho

MODIFICACIONES DEL DERECHO CONTRACTUAL EN LOS CAMPOS DE LA «DASEINVORSORGE» (ATENCIÓN DE LAS NECESIDADES VITALES), DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y DEL DERECHO DE TRABAJO

Conferencia del profesor de la Universidad de Heidelberg, Doctor WOLFGANG SIEBERT, pronunciada en la «Juristische Studiengesellschaft», de Karlsruhe, el 21 de junio de 1957.

Traducción: AURORA HUBER ROBERT, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

A) *Introducción y ojeada de conjunto.*

I

1. La problemática de las llamadas «relaciones contractuales de hecho» ha ocupado a la doctrina y a la jurisprudencia desde hace aproximadamente veinticinco años, sin que haya sido posible hasta ahora llegar a un punto de unidad sobre su justificación sistemática, sobre el ámbito de aplicación de tales relaciones jurídicas y sobre su necesidad práctica (1). Por una parte, el concepto ha sido criticado como expresión de la decadencia de nuestro Ordenamiento privado y en especial de la dogmática del negocio jurídico, como manipulación del capitalismo jurídico que carece de necesidad

(1) Ha de citarse, en primer lugar, el conocido estudio de HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*. SIMITS proporciona una panorámica amplia sobre el actual estado de la discusión en *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts*, 1957.

práctica (2). Por otra, se ha elogiado la «liberación del concepto de contrato en su estrechez consensualista» (3), que «permite una apreciación objetiva de los fenómenos del tráfico moderno» (4). Entre estas dos concepciones extremas se mueve hoy la discusión en torno a las relaciones contractuales de hecho.

Sobre las hipótesis típicas y sus soluciones, existe prácticamente acuerdo. La jurisprudencia y la doctrina han llegado a la conclusión de que una sociedad que descansa en un contrato ineficaz, pero que ha sido llevado a efectiva ejecución, ha de ser tratada como jurídicamente existente; a un trabajador que ha realizado la prestación de su trabajo con base en un contrato ineficaz, se le debe reconocer derecho al salario; la utilización de instalaciones de tráfico masivo, como tranvías, aparcamientos, etc..., obliga al pago del precio, lo mismo si el usuario era consciente de su obligación que si no lo era, e incluso, aunque la hubiera rechazado. Tras estos resultados la cuestión no es ya apremiante, pero queda en pie el problema de decidir si estos resultados pueden fundarse en la dogmática general del B. G. B., o si, por el contrario, nuestra dogmática tradicional no los alcanza.

2. Las diferentes concepciones en torno a la ordenación sistemática de las relaciones contractuales de hecho se distinguen, ante todo, según el grado de su mayor o menor apartamiento de las instituciones tradicionales del Derecho privado, especialmente de los preceptos del B. G. B. sobre *conclusión del contrato, nulidad y anulabilidad*. Los supuestos de hecho que están en la base de las relaciones contractuales de hecho, o bien se someten completamente a las relaciones contractuales de hecho, o bien se someten completamente a las instituciones negociales tradicionales, o se hace un especial raspado por la vía de una interpretación extensiva o restrictiva, o, finalmente, se reconoce a las relaciones contractuales de hecho como un fenómeno no comprendido en la dogmática tradicional que debe ser situado, a su lado, en una nueva

(2) Véase ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Parte general del Derecho civil*, 14.^a edición, tomo II, 1955, pág. 697; WOLFF, M. D. R., 1952, pág. 535, N. J. W., 1952, pág. 500, N. J. W., 1953, pág. 1.250; NIPPERDEY, M. D. R., 1957, pág. 129; STAUDINGER-COING (Staudinger 11, edición 1954).

(3) BÄRMANN, *Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge*, 1948, pág. 86.

(4) LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, N. J. W., 1956, pág. 1897.

sistemática. Ante todo, esta última concepción—que es la genuina teoría de las relaciones contractuales de hecho—exige que se continúe la investigación, puesto que es de esencial importancia para el desarrollo de la dogmática del Derecho privado. *La doctrina de las relaciones contractuales de hecho sólo se puede justificar probando que nuestra dogmática tradicional no alcanza a sujetar determinadas situaciones vitales*, incluso si se intenta sacar todo el jugo de las instituciones, con los medios de la interpretación de la Ley y poner de manifiesto los puntos de vista que están en la base de la regulación legal y que hasta ahora no han sido suficientemente apreciados o por lo menos no lo han sido en este aspecto.

II

1. El problema dogmático de las relaciones contractuales de hecho se ha actualizado en los tiempos modernos porque la *jurisprudencia* se ha ocupado varias veces de ellas. El Tribunal Supremo federal ha reconocido en sus sentencias sobre relaciones contractuales de hecho que una sociedad puesta en funcionamiento, cuyo fundamento contractual es defectuoso, debe, a pesar de todo, ser considerada como una sociedad en sentido legal (5). En el ámbito que atañe a la atención de las necesidades vitales, según la opinión del Tribunal Supremo federal, no es necesaria para la creación de obligaciones la conclusión de un contrato (6). Muy diversas opiniones han merecido estas sentencias, dando lugar a un reiterado análisis del problema (7). Una exposición completa la ofrece recientemente la extensa obra de SIMITIS, *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts* (8).

2. La problemática comprendida bajo el concepto de «relaciones contractuales de hecho», *no puede ser sistemáticamente re-*

(5) Véase B. G. H. Z., 3, pág. 285; 8, pág. 157; B. B. 1954, pág. 8; N. J. W., 1953, pág. 1.220. Más adelante 145 y siguientes.

(6) B. G. H., N. J. W., 1956, pág. 1.475; 1957, pág. 627 y pág. 787.

(7) WIEACKER, B. G. H., J. Z., 1957, págs. 58 y sigs. (61); BLOMEYER, M. D. R., 1957, pág. 153; LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1897; NIPPERDEY, M. D. R., 1957, pág. 129.

(8) FRANKFURT, a. M., 1957.

ducida a un denominador común (9). La formación de un supra-concepto unitario para todas las especies de relaciones contractuales de hecho oculta las diferencias dogmáticas de los supuestos cuestionados (10). Los supuestos particulares de relaciones contractuales de hecho hacen referencia a diferentes sistemas de valores de nuestro Derecho privado. La comunidad en lo puramente negativo, la falta de un fundamento contractual, no es una unidad que dé sentido y que pueda proporcionar un punto de partida fructífero en el orden sistemático. El debate en torno a las relaciones contractuales de hecho tiene que partir más bien del hecho de que la falta de un indiscutible fundamento contractual depende de elementos y cualidades completamente diferentes de nuestra teoría del negocio jurídico. Así, la problemática de las relaciones obligatorias duraderas de hecho, en especial *sociedad y trabajo*, depende de la conexión de la doctrina del B. G. B. sobre nulidad e impugnabilidad, con la efectiva ejecución de la relación obligatoria duradera que, frente al momento de la conclusión del contrato, representa un estadio de desarrollo más avanzado de la relación contractual (11). Las relaciones contractuales de hecho

(9) En el mismo sentido LEHMANN, *Jherings Jb.*, tomo 90, pág. 132 y sigs., sobre todo, pág. 142 y N. J. W., 1958, pág. 1 y sigs.; H. LEHMANN destaca la falta de diferenciación dogmática, sobre todo, en HAUPT; véase también STAUDINGER-COING, § 104 y § 116.

(10) SIMITIS intenta encontrar como causa común a todas las relaciones contractuales de hecho el conflicto de intereses entre un económicamente débil frente a otro más fuerte; entiende decisivo el estado de tensión entre igualdad jurídica formal y desigualdad económica. Desarrolla una «relación contractual de tipo social», por encima de toda relación de hecho. Acepta que el concepto de las relaciones contractuales «fácticas» no es feliz; da la impresión de que no se refiere a relaciones cualificadas en Derecho, cual si el hecho se elevara a norma y el ser se confundiera con el deber ser. A mi juicio, SIMITIS no logra una concepción metódica convincente de los supuestos que se comprenden como «relaciones contractuales de hecho». Críticas a SIMITIS, *Ballerstedt*, A. C. P., 157, págs. 117 y sigs.; BLOMEYER, M. D. R., 1957, pág. 447; ESSER, A. C. P., 157, págs. 86 y sigs.; LARENZ, N. J. W., 1958, pág. 862; STEINDORFF, B. B., 1958, pág. 492; MAIER-HAYOZ, *Schweiz. Jur. Ztg.*, 1958, pág. 173; Merz, *Ztschr. Bern. JurV.*, 1958, pág. 161.

(11) Dentro de las relaciones duraderas de hecho comprende la doctrina también la relación fáctica de arrendamiento: Véase SIMITIS, obra citada, págs. 409 y sigs.; HAUPT, *Ueber faktische Vertragsverhältnisse*, 1943, pág. 15; STAUDINGER-COING, § 116. Pero esta relación contractual no merece aquí un tratamiento específico. Hemos de remitirnos a las consideraciones expuestas sobre las relaciones de sociedad y de trabajo. En contra de la opinión dominante, ROQUETTE, *Mietrecht*, 4.^a edición, 1954, pág. 147, reconoce la relación arrendaticia excluyendo la anulabilidad. HAUPT comprende en sus conclusiones a toda relación obligacional de larga duración; en contra STAUDINGER-COING.

del tráfico en masa—«las relaciones obligatorias derivadas de la conducta social típica» (12)—producen dificultades a causa de la contraposición entre la dogmática del B. G. B., que parte del principio de que la declaración de voluntad es jurídicamente creadora (autonomía privada) (13) y las exigencias del moderno tráfico en masa, que desbanca cada vez más los actos de la voluntad individual en favor de configuraciones colectivas proplamente dadas.

Este círculo de problemas es el que interesa esencialmente cuando se habla hoy de relaciones contractuales de hecho (14). Por esto, a continuación estudiaremos:

1. *Las relaciones de prestación del tráfico en masa en la utilización de prestaciones al alcance de todos, por ejemplo: tranvías, energía eléctrica, etc...*

2. *Las relaciones obligatorias duraderas caracterizadas por la colaboración o cooperación y «faltas de base contractual»; a saber:*

a) *La relación de sociedad en las sociedades personalistas y en la sociedad del B. G. B. (15).*

b) *La relación de trabajo.*

Con frecuencia se han incluido también dentro de la problemática de las relaciones contractuales de hecho las llamadas «obligaciones del trabajador derivadas del contrato social» (16) y, en especial, los deberes de auxilio y protección que nacen de la relación obligatoria legal que crean los tratos contractuales. Esto no

(12) Concepción de LARENZ, *Derecho de obligaciones. Parte general*, 3.^a edición, 1958, págs. 31 y sigs. (ya en la primera edición de 1953); véase, también, N. J. W., 1957, pág. 1.897 y sigs., y D. R. I. Z., 1958, pág. 245 y sigs.

(13) Véase STAUDINGER-COING, § 104; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Parte general del Derecho civil*, 14.^a edición, 2 vol., tomo 2, 1955, § 145; H. LEHMANN, *Parte general*, 11.^a edición, 1958, § 24; H. LANGE, *Parte general*, 3.^a edición, 1956, § 36.

(14) HAUPT se refiere también en su obra citada al viaje de favor. SIMTIS incluye nuevos tipos; véase también STAUDINGER-COING, obra citada. La presente exposición no puede extenderse tanto; en mi opinión no caben generalizaciones ni simplificaciones sin grave riesgo, pues se imponen desde el punto de vista dogmático importantes diferenciaciones en los distintos casos y grupos; véase también LEHMANN *Jherings, Jb.*, tomo 90, págs. 140 y sigs. (140).

(15) ERMAN, *Personalgesellschaften und mangelhafte Vertragsgrundlage*, 1947.

(16) Conceptuación de DOELLE, *Ztschr. f. d. ges. Staatsw.*, tomo 103, págs. 67 y sigs., y *Juristische Entdeckungen*, págs. 7 sigs.

parece, sin embargo, necesario, puesto que en las llamadas obligaciones extralegales de lo que se trata es de determinar en qué casos, con independencia de las relaciones obligatorias expresamente reconocidas, existen deberes de auxilio y protección que producen una relación obligatoria legal (17). Precisamente, el hecho de que la relación obligatoria derivada de los contratos contractuales (la culpa *in contrahendo*) constituya el ejemplo más importante de las relaciones obligatorias legales derivadas del contrato social, prueba que se trata de un problema específico del Derecho de obligaciones, al que es aplicable, por analogía el parágrafo 307 y algunos otros del B. G. B. El ensanchamiento de la culpa *in contrahendo* es un problema independiente, que no debe ser tratado, ni en la terminología ni en cuanto al objeto, como una parte del problema global de las relaciones contractuales de hecho. Más claramente: determinar si hay, además del caso de los tratos contractuales, otros parecidos en que se produce un especial contacto jurídico entre personas, que determina la existencia de una relación obligatoria legal, con especiales deberes de protección y auxilio, es cuestión que pertenece a la teoría de las relaciones obligatorias legales producidas en virtud de un contacto social (18).

B) *Las relaciones de prestación y el tráfico en masa.*

I

ATENCIÓN DE LAS NECESIDADES VITALES Y CONTRATO

1. *Las relaciones de prestación que atañen a la satisfacción de necesidades vitales.*

La mayor parte de la población está hoy abocada a procurarse los bienes vitales de un modo público. Especialmente, en la medida en que, al aumentar la densidad de población y el nivel

(17) Se trata fundamentalmente en el orden práctico sobre la aplicabilidad del § 278 del B. G. B.; véase DOELLE, obra citada.

(18) LARENZ, M. D. R., 1954, pág. 515; SOERGER-SIEBERT, A II 1, B II, § 242, B. G. B.

de vida, se hace más estrecho el espacio vital dominado y más ancho el espacio vital efectivo, se intensifican las tareas de la Administración en el terreno del ofrecimiento de prestaciones (19). En ello juega un papel especial la apretada convivencia en una época de masas en la cual el individuo está naturalmente abocado de una manera especial a prestaciones que posibilitan y aseguran la vida. Desde principios de siglo, la Administración ha pasado, en medida creciente, de simple garante del orden, a suministradora de las prestaciones necesarias para la existencia (20).

Entre las más urgentes tareas del cuidado de la existencia se encuentran el tráfico público y el abastecimiento de gas, agua y electricidad (21). FORSTHOFF incluye también «correos, teléfonos, telégrafos, higiene y la previsión o seguridad por edad, invalidez, enfermedad y paro» (22), así como «todo lo que desde el lado de la Administración ocurre para colocar a la generalidad o, según datos objetivos, a un determinado círculo de personas, en el disfrute de prestaciones útiles» (23).

Esta evolución no se realiza de acuerdo con unas formas jurídicas que sean claras y unitarias, sino que la figura jurídica de la «Daseinsvorsorge» representa hoy un «cúmulo de disposiciones que en parte son de Derecho administrativo y en parte de Derecho privado» (24). Su organización jurídica presenta grandes diferencias. Al lado de establecimientos, que son parte integrante de la Administración inmediata o que pertenecen a la Administración mediata, como establecimientos públicos, se encuentran empresas de Derecho privado, que o son totalmente privadas o son de economía mixta, con participación e influjo del Estado, de los Ayuntamientos

(19) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungstraeger*, 1938, y *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Parte general*, tomo 1, edición 1958, págs. 320 y sigs. Véase también HANS J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, 2.^a edición, 1958, págs. 16, 79 y sigs.

(20) Véase FORSTHOFF, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, 1954, págs. 6 y sigs.

(21) No podemos extendernos aquí en los supuestos sociológicos; nos remitimos fundamentalmente a GEHLEN-SCHELSKY, *Sociologie "ein Lehr und Handbuch zur modernen Gesellschaftskunde"*, 2.^a edición, 1955, págs. 264 y sigs. y 330 y sigs.

(22) FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungstraeger*, pág. 7.

(23) FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, pág. 322, critica esta extensión del concepto de la Daseinsvorsorge, FISCHEROF, D. O. V., 1957, págs. 305 y sigs.

(24) RIDDER, *Prólogo a Fischerhof «Rechtsfragen der Energiewirtschaft*, 1956.

o de otras Corporaciones (25). Los establecimientos de Derecho público emplean, en las relaciones creadas para el aprovechamiento de sus fines, disposiciones de Derecho público junto al contrato de Derecho privado para regular sus relaciones jurídicas con los receptores de sus prestaciones.

Se encuentran así formas de Derecho privado en los abastecimientos de energía, gas, agua; en los medios de comunicaciones y tráfico público (26).

Cuando se está en presencia de tales prestaciones de abastecimiento, procuradas en forma jurídico-privada por establecimientos públicos, suele ser difícil establecer límites claros entre las dos categorías de nuestro sistema jurídico: Derecho público y Derecho privado, y se produce, consiguientemente, una aproximación y enlace entre ambas (27). Aun cuando la concreta relación de prestación pertenece claramente a la esfera del Derecho privado, cabe preguntarse si en realidad el instrumento normal del Derecho privado para la constitución de relaciones de prestación, es decir, el contrato, sirve para regular procesos vitales de este tipo.

2. *El concepto de contrato en el Derecho civil.*

Dentro de la esfera del Derecho privado es el contrato el medio jurídico que crea y ordena las relaciones de prestación entre los individuos.

El contrato de nuestro Ordenamiento jurídico privado no es sólo una figura técnico-jurídica neutral, sino que se ha conformado por el legislador, partiendo de una determinada valoración de la persona individual y de sus relaciones jurídicas. Este concepto del contrato, sobre el que se construye el B. G. B. como resultado de la ciencia histórica y sistemática de las Pandectas del siglo XIX, constituye, en el sentido de la formulación clásica de KANT, la esencia de las condiciones bajo las cuales pueden aunarse las voluntades individuales conforme a una norma general de libertad. La teoría liberal, para

(25) E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2.ª edición, tomo 1, 1953, págs. 579 y sigs.; FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, págs. 448 y sigs.; FISCHERHOF, D. O. V., 1957, págs. 305 y sigs.

(26) SIEBERT, *Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung*, homenaje a NIEDERMAYER, 1953, págs. 219 y sigs., 222 y sigs., y 229 y sigs.

(27) No podemos extendernos aquí en estos problemas; véase SIEBERT, obra citada, págs. 215 y sigs.

la que el Derecho privado es el mecanismo de equilibrio de los contrapuestos intereses de los individuos considerados como fundamentalmente libres e iguales, ve, por ello, el contrato en un cierto aspecto como la válvula que regula automáticamente, conforme a medidas y estimaciones individuales de valor, una inconmensurable multiplicidad de necesidades y condicionamientos de los entes personales y libres. La *lex contractus* es el derecho que para sí mismos crean los individuos por la vía del trato recíproco y mutua consideración de la libertad de que disponen—libertad de conclusión y de conformación interna del contrato—(28). Esta función del contrato es la pieza principal de un ordenamiento liberal de la economía y de la sociedad, cual era el que presidía las tareas del legislador del B. G. B.

3. *Relaciones «contractuales» con estructura formal masiva.*

Estos presupuestos sociológicos, económicos y político-jurídicos del concepto de contrato no se dan ya en el terreno de las prestaciones de abastecimiento, tal y como se entienden en general al conceptuar la Ciencia jurídica de la Administración como cuidado de las necesidades vitales. Han surgido en el lugar de las formaciones de la autonomía privada, relaciones jurídicas configuradas masivamente, cuya estructura colectiva es muy difícilmente compatible con la determinación individual y voluntaria del contrato, y, desde luego, no lo parece en absoluto con el concepto mismo de contrato.

Las particularidades de las relaciones de prestación en el cuidado de las necesidades vitales derivan de su obligatoriedad masiva y accesibilidad general (29).

El supuesto de hecho de las relaciones de prestación ha de estar configurado de forma que a todos y a cada uno les sea posible participar en ellas y, de otra parte, que esa participación sea unitaria y

(28) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1952, págs. 170 y sigs., así como *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtswissenschaften und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* 1953; DAHM, *Deutsches Recht*, 1951, páginas 625 y sigs.; SEAGLE, *Weltgeschichte des Rechts, Eine Einführung in die Probleme und Erscheinungsformen des Rechts*, 1951, págs. 373 y sigs.; RAISER, *Vertragsfreiheit heute*, J. Z., 1958, págs. 1 y sigs.

(29) FISCHERHOF, D. O. V., 1957, pág. 306. En la doctrina jurídica se ha impuesto el término «Tráfico de masas» o «Contrato de masas»; puede encontrarse ya en KOHLER (1908), pág. 247; también RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935, pág. 17; BAERMANN, *Typisierte Zivilrechtsordnung*, pág. 91.

esté tipificada en términos tales, que puedan desenvolverse sin roce alguno esas relaciones de prestación masivamente concatenadas. Quiere ello decir que la causa y conformación de dichas relaciones no puede venir determinada por intereses individuales, como es característico del contrato, sino por las necesidades de relaciones jurídicas colectivas y masivamente vinculadas (30).

a) *Determinación normativa del contenido del contrato.*

A esta exigencia responde que el Derecho establezca normativamente el contenido del contrato. Se fijan así tarifas para las relaciones de prestación del tráfico y el abastecimiento, que en muchos aspectos están sometidas al control de la Administración y que ésta debe aprobar. Estas tarifas tienen en parte una efectiva eficacia legal, es decir, su significación tal y conforme viene internamente configurada no precisa del consentimiento contractual del usuario individual, sino que es suficiente la alegación de una relación de participación.

Asimismo es frecuente la regulación legal por medio de una ordenanza general de uso, de carácter estatutario, no sólo de los precios, sino incluso de la utilización total del servicio (31).

Desde este punto de vista, hay en el Derecho de las necesidades vitales una supresión de la esencia del contrato parecida a la que se da en las condiciones generales del negocio. La función de éstas es unificar y racionalizar la conclusión y desenvolvimiento del contrato. Al igual que las relaciones de prestación que atañen a las necesidades vitales, no están hechas a la medida del caso individual, sino que regulan de forma idéntica y general las relaciones jurídicas que deben vincular a una pluralidad de personas. Esta identidad, que se da en ambas categorías frente al concepto tradicional del contrato, ha sido acertadamente caracterizada por RAISER (32). En la base del Derecho contractual del B. G. B. está, «como presupuesto normal, la concepción de dos partes, situadas, económica y socialmente, en plano de igualdad dentro del juego de las fuerzas económicas, partes que por la vía de la discusión buscan el

(30) SIEBERT, *Homenaje a Niedermayer*, pág. 232; también SIMITIS, obra citada, págs. 470 y sigs.; HANS J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, pág. 82.

(31) BAERMANN, obra citada, págs. 18 y sigs.

(32) RAISER, *Das Recht der Allgemeinen Geschaeftsbedingungen*, 1935; más recientemente, J. Z., 1958, págs. 1 y sigs. y también KRAUSE, B. B., 1955, pág. 265; FISCHER, B. B., 1957, págs. 483 y sigs.

equilibrio entre sus particulares intereses y, de conformidad con ello, fijan en definitiva el contenido del contrato. Es cierto que este caso de *contrato individual* sigue dándose en la actualidad a diario. Pero a su lado, ciertas transformaciones económicas han dado paso a otro tipo: *al contrato de masas*. En la medida en que los bienes o prestaciones de servicios que masivamente ofrece el mercado se tipifican y se hacen fungibles, y en que se nivelan las características personales y las necesidades de los interesados en el mercado, despojados de sus particularidades individuales, van perdiendo también su carácter individual y personalizado los contratos que se concluyen sobre dichos bienes y servicios; su contenido que en términos iguales se repite a diario, lo asumen las partes simplemente como tal; el trato se reduce a la fijación del precio, o incluso está también predeterminado según tarifas; la determinación de voluntad de las partes queda volatilizada a un dejarse llevar, más o menos voluntario, hacia las consecuencias jurídicas de una relación vital, no que no haya previsto, sino que se concibe simplemente como típica» (33).

b) *Contratación forzosa*.

Caracteriza también a estas relaciones de prestación que atañen a las necesidades vitales, la obligación regular y persistente que tiene el responsable de estas empresas de tráfico y abastecimiento de procurar sus prestaciones, deber que, en la mayoría de los casos, va unido a una fuerza que le obliga a contratar. Ello es válido, por ejemplo, para las industrias de energía, a las que subyace, según su decreto regulador (34), una obligación general de adhesión y abastecimiento: si una empresa suministradora de energía abastece un determinado campo, viene obligada a dar a conocer públicamente sus condiciones generales y precios de tarifa y a prestar el suministro, bajo tales presupuestos, a toda persona que lo solicite (35).

(33) RAISER, obra citada, págs. 17 sigs., que se remite a su vez a ROSENSTOCK. *Vom Industrierecht*. 1926. págs. 170 y sigs.; BAERMANN diferencia más ampliamente la contraposición entre contrato de masas y contrato individual en la obra citada, pág. 91. Se distinguen: contrato *individual*, contrato *típico* de la vida diaria y el contrato *formal de masas* y, por ello, típicamente normado.

(34) § 6 de la Ley de Energía, de 13-12-35. Véase BAERMANN en relación con el deber de prestación de las empresas de transporte, obra citada, págs. 23 y sigs.

(35) Sobre la fuerza u obligación de contratar, fundamentalmente, NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, 1920; más modernamente, LARENZ, *Schuldrecht*, I, 95

4. *La ordenación jurídica de los contratos masivos.*

Resumiendo, cabe caracterizar la tipificación de las relaciones de prestación para el cuidado de las necesidades vitales («Daseinsvorsorge») por el hecho de que faltan, tanto del lado del receptor como del que efectúa el suministro, posibilidades y, desde luego, la voluntad de conformación individualiza conforme a causas y precios subjetivos. En el ámbito de la «Daseinsvorsorge» ha sido sustituido el contrato individual por el contrato de masas, las prestaciones masivamente dispuestas se han hecho típicas y fungibles; paralelamente, las necesidades y características de receptores y abastecedores se han despojado de sus peculiaridades individuales y perdido, con ello, su carácter único y personal. La relación de prestación que se repite siempre igual innumerables veces al día, la desenvuelven las partes de forma rutinaria; se objetiviza así la formación de la voluntad en un dejarse llevar, más o menos libre, hacia una relación de vida dada, que en sus consecuencias jurídicas no se discute y se concibe como «social típica» (36).

Dentro del ámbito del comportamiento típico social, no cabe ponderar ni convenir el contenido del contrato; el que contrata con la empresa encargada de las necesidades vitales no lo es tampoco el individuo en sí, sino la comunidad social en sus distintos miembros, para cuyas necesidades, en general iguales, están dispuestas las mismas prestaciones en idénticas condiciones. Las necesidades sociales típicas dominantes en la comunidad excluyen la elección, la diferencia y la individualización de relaciones contractuales, como las que nacen de la consideración de la voluntad individual. La empresa está vinculada por la obligación de contratar, por las tarifas y la reglamentación y estatutos de uso; el receptor sólo puede elegir entre aceptar o rechazar la relación contractual del servicio o el abastecimiento (37). Ambas partes pueden influir en la conformación de las relaciones de prestación sólo dentro de muy estrechos límites. Además, el hecho externo del nacimiento de las relaciones

(36) RAISER, obra citada, págs. 17 y sigs.

(37) Incluso la libertad de concluir el contrato puede no existir para el receptor de la prestación; el colono en la comunidad tiene obligación de adhesión y uso; la comunidad puede obligar al cultivo de las tierras, canalización, limpieza, etc. De hecho, está, por tanto, excluida la libertad de participación del receptor, al venir determinado por sus necesidades vitales a la utilización de las prestaciones de la «Daseinsvorsorge».

de prestación tenía, como regla, muy poco en común con la figura de la conclusión del contrato, tal y como late ésta en el B. G. B.: supuesto que la relación de prestación está predeterminada en cuanto a su contenido para ambas partes, parecen superfluas las declaraciones de voluntad expresas sobre oferta y aceptación; la oferta pública de la prestación por parte de la empresa y su utilización por parte del receptor son la forma y cuadro regular del nacimiento de las relaciones de prestación.

Queda así justificada la cuestión de si en realidad puede referirse el instituto jurídico de la declaración de voluntad y del contrato—en el sentido de oferta y aceptación—construido sobre el principio de la autonomía privada, a la fundamentación jurídica de las relaciones de prestación que atañen a las necesidades vitales, y si los defectos en el proceso causal imputables a la voluntad individual, pueden afectar, como reconoce el B. G. B. para la declaración de voluntad, al nacimiento de las relaciones de participación.

II

LAS RELACIONES CONTRACTUALES DE HECHO Y LA «DASEINSVORSORGE» SEGÚN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

1. HAUPT ha desarrollado, en su estudio «Sobre relaciones contractuales de hecho» (38), la teoría de «las relaciones contractuales de hecho derivadas de obligaciones sociales de prestación». Parte del fenómeno del nacimiento de estas relaciones de prestación, en el que regularmente no se dan declaraciones de voluntad y tampoco se concede a las partes posibilidad ninguna de constitución individual de las mismas. De ahí que vengan a estimar la aceptación de declaraciones recíprocas de voluntad en el sentido de oferta y aceptación como un mero rodeo ficticio para la construcción jurídica que esconde de forma arbitraria el verdadero proceso vital. «Un contrato es pura fantasía, porque no hay nada que convenir» (39). Por ello, el fundamento jurídico de los derechos y obligaciones de las partes

(38) LEIPZIG, 1941/43, págs 21 y sigs.

(39) HAUPT, obra citada, pág. 23.

lo constituye, no la conclusión de un contrato, sino el hecho de la utilización de la prestación. De esta forma entiende HAUPT, dentro del ámbito del cuidado de las necesidades vitales, que la constitución fáctica de relaciones de uso o aprovechamiento es un hecho jurídicamente creador independiente (40).

2. Esta teoría ha sido desarrollada más recientemente por LARENZ (41). LARENZ habla de relaciones obligacionales nacidas de un comportamiento típico social, de la utilización de hecho de una prestación de abastecimiento. Lo que confiere a estos fenómenos su significación jurídica, no es una voluntad jurídico-negocial de las partes que se exprese a través de una conducta, sino que lo determinante es la valoración jurídica que merecen esos procesos de utilización de prestaciones de abastecimiento como conducta social típica. La valoración social del negocio por el tráfico, como expresión de una convicción jurídica general, es lo que fundamenta estas relaciones de prestación. ESSER opina de forma muy parecida (42): «En estos supuestos, lo cierto es que no se contrata ya en el sentido tradicional, sino que se adhiere, desiste, entrega, viaja o despacha absolutamente según un reglamento y una tarifa», de tal forma que el concepto de «conclusión» del contrato parece «liberado de su estrechez consensual» (43); WIEACKER (44) se ha referido, para el ámbito de las relaciones de tráfico y abastecimiento, a «relaciones de prestación sin convenio» (45).

(40) Obra citada, pág. 29.

(41) *Lehrbuch des Schuldrechts. Parte general*, tomo 1, 1.^a edición, 1953, págs. 27 y sigs.; 2.^a edición, 1957 y 3.^a edición, 1958, págs. 31 y sigs.; también, N. J. W., 1956, págs. 1.897 y sigs. y D. R. I Z., 1953, pág. 245.

(42) *Schuldrecht*, 1949, pág. 21; véase, sin embargo, también, A. C. P., tomo 157, págs. 86 y sigs.

(43) BAERMANN, *Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinvorsorge*, pág. 86.

(44) Z. A. K. D. R., 1943, págs. 33 y sigs.

(45) También TASCHKE llega a estas mismas conclusiones en *Vertragsverháltnis nach nichtigem Vertragsschluss* (Jherings, Jb., tomo 90, págs. 120 y sigs.), de que las relaciones contractuales surgen o por la conclusión contractual de un negocio jurídico o en casos especiales en virtud de una determinada conducta natural, que requiere de la aplicación de fundamentos y principios contractuales para la consecución de una solución satisfactoria. El fundamento de la responsabilidad en estos últimos casos será no la coincidencia de voluntades declaradas, sino la conducta contractual hasta entonces manifestada: el que en el caso concreto la conducta pueda o no conducir a la afirmación de relaciones contractuales, es un problema de buena fe, al igual que ocurre al enjuiciar las declaraciones de voluntad. (Obra citada, pág. 128).

3. La teoría de las relaciones contractuales de hecho en el campo de la «Daseinsvorsorge» ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo federal en una sentencia de 14 de julio de 1956 (46) para fundamentar la obligación de pago del usuario de un aparcamiento vigilado, que antes de su utilización invocó el uso común de las calles y plazas públicas para evadirla.

El Tribunal Supremo federal, exponiendo la teoría de HAUPT y LARENZ, llega a la conclusión de que la aceptación de una relación contractual de hecho equivale prácticamente a la aparición de una conducta típica. «El que utiliza durante las horas de vigilancia un aparcamiento convenientemente señalizado, realiza por ese solo hecho una relación jurídica contractual, que le obliga al pago de la tarifa establecida. Es irrelevante cualesquiera posible criterio u opinión contraria—aun cuando el conductor la hubiese expresado al vigilante en el momento de aparcar...—; el derecho a reclamar el importe de la tarifa se produce objetivamente como consecuencia del derecho especial de uso acotado que la denunciante tiene reconocido.» El Tribunal Supremo federal entiende que hay que excluir que exista la conclusión de un contrato, puesto que no se dieron entre las partes declaraciones de voluntad jurídico-negociales indiscutidas y conformes. Tampoco es acertado a juicio del Tribunal derivar la obligación de pago, dada esa situación social de hecho, de una conducta prohibida o de un enriquecimiento sin causa.

Posteriormente, en una nueva sentencia (47), ha confirmado el Tribunal Supremo federal aquella doctrina, de que una conducta social típica basta para fundamentar una relación obligacional; es más, que constituye en ciertos casos la única fundamentación posible. Se trataba en ese caso de determinar si un contrato de suministro de energía nacía por la simple y sola utilización de hecho de la prestación. Tenían en dicho supuesto especial importancia tales precisiones, ya que, si se había constituido la relación de suministro, el usuario venía también obligado, según las condiciones vi-

(46) B. G. H. Z., 21. pág 319; B. B., 1956, pág. 767; J. Z., 1957, págs. 58 y sigs. con remisión a WIEACKER, M. D. R., 1957, págs. 149 y sigs. con referencia a BETTERMANN y BLOMEYER, J. R., 1957, pág. 100; L. M. Nr. 1, en relación, § 145, B. G. B. y SPELER.

(47) B. G. H., N. J. W., 1957, pág. 627; D. O. V., 1957, pág. 317; L. M. Nr. 2, en relación, § 145, B. G. B. y LIESECKE.

gentes, al pago de una multa, en caso de enganche ilegal a la línea.

III

LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DEL B. G. B. A LA CONSTITUCIÓN DE RELACIONES DE PRESTACIÓN EN EL CUIDADO DE LAS NECESIDADES VITALES

La quintaesencia de la opinión contraria a tales relaciones contractuales sin conclusión de contrato se resume, con palabras de NIPPERDEY, en el hecho de que «la teoría de las relaciones contractuales de hecho es incompatible con el derecho vigente, no responde a nuestra concepción de vida y además ni siquiera es necesaria en la práctica» (48). Se produce, en realidad, un cambio fundamental en la dogmática de nuestro Derecho privado, si se pretende reconocer en general, al lado de las relaciones contractuales nacidas de declaraciones bilaterales de voluntad, relaciones contractuales sin base en un contrato concluido conforme a la regulación del B. G. B. Antes de sacar conclusiones de tan amplio alcance de las particularidades destacadas de las relaciones de prestación en el cuidado de las necesidades vitales, se hace preciso examinar de nuevo los supuestos esenciales de que se trata; sobre todo, es necesario comprobar hasta qué punto la dogmática jurídica de las declaraciones de voluntad y del contrato no es capaz de asumir, sin merma de su esencia, la singular relación de prestación que nos ocupa, con esa específica estructura formal masiva que la caracteriza.

En concreto, habrá que probar la aptitud de la dogmática del B. G. B. para abarcar los siguientes casos:

1. La relación de prestación del tráfico de masas surge normalmente; sirva para este supuesto el ejemplo del viaje en tranvía.
2. Cabe que alguien haga uso de una prestación onerosa de la «Daseinsvorsorge», sin que la reconozca como tal, de modo que a su conducta le falte el debido conocimiento y la voluntad negocial.

(48) ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada, pág. 697; NIPPERDEY, M. D. R., 1957, pág. 129.

3. Aún hay otros supuestos especiales, a saber:

- a) Utilización de prestaciones de abastecimiento, bajo la influencia de error malicioso o de coacción.
- b) Utilización de tales prestaciones, con protesta expresa contra la obligación de pago.
- c) Utilización de las mismas, con limitación o defecto de capacidad.

1. *El nacimiento normal de las relaciones de prestación.*

Lo primero que hay que constatar es si cabe realmente valorar como declaración de voluntad la conducta típica de las partes que da lugar al nacimiento de una relación de prestación; si se está siquiera en presencia de ese supuesto interno y externo de declaraciones de voluntad recíprocas y coincidentes, y por ello puede darse la conclusión de un contrato como tal negocio jurídico (49). Consideremos, a título de ejemplo, el viaje en tranvía, que utiliza también HAUPT (50): el viajero sube en el tranvía que espera en la parada, y en un momento—más o menos avanzado—del trayecto abona el importe del billete, abandonando en una ulterior parada el vehículo.

a) *Conclusión de un contrato, pese a la falta de libertad para concluirlo y conformarlo.*

La teoría de las relaciones contractuales de hecho niega que se dé la conclusión de un contrato en el sentido del B. G. B., porque falta en las partes, en todo caso, la libertad de conclusión y configuración del mismo. HAUPT critica la construcción como negocio jurídico, como imagen vacía jurídicamente, supuesto que las partes no tienen libertad en sus decisiones para concluirlo y configurar su contenido. «Las partes no tienen prácticamente interés ninguno en ponerse de acuerdo sobre algo que les viene impuesto sin discusión posible... Un contrato sobre el particular no tienen sentido, puesto que no hay nada que pueda convenirse» (51)..

(49) H. LEHMANN, *Parte general del B. G. B.*, § 24, IV, 1: La declaración de voluntad tiene dos partes, una externa—la declaración—y otra interna—la voluntad—; la declaración es la observación de una conducta externa dirigida a manifestar a otros una concreta voluntad negocial.

(50) Obra citada, págs. 21 y sigs.

(51) HAUPT, obra citada, págs. 22, 23; también LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1.397.

Sin embargo, este argumento no ofrece una justificación jurídica suficiente para situar al lado del principio de la conclusión del contrato otra figura de constitución de relaciones obligacionales mediante procesos fácticos. De ahí que parezca posible mantener el principio contractual, aun a base de una restricción más o menos amplia de la autonomía privada.

Lo expuesto da una clara visión de la moderna vida del Derecho, que desde hace mucho tiempo viene limitando cada vez más el ámbito de la autonomía privada. Ya en 1920 definía NIPPERDEY el instituto jurídico de la obligación de contratar, como aquel precepto inexcusable de concluir un contrato de contenido preestablecido con el sujeto de derecho, en favor del cual está ordenado el deber de contratar (52).

Se trata de una obligación de contratar legalmente impuesta, que, en cambio, respeta el principio de la conclusión del contrato en cuanto tal, y que además lo postula (53).

De otra parte, tampoco es cierto que, en el ejemplo expuesto del viaje en tranvía, no haya en absoluto nada que convenir. Se requiere normalmente el convenio sobre el destino al que el viajero quiere ser conducido. Que por lo demás, y en razón del contenido tipificado y reglamentado de la relación de transporte propuesta, pueda parecerles a las partes que es superfluo cualesquiera acuerdo, no excluye la posibilidad de conclusión de un contrato. En los más variados campos del Derecho se tropieza con los «contratos de contenido normado»—también reconocidos por LARENZ (54) como tales contratos—, sin que por ello sea preciso hacer dejación del instituto jurídico de la conclusión del contrato. En el ejemplo del viaje en tranvía, el contenido de la relación de transporte viene dado, en parte, de forma jurídica, y también en parte, de forma típico-social. Las partes están enteradas de ello y confieren a las manifestaciones que dirigen a la conclusión del contrato de transporte, el consentimiento a ese contenido preestablecido (55).

(52) NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, 1920, página 30.

(53) ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada, § 162, IV 2, págs. 687 y sigs.

(54) *Schuldrecht. Parte general*, tomo 1, págs. 36 y sigs.

(55) La situación jurídica es, por tanto, similar a la de las condiciones generales del contrato: las partes, en particular, el receptor de la prestación, aceptan de entrada la configuración interna de la relación establecida por la A. G. B., se «someten» a una relación vital concebida como típica; véase

b) *Declaraciones de voluntad y tráfico en masa.*

La teoría de las relaciones contractuales de hecho pone también sobre el tapete, aparte de la oposición a ordenar dentro del negocio jurídico del B. G. B., el viaje en tranvía, por ejemplo, el problema de si la constitución de la relación de prestación, mediante la proposición y empleo de la misma, responde a los presupuestos del B. G. B. sobre oferta, aceptación y devenir de la declaración. En opinión de HAUPT, «la construcción jurídico-negocial sólo podría salvarse partiendo de la presunción de que la empresa de tranvías hace en general al público una oferta para la conclusión de contratos de transporte, y que en cada caso concreto en que se sube al tranvía se manifiesta la voluntad de aceptarla» (56).

No parece artificioso el valorar la conducta de los participantes en el transporte como declaración de voluntad y con ello no se violenta ni la realidad jurídico-social, ni la teoría del contrato del B. G. B.

aa) La proposición de contrato que la empresa tranviaria hace se mantiene por la puesta a disposición de forma pública y general del transporte: todos pueden subir al tranvía en las paradas previstas y viajar en él. Se trata del mismo proceso jurídico que fundamenta, por ejemplo, la compra en una máquina automática. En estos casos sólo puede ofrecer dudas la *determinación de la contraparte*, ya que, en rigor, para que la oferta sea eficaz se requiere la *concreción* de la persona a la que va dirigida (57). Pero ello no excluye que también las ofertas dirigidas al público puedan tener el carácter de tales y su fuerza vinculante. Las ofertas al público se dirigen a todo aquel que quiere aceptarlas; el negocio jurídico se constituye, por consiguiente, siempre con una determinada persona (58). Por tanto, si se dirigen ofertas a personas inciertas, con voluntad de que el contrato ha de entenderse cele-

RAISER, obra citada, págs. 17 y sigs.; B. G. H. Z., 1, pág. 83; 2, pág. 176; 3, pág. 200; 5, pág. 111

(56) HAUPT, obra citada, pág. 21, LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1897, entiende que esta concepción sólo es manifiestamente insostenible cuando de forma ostensible el que toma el vehículo no tiene ninguna «voluntad de aceptación».

(57) STAUDINGER-COING, § 145; ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 161, págs. 676 y sigs.

(58) SOHM, Z. H. R., 17, pág. 62.

brado por su simple aceptación por quien quiera concluirlo en la forma establecida, no hay razón ninguna para que el ordenamiento jurídico no pueda reconocer tales ofertas, pues el B. G. B. no tiene por qué prescindir de esta concepción más libre y que viene impuesta por los intereses del tráfico (59). Para la fuerza vinculante de la oferta es, en todo caso, decisivo el problema de si la concepción del tráfico exige en la aceptación el propósito de vincularse, y si la oferta contiene la determinación requerida, de forma que, por el mero hecho de que se acepte por cualquier persona, puede lograrse el acuerdo sobre la totalidad del contrato (60). Sobre estas bases puede valorarse el ofrecimiento público del servicio tranviario como la oferta de un contrato, tal como la configura el B. G. B., exactamente igual que la conceptúa la doctrina actual en el caso de la compra por medio de autómatas (61). Es evidente que, dentro del concepto y circunstancias vigentes del tráfico, la oferta pública que la empresa tranviaria hace queda patente y completa por el hecho de la puesta a disposición del transporte bajo las condiciones públicamente expuestas, de forma que para la constitución basta ya simplemente con la aceptación, con el «sí», de cada viajero individual (62).

bb) La siguiente cuestión es si el hecho de tomar el vehículo supone la declaración de voluntad de *aceptar la oferta*.

A este respecto ha de partirse del hecho de subir al vehículo, ya que posiblemente el billete se expide sólo bastante tiempo después o incluso no llega a expedirse. El lapso de tiempo anterior no puede considerarse como ajeno al contrato o precontractual, porque si el viajero manifiesta su voluntad y acepta con ello la proposición del transporte, lo hace desde luego por el hecho de tomar el tranvía: el billete acredita simplemente el cumplimiento de la obligación de pago.

(59) STAUDINGER-COING, 9. 145; véase, asimismo, R. G. Z., 11, pág. 249. En el B. G. B., véase el negocio jurídico de la gratificación.

(60) ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada, § 161, pág. 676; STAUDINGER-COING, § 145.

(61) H. LEHMANN, obra citada, pág. 218; STAUDINGER-COING, § 145; OERTMANN, § 145. Según COING, en obra citada, la exposición al público en las máquinas automáticas supone una oferta real a la conclusión de un contrato.

(62) Basta que el pedido esté lo suficientemente claro y concreto en relación con las demás circunstancias, pudiendo consistir en una conducta decisiva; STAUDINGER-COING, § 145.

La declaración de voluntad requiere normalmente de una determinada conducta externa, la que no es, sin embargo, por sí sola suficiente. Según la concepción básica del B. G. B. es preciso que esa conducta sea además cualificada, en cuanto capaz y dirigida a manifestar a otro la concreta voluntad negocial del declarante (63).

Entiende la teoría de las relaciones contractuales de hecho que el tomar el tranvía no responde a este presupuesto de una declaración de voluntad necesaria. La prestación (transporte) «se ofrece públicamente de forma que cualquiera puede hacer uso efectivo de la misma sin que se espere la previa conclusión de un contrato, la conformidad expresa o tácita sobre prestación y precio» (64). «El que sube al tranvía, no quiere, como regla general, declarar nada y de hecho nada declara» (65). Sobre todo, que el viajero no tiene la intención de manifestar con su conducta una determinada voluntad negocial (66).

Esta concepción ignora que el *valor declarativo* de una conducta viene decisivamente determinado, en el ámbito del cuidado de las necesidades vitales, por el entendimiento del tráfico. Este entendimiento supone, desde luego, que el usuario del tranvía *expresa*, con su conducta, *que quiere utilizar ese medio de transporte público y someterse a las condiciones del mismo*.

Si HAUPT y LARENZ no ven en esta conducta una declaración es porque parten de un concepto de la declaración excesivamente individualista y psicológico, mientras que para el valor declarativo que objetivamente merece una conducta es irrelevante la idea que el sujeto puede tener acerca de la significación de su conducta (67). Por consiguiente, cabe sin duda, ninguna concebir el hecho de subir a un tranvía, dentro de ese supuesto objetivo, como declaración de voluntad jurídico-negocial. Como quiera que, tanto

(63) H. LEHMANN, obra citada, § 24, IV 1; ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada, § 137, IV 1; H. LANGE, *Parte general*, § 37, págs. 224 y sigs.

(64) LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1898; análogamente HAUPT, obra citada, págs. 21 y sigs.; LARENZ quiere excluir la posibilidad de una declaración de voluntad, en el sentido de una aceptación del contrato, sólo cuando el que sube al vehículo expresamente manifiesta una voluntad contraria; sobre el particular véanse los capítulos siguientes.

(65) LARENZ, *Schuldrecht*, I, pág. 33.

(66) HAUPT, obra citada, págs. 21 y sigs.

(67) BALLERSTEDT, A. C. P., 157, págs. 117 y sigs.

la prestación del servicio como el precio a abonar son fijos y se hallan expuestos, según el sistema del tráfico, en la oferta pública general que la Empresa hace, es incuestionable que la subida del viajero constituye un claro e indiscutible «si» a la oferta del servicio; huelga una manifestación expresa y verbal en tal sentido, ya que la simple conducta puede expresar una declaración de voluntad (68).

Este mismo método que nos ha servido para valorar objetivamente la declaración que deriva de un comportamiento, es también aplicable al *estado de hecho subjetivo*. No parece que pueda ofrecer duda que, como regla general, todo aquel que hace uso de una prestación, de las que el cuidado de las necesidades vitales proporciona, es plenamente consciente que se trata, al tomar el tranvía, por ejemplo, de algo muy distinto a aceptar un domingo la invitación de un amigo para un viaje al campo. Con otras palabras: *El que toma parte en el tráfico*, por ejemplo, el usuario del tranvía, *es absolutamente consciente de las consecuencias jurídicas y económicas de su conducta. Por ello, quiere, como norma general, dar lugar a un determinado resultado negocial y, en su consecuencia, tiene también la voluntad negocial que requiere y exige una declaración de voluntad.*

Problema aparte es si, sobre la base del entendimiento y exigencias del tráfico, puede el Ordenamiento jurídico invocar, en un caso concreto, la falta de plena conciencia de la declaración o de la voluntad negocial; este aspecto será objeto de ulterior examen (Véase núm. 2 de este Apartado I).

La doctrina de las relaciones contractuales de hecho, olvida, por tanto, en este punto, que aun dentro de la vigente teoría del negocio jurídico, pueden reconocérsele perfectamente efectos de conclusión de contrato a una conducta social típica. Y no se trata de la ficción de una declaración de voluntad, sino de la valoración jurídica de un comportamiento real (69).

(68) Para la declaración de la voluntad negocial no se requieren palabras inexcusablemente, basta cualquier actuación que le exprese; véase ENNECERUS-NIPMERDEY, 9, 153, I y II, págs. 642 y sigs.

(69) WIEACKER, B. G. B., comentarios de 14-7-1956, J. Z., 1957, págs. 58 y sigs. (61) Z. A. K. D. R., 1943, pág. 33 y sigs. (34), J. Z., 1956, págs. 294 y sigs.—Según COING (STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.) en tales casos se trata de «Exteriorizaciones de voluntad mediante una conducta expresa», que deben ser valoradas en absoluto como declaraciones de voluntad. De modo

Aún resta por comprobar de qué forma *llega* al empresario la declaración de voluntad del viajero. Cabría tal vez pensar que el conductor o cobrador—como representante de la empresa—puede no darse cuenta, o al menos no en seguida, de la presencia del viajero (70). Aun en ese supuesto, la declaración ha llegado a la esfera de acción del receptor, es decir, del conductor o cobrador; es dudoso, empero, que puede ello ser suficiente como tal declaración (71). Si se parte del supuesto de que, entre ausentes, la declaración en cuanto tal ha de ser efectivamente percibida y entendida por el receptor (72), entonces el contrato habría surgido en contra de lo que dispone el parágrafo 151 del B. G. B. Precisamente en estos supuestos ha de deducirse la conclusión o principio de conclusión del contrato de la aceptación de la oferta (73). Ahora bien, como acertadamente ha establecido la teoría de las relaciones contractuales de hecho, en estos casos no es posible esperar una declaración de aceptación en razón del carácter masivo de estas relaciones de prestación, según los usos del tráfico.

Resulta de lo expuesto *que la utilización normal y voluntaria de las prestaciones que proporciona el cuidado de las necesidades vitales puede ser encuadrada dentro de la doctrina del contrato del B. G. B. y que, por ello, no es necesaria la construcción de una relación contractual sin conclusión de contrato* (74).

Este resultado no excluye el que, en determinados casos, deba modificarse el instituto del negocio jurídico y del contrato.

parecido quiere concebir ESSER, A. C. P., 157, págs. 95 y sigs., la conducta en el tráfico de masas no como declaración de voluntad en sentido estricto, sino como actuación de voluntad con carácter jurídico negocial, que no siempre, pero sí en determinados casos, tiene que ser equiparada a una declaración de voluntad. En sus resultados coincide esta diferenciación con el concepto que se ha mantenido aquí; sin embargo, me parece—aunque en oposición a ESSER—que las modificaciones de las consecuencias de la declaración que la masividad requiere son perfectamente compatibles con un concepto general de la declaración de voluntad.

(70) LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1897.

(71) ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada, § 158, tomo 2, pág. 671.

(72) ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada.

(73) STAUDINGER-COING, § 151.

(74) ESSER, A. C. P., 157, pág. 98: «No queremos ni debemos crear hechos o supuestos 'objetivos' asistemáticos, sino que hemos de sujetar las relaciones de prestación típicas, como efectivas relaciones obligatorias, a los respectivos elementos convenientemente adaptados del negocio jurídico».

2. *Conclusión del contrato sin conciencia de la declaración y sin voluntad negocial.*

Sin embargo, cabe imaginar algún supuesto de utilización de una de las prestaciones del cuidado de las necesidades vitales *sin una conciencia de declaración* dirigida a la fundamentación de una relación de prestación y sin la correspondiente *voluntad negocial*. Es el caso citado por HAUPT del piloto deportivo que—sin saberlo—aterriza en un aeropuerto abierto al tráfico y debe pagar la correspondiente tarifa. Exactamente igual ocurre si alguien utiliza un aparcamiento vigilado, desconociendo la obligación de pago de una tasa. Hay aquí una conducta externa, que según hemos expuesto más arriba deja inducir una determinada voluntad negocial; faltan, en cambio, las características subjetivas de la declaración jurídico-negocial, ya que el sujeto no tiene ni conciencia de prestar una declaración, ni tampoco voluntad de concluir un negocio. En su virtud, el piloto deportivo o el usuario del aparcamiento podrían, invocando fundamentos de Derecho privado, afirmar que, por ausencia de aquel conocimiento, no han prestado declaración de voluntad ninguna (76) o, al menos, podrían impugnar su declaración por falta de voluntad negocial según el párrafo 119 pár. 1 del B. G. B.

Esta conclusión no parece adecuada para las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge». Evidentemente que es cosa muy distinta el que pueda aterrizar en un aeropuerto o aparcar mi coche en lugar acotado y vigilado sin ser consciente de la significación jurídico-negocial de estos procesos, y el que puede suscribir una oferta de contrato individual, pensando que se trate de una invitación a comer o de la notificación de un duelo (77). La tipicidad social de los procesos en el campo de la «Daseinvorsorge», la exigencia práctica de un desarrollo sin roces de los casos singulares, su carácter masivo, son motivos suficiente para conferir mayor im-

(75) HAUPT, obra citada, pág. 7.

(76) Está superada la cuestión de si la falta de conciencia de la declaración da sólo derecho a la anulación o de si determina la nulidad radical de ésta. Puede encontrarse una panorámica de las distintas concepciones en OERTMANN; ENNECCERUS-NIPPERDEY; H. LEHMANN. El problema de la anulabilidad de las declaraciones de voluntad en el ámbito de la «Daseinvorsorge» requiere aún de un estudio especial; véase más adelante.

(77) Ejemplos en ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 145, tomo 2, A 4.

portancia a la confianza de los partícipes en el tráfico, en particular a la del receptor de la declaración, que al interés del sujeto activo, de no vincularle una conducta externa, de cuya significación jurídico-negocial no era consciente.

El gran mérito de la doctrina de las relaciones contractuales de hecho estriba en haber elaborado este resultado en atención a las particularidades del tráfico en masa (78). Cuestionable es, sí, para llegar a este resultado, es obligado rechazar absolutamente la existencia de un hecho jurídico-negocial en la base de las reciprocas obligaciones de prestación, o más bien, cabe referir la intranscendencia de la voluntad interna individual a aquellos principios ya antes destacados, y que, siendo inmanentes al supuesto jurídico-negocial, limitan la autonomía privada en el campo de la «Daseinvorsorge» en función de determinadas razones de orden y sistema.

La cuestión dogmático-jurídica es *si una conducta constitutiva puede compensar los defectos del estado de hecho interno de la declaración de voluntad* (79).

a) *Reducción del elemento volitivo y dogmática del B. G. B.* (80).

La cuestión acerca de la significación del comportamiento constitutivo o decisorio en caso de ausencia de la causa o elemento interno no es nueva ni se ha planteado por primera vez con la investigación de las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge». Se encuentra ya en la discusión general entre teoría de la voluntad y teoría de la declaración que llevó a considerar si una voluntad jurídico-negocial interna es o no elemento de la declaración de voluntad (81). Tampoco para el B. G. B. es la voluntad jurídico-negocial presupuesto absoluto de la declaración; inexcusable es

(78) HAUPT, obra citada, SPIESS, Z. A. K. D. R., 1942, pág. 340; WIEACKER, Z. A. K. D. R., 1943, pág. 33; TASCHKE, *Jhering Jb.*, pág. 90; BAERMANN, obra citada; ESSER, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1949, pág. 20; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, T. I., págs. 27 y sigs. y N. J. W., 1956, págs. 1.897 y sigs.; más modernamente BETTI, en homenaje a LEHMANN, 1956, tomo 1, pág. 253.

(79) Opiniones de COING (STAUDINGER-COING, § 116), sobre la buena fe y obligatoriedad derivada de un comportamiento expreso en el tráfico jurídico. Parte no sólo de una declaración de voluntad en tales casos, sino de una especial situación de confianza.

(80) GYSIN, *Zur Theorie des Rechtsgeschaefts*, Reinhardt *Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrag*.

(81) Teoría de la voluntad: SAVIGNY, WINDSCHEID, ZITELMANN; teoría de la declaración: BEKKER, KOHLER, LEONHARD; teorías intermedias: BERNBURG, REGELSBERGER.

tan sólo el supuesto externo—la conducta que se interpreta como declaración jurídico-negocial—y cierta voluntad de actuar, como causa de la conducta externa (82). El B. G. B. ha adoptado una posición intermedia entre la teoría de la declaración y la de la voluntad. Parte de una teoría de la voluntad muy debilitada en interés de la seguridad del tráfico (83).

Esta tendencia se manifiesta, entre otros casos, en que el B. G. B. atribuye en ciertos supuestos a la simple conducta externa—es decir, sin tener en cuenta la voluntad jurídico-negocial interna—un contenido de declaración de negocio jurídico. Se estima así la permanencia en el uso de la cosa por el arrendatario como prolongación por tiempo indefinido del contrato de arrendamiento en tanto arrendador o arrendatario no declaren otra cosa en el plazo de dos semanas (parágrafo 586 del B. G. B.) (84). En tales supuestos nadie atendería la afirmación de que faltó conciencia a esa declaración o voluntad negocial, aun cuando esa declaración sea susceptible de anulación por otras causas, a tenor del parágrafo 119 y siguientes del B. G. B. (85). Finalmente, se encuentran en el B. G. B. casos en los que a una determinada conducta se le confiere la eficacia de una declaración de voluntad, sin que tengan aplicación las disposiciones referentes a éstas, sobre todo las relativas a anulabilidad. Por ejemplo, el consentimiento obligado del representante legal se entiende irrevocablemente como denegado si no lo presta dentro del plazo que marca el parágrafo 108, párrafo 2 (86).

Sobre su base, tanto la jurisprudencia como la doctrina han rechazado la alegación de vicios de la voluntad en determinados campos del Derecho. Por ejemplo, así ocurre con las declaraciones de fundación o ingreso en las personas jurídicas del Derecho Mercantil y con el contrato fundacional de las sociedades personalistas (87). En estos casos se trata de «manifestaciones en el ámbito

(82) H. LEHMANN, *Parte general*, § 24, IV 1c; H. LANGE, *Parte general*, § 37, STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.

(83) §§ 116, párr. 1, 155, 164, párr. 2; 199, párr. 1, 122, B. G. B. Todas estas disposiciones procuran proteger en mayor o menor medida la confianza del receptor de la declaración.

(84) Nuevos ejemplos: ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 153, IV 3; H. LEHMANN, obra citada, § 30, IV.

(85) ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 153, IV 3. También STAUDINGER-COING.

(86) ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 153, IV 3.

de intereses ajenos» (88), en los que no se toma en consideración la voluntad interna, precisamente en beneficio de la confianza de las partes en el hecho externo de la declaración. La protección del tráfico, la confianza en la permanencia de la declaración jurídico-negocial, ha de prevalecer, por la significación que en el tráfico tienen determinados negocios jurídicos, necesariamente sobre los intereses del declarante, y en particular, sobre su propia conveniencia en la declaración (89).

La ausencia de conciencia sobre la declaración y la voluntad negocial carecen de importancia no sólo en los casos que acabamos de citar, sino que incluso la jurisprudencia y la doctrina encuentran significativas *apreciaciones generales* para excluir frente a una conducta declarativa objetiva, tipificada por un uso de tráfico, tanto la invocación de falta de conciencia declaratoria cuanto la nulidad por ausencia de voluntad negocial. Claramente resulta lo expuesto de un análisis del parágrafo 157 del B. G. B.

La interpretación de la conducta con trascendencia jurídica, según el parágrafo 157 del B. G. B. ha llevado, en primer lugar, a la aceptación de una declaración de voluntad *expresa* o *tácita* en el sentido de que quien actúa con conciencia de la declaración y voluntad negocial, no necesita declarar ésta expresamente (90). Se habla también de una declaración de voluntad decisiva, en los casos en que el peso específico de la consideración jurídica descansa, no en el correctivo de un defecto de la declaración externa, mediante su interpretación, sino en el defecto del elemento interno (subjetivo), que está en contradicción con la impresión que la conducta produce en los terceros (91). Se trata ahora de *proteger la confianza de estos terceros en el contenido y persistencia de la declaración objetiva*. El punto de vista que da la medida de cómo debe procederse en estos casos ha sido claramente señalado por la *jurisprudencia* del Tribunal Supremo alemán: «Es un principio reconocido en el Derecho actual que cada cual viene obligado a dejar valer contra sí sus propios actos, no conforme

(87) STAUDINGER-COING, § 116.

(88) MUELLER-ERZBACH, *Jherings Jb.*, 83, pág. 67.

(89) STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.

(90) El que actúa con voluntad negocial lo hace necesariamente también con conciencia de la declaración.

(91) STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.

los quiso en su fuero interno, sino tal y conforme se entienden por el uso del tráfico, es decir, por la opinión común. Este postulado ha sedimentado en el parágrafo 346 del H. G. B.; su aplicación no queda, sin embargo, limitada al Derecho Mercantil; es válida en general para el Derecho civil en virtud de lo que dispone el parágrafo 157 del B. G. B.» (92). En la propia resolución se destaca más adelante que es irrelevante la voluntad interna del sujeto: «Decisivo es realmente cómo se valore su conducta por los usos y la concepción del tráfico». En forma parecida se pronuncia otra sentencia del Tribunal Supremo (93). «Cada cual viene obligado a dejar valer, en el tráfico negocial, su conducta en contra suya, en los términos en que se entiende ésta por los usos del tráfico, o lo que es igual, según el concepto jurídico que impere en el concreto ámbito de que se trate, siendo irrelevante su voluntad interna». Se fundamenta esta doctrina, según la misma sentencia, en el principio de la buena fe que exige que deba protegerse la confianza puesta en una determinada conducta manifestada en el tráfico negocial.

Estos postulados aparecen una y otra vez en la jurisprudencia y en la doctrina. Puede ser un ejemplo, el contrato de exclusión de responsabilidad en el viaje de favor (94). Ha sido, sobre todo, KRAUSE quien, bajo parecidos puntos de vista dogmático-jurídicos, ha desarrollado en la doctrina, el silencio ante un escrito confirmatorio como asentimiento al mismo (95). Si bien en estos casos hay en la base de la obligación un hecho jurídico-negocial, lo decisivo es, no obstante, no la voluntad interna del declarante, sino la idea de protección a la confianza; en definitiva, la concepción del tráfico. Las sentencias acotadas proclaman más o menos los siguientes principios jurídicos: Cuando una parte muestra una conducta que—presupuesta una actitud recta y razonable—sólo es conciliable con cierta voluntad negocial, entonces ha de someterse en su tratamiento como si hubiera tenido tal voluntad. El fundamento inmediato de responsabilidad no estriba en una voluntad

(92) R. G. Z., 95, pág. 122 y sigs.

(93) R. G., SEUFF, Arch. 78, nr. 62.

(94) R. G. Z., 141, pág. 263. Más recientemente, B. G. H., N. J. W., 1958, pág. 906; M. D. R., 1958, pág. 503, 678 con crítica de BEITZKE.

(95) H. KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr*, 1933, B. G. H. Z., 11, pág. 1. En la doctrina, también SCHEGELBERGER-HILDEBRANDT, § 346, H. G. B.

dirigida a esa obligación, sino en el principio de la buena fe y de protección a la confianza (96).

Resumiendo, puede concluirse que en esta casuística especial de la responsabilidad jurídico-negocial por razón de la confianza que deriva de una conducta decisiva (97), *al que actúa en el tráfico jurídico ha de serle imputada su conducta y también las consecuencias objetivas de carácter declarativo* que vienen determinadas por ella.

b) *Restricción de la anulabilidad.*

De esa imputación deriva una importante consecuencia: en la medida en que la voluntad interna del declarante no constituye fundamento esencial del negocio jurídico, resultan inadecuadas las disposiciones que regulan los *vicios de la voluntad* (parágrafos 116-124 del B. G. B.) (98). Es cierto que fundamentalmente lo que se dice anulable es la declaración de voluntad expresa o tácita, en su caso (99). Pero precisamente en los casos que hemos apuntado que requieren de una restricción de la anulabilidad, la elaboración del valor declarativo que objetivamente merece una conducta a consecuencia de la concepción del tráfico, perdería su sentido esencial si el actor pudiese invocar falta de conciencia de la declaración o de voluntad negocial (100). En base a esta argumentación quieren la jurisprudencia y la doctrina excluir la anulabilidad. Así lo ha declarado con toda claridad en el caso del silencio a un escrito de confirmación (101). Ilustrativa es también una decisión del

(96) STAUDINGER-COING, § 116.

(97) Definición de COING, STAUDINGER-COING, § 116. que no conceptúa ya esta responsabilidad por razón de confianza como declaración de voluntad.

(98) Con toda claridad B. G. H. Z., 11, pág. 1 (5), en el caso de conformidad a un escrito de confirmación KRAUSE, obra citada, págs. 125 y sigs., desarrolla para este supuesto la figura jurídica de los «supuestos declarativos típicos con eficacia normada». Dado que aquí la buena fe y la concepción del tráfico confieren en general a la conducta dudosa la significación de una determinada declaración de voluntad, tal significación se tipifica e independiza de las contingencias del caso concreto. En su consecuencia, KRAUSE estima inatendible cualquier invocación sobre que tal declaración no quiera prestarse. En análogo sentido RAISER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, págs. 158 y sigs.

(99) R. G. Z., 103, pág. 401.

(100) STAUDINGER-COING, § 116.

(101) R. G. Z., 15, pág. 242; 54, pág. 176; B. G. H. Z., 11, pág. 1; KRAUSE, obra citada, pág. 138. También coincide en los resultados, B. G. H., N. J. W., pág. 787.

Tribunal Supremo federal que reconoce al arrendador, que durante muchos años cobró una renta inferior a la debida, el consentimiento tácito a la misma. El Tribunal desestimó la pretensión de anulabilidad del arrendador basada en el párrafo 119, parr. 1 del B. G. B. por entender que se estaba ante un error consentido en sus consecuencias jurídicas (102). Esta fundamentación es errónea, si se la compara con las decisiones fundamentales del Tribunal Supremo federal sobre el error en las consecuencias jurídicas (103), pero en definitiva, muestra la decidida tendencia a proteger la confianza en el hecho externo de la declaración de voluntad.

Es cierto que ni la jurisprudencia ni la doctrina han dicho aún expresamente que la responsabilidad jurídico-negocial que impone la protección a la confianza que deriva de una conducta vinculante excluya la posibilidad de anulación por falta de voluntad negocial en base al párrafo 119 del B. G. B.; pero el Tribunal Supremo federal ha declarado en general irrelevante la falta de voluntad negocial, en la sentencia R. G. Z. 95 S. 124. Recordemos, finalmente, la exclusión de la anulabilidad en las declaraciones de voluntad fundacionales o de ingreso en una sociedad. Vemos, por tanto, que en ciertos aspectos el párrafo 119 se interpreta restrictivamente. Importantes puntos de vista impiden la aplicación ilimitada de las normas sobre vicios de la voluntad; puntos de vista que le merecen al Ordenamiento jurídico mayor respeto que la voluntad individual.

Si conforme a lo expuesto existe en el tráfico jurídico general una justificada tendencia no sólo a que el valor objetivo de una conducta sea decisivo para el «contenido de la declaración», sino incluso a proteger aquella declaración en sí misma contra defectos de su valoración y de la voluntad negocial, es claro que la idea básica determinante de esa evolución ha de tener aún mayor validez en el campo del cuidado de las necesidades vitales.

Las formas necesariamente tipificadas del cuidado de las necesidades vitales han desarrollado una concepción del tráfico que

(102) R. G. Z., 134, pág. 195; R. G. Z., 103, pág. 401. La resolución citada en el texto no cita la anulación; declara inoperante la existencia de una voluntad negocial.

(103) STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.

ve en la utilización de las prestaciones de abastecimiento y servicio, es decir, en determinados usos, declaraciones de voluntad que se corresponden y dirigen de modo general y absoluto a la conclusión de un contrato.

La confianza de las correspondientes esferas del tráfico sobre el valor declarativo del hecho de subir a un tranvía o del aparcar en zona vigilada, debe ser protegida mediante la desestimación de cualesquiera invocación del actor acerca de una voluntad interior en desacuerdo con ese estado de confianza externo. La *fuerza normativa del uso de tráfico* (104), que confiere una determinada significación a una conducta en el tráfico en masa, aunque en el caso particular no se dé la correspondiente voluntad interna—*viene justificada por las características sociológico-jurídicas de estas relaciones de prestación con su imperativo colectivo y social y la tipicidad social de su decurso*.

Quedan así expuestos aquellos criterios decisivos para la interpretación de las leyes, que prohíben la aplicación ilimitada y absoluta de las prescripciones sobre los negocios jurídicos a las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge». Sobre todo, ha de ser excluida la anulabilidad por error, según el parágrafo 119 del B. G. B., y ello, no sólo en los supuestos de falta de conciencia de la declaración o de la voluntad negocial, sino también en los fundados en cualquier otro de los motivos que pueden determinarla a tenor de dicho precepto. Porque esta disposición ha perdido, en el ámbito del tráfico en masa, la razón de ser que justificaba su interés, es decir, la voluntad individual de cada uno de los que toman parte en el tráfico (105). Las particularidades y fines personales se nivelan; por ello, sólo las características típicas y generales tienen significación jurídica. Tipicidad y nivelación expresan la supresión del elemento volitivo. El que recibe la prestación se encuentra en una situación tipificada; la igualdad para todos de las relaciones jurídicas excluye cualesquiera consideración de la voluntad individual.

(104) KRAUSE y RAISER, obra citada.

(105) BAERMANN, obra citada, págs. 84 y sigs.; SIMITIS, obra citada, págs. 469 y sigs.; RAISER, obra citada, págs. 15, 77, 112 y sigs., 148. Desde el punto de vista del método se trata aquí de una *interpretación de Ley*, en que la intención del legislador y «ratio legis», conducen a una interpretación restrictiva frente al contexto legal.

Llegamos así a la conclusión de que, en el caso de defecto de consciencia de la declaración o de falta de voluntad negocial, el *principio de la autonomía privada* viene restringido, para determinados grupos de supuestos, sobre todo, en el campo de la «Daseinsvorsorge», por la *responsabilidad jurídico-negocial por razón de la con fianza o buena fe*. Y esto es válido, principalmente, para el parágrafo 119 del B. G. B. Precisamente, porque la anulabilidad por error se concibe en base a la consideración de la voluntad individual, no puede tener aplicación el parágrafo 119 en el ámbito de los contratos masivos típicos, propios de la «Daseinsvorsorge», ya que la voluntad interna individual no puede lógicamente eliminar la significación típica de un comportamiento. Ello no supone hacer dejación del B. G. B., o decidir *contra legem*, sino que implica simplemente una *interpretación legal restrictiva* frente a la literalidad del parágrafo 119 del B. G. B., teniendo en cuenta la finalidad del precepto y del estado de intereses que regula. viniendo a completar además una laguna legal resultante de dicha interpretación restrictiva. Se ha puntualizado por demás, que dicha laguna se completa con la aplicación de esos principios reguladores, que pueden encontrarse a menudo en nuestro Derecho privado (106).

Aún cabría preguntarse si la exclusión de la anulabilidad es también válida para los supuestos de *violencia y engaño* (parágrafo 123 del B. G. B.). En estos casos la idea de fuerza normativa del uso de tráfico, exige que se aquilaten debidamente, el interés del tráfico en que cada caso particular se desenvuelva sin roces, y el interés de cada partícipe individual de poder desligarse de la obligación jurídica por razón de vicios de la voluntad. El vicio que fundamenta la anulabilidad por violencia y engaño habla más bien en favor de la protección al interés individual. En cualquier caso, parece que la posible anulabilidad por causa de engaño se presentará muy pocas veces en las relaciones de prestación de la «Daseinsvorsorge», dado que el receptor de la declaración—la empresa—

(106) Sobre restricción y necesidad de completar lagunas dentro del ámbito metódico de la interpretación de Ley puede verse ENNECCERUS-NIPPERDEY, 1.º volumen al tomo 1, § 59, págs. 213 y sigs.; STAUDINGER-COING, § 116; últimamente, REINHARDT, *Methoden der Rechtsfindung*, 1957, págs. 17 y sigs. 20 y sigs., 25 y sigs.; STARTENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, 1957, págs. 20, 25 y 27 y sigs. *Die Methode der Gesetzesauslegung*.

apenas conoce el eventual engaño ni tiene que conocerlo, y aún en menor medida lo determina. En cambio, en los casos de violencia, que lógicamente se darán aún menos, ha de reconocerse camino libre a la anulabilidad.

3. *Conclusión del contrato con protesta de la obligación de pago.*

De importancia en este examen de las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge», y para su configuración jurídico-negocial, es también el supuesto de utilización de una prestación, de las que, en general, obligan a una contraprestación, pero en que su receptor, en el momento de utilizarla, declina y niega expresa e indubitadamente la conclusión del contrato y su prestación recíproca. Es el caso que contempla la sentencia del B. G. H. de 14 de julio de 1956 (107).

En la ciudad de Hamburgo se habían acotado determinadas zonas de la vía pública para aparcamientos vigilados y onerosos y encomendado la vigilancia de los vehículos al demandante, que podría cobrar una tarifa según las condiciones fijadas. El demandado había estacionado su automóvil en una de dichas zonas, advirtiéndolo expresamente al vigilante que se abstuviera de cuidarlo, pues rechazaba ese servicio y cualesquiera obligación de pago. Reclamó aquél judicialmente el importe devengado; el B. G. H. estimó su pretensión con fundamento en una relación contractual de hecho, determinada por el hecho de efectiva utilización del aparcamiento.

Si ese derecho del Municipio a cobrar hemos de referirlo a la conclusión de un contrato jurídico, debe necesariamente partirse, según lo antes expuesto, de que el comportamiento del conductor que aparca en una zona que sabe vigilada bajo tarifa ha de valorarse, en méritos a la concepción vigente en el tráfico jurídico de masas, como declaración de voluntad (aceptación de contrato) para la conclusión de un contrato de aparcamiento, que le obliga al pago de la tasa fijada. La cuestión dogmático-jurídica se reduce al análisis de si la expresa protesta de la obligación de pago ex-

(107) B. G. H. Z., 21, pág. 319.

cluye la significación jurídica de la conducta como aceptación del contrato.

Opina la teoría de la conducta social típica que no puede valorarse como declaración de voluntad algo que inequívocamente aparece como no querido. «Resulta de ello que, por mucha importancia que quiera darse a la significación objetiva y acorde con el tráfico de una conducta, para su interpretación, el autor siempre debe poder estar en disposición de conferir a un comportamiento, en otros casos «concluyente», la significación declarativa de una determinada voluntad, y ello, mediante la expresa declaración, al actuar, de su voluntad contraria. Este límite no puede ser traspasado por ningún tipo de interpretación» (108).

Es cierto que la persona que se conduce de forma determinada y «constitutiva» tiene no ya la posibilidad, sino también, bajo ciertas circunstancias, un interés en impedir la consecuencia de esa voluntad negocial concreta que, según la concepción del tráfico, se deduce de su comportamiento. El medio es la protesta, la manifestación de voluntad que contradice aquella conclusión (109).

Pero también la eficacia de la protesta tiene sus límites, como los tiene la propia autonomía privada que le sirva de base (110). Lo corrobora plenamente el hecho mismo de que frente a las consecuencias jurídicas propias de una determinada declaración, independiente de la voluntad de las partes, es irrelevante cualquier protesta. Por otra parte, carece de sentido la protesta y no puede ser atendida, como ocurre en este caso que consideramos, cuando la conducta efectiva del que la manifiesta es, dentro de las reglas de la buena fe, incompatible con ella (111). Tal es el sentido del aforismo: *protestatio facta contraria non vallet* (112). La protesta sólo es capaz de desvirtuar la significación declarativa de un comportamiento decisorio, si es lógicamente conciliable con el mismo (113); en otro caso, el declarante «ha dado lugar por su conducta a la validez de la interpretación diferente» (114). La protesta

(108) LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1.897 (1899).

(109) STAUDINGER-COING, § 16; ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada, § 153, V.; H. LENMANN, obra citada, § 30 V.

(110) STAUDINGER-COING, *Introducción*, 2 d, f, § 104.

(111) STAUDINGER-COING, § 116; ENNECCERUS-NIPPERDEY, obra citada.

(112) RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, 1912, pág. 119, R. G. Z., 111, pág. 312.

(113) H. LEHMANN, obra citada, § 30, V.

contra la obligación de pago de la tarifa de un aparcamiento, pese al hecho de su utilización, contradice abiertamente el comportamiento del conductor, que, conforme a las reglas de la buena fe y de la concepción del tráfico, ha de ser estimado como la conclusión del contrato que obliga al pago de aquella tasa. Su protesta no puede ser atendida (115) y el usuario viene obligado al pago correspondiente por razón de la conclusión de un contrato. Esta construcción dogmático-jurídica la elaboró ya el Tribunal Supremo federal en su sentencia de 29-9-25, relativa a una situación de hecho similar (116): Un importante industrial había tomado corriente de una empresa de luz estatal, si bien, rechazado en parte la obligación de pago, alegando que era inadecuada la nueva tarifa publicada. Su tesis de no haber reconocido validez a las nuevas tarifas, contra las que había incluso reclamado repetidamente por escrito, fue rechazada por el Tribunal Supremo con el siguiente razonamiento: Si el usuario sigue utilizando la corriente «conociendo la voluntad del Estado de suministrar energía sólo por el precio fijado en general, se somete por la ulterior utilización y pese a su manifestación contraria, a dicho precio. Son indiferentes los motivos que hayan podido determinarle a continuar en aquel uso. La oposición manifestada no tiene de hecho más significación que la de una *protestatio facta contraria*, y es incompatible con la real y efectiva conducta del usuario, y, por ende, inatendible».

Puede decirse que en el caso de no atender la protesta se le imputa al declarante una voluntad jurídico-negocial que ciertamente no tiene (117). Pero esto no supone que la obligación de pago de la tarifa no pueda descansar sobre un negocio jurídico, concretamente, en la conclusión de un contrato. Porque, en absoluto,

(114) STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B. Si el que recibe un libro para verlo corta sus páginas y lo anota, ha de aceptar que se interpreta su conducta en el sentido de que ha querido conservar el libro, aun cuando proteste contra tal entendimiento.

(115) También KUECHENHOFF, R. D. A., 1958, pág. 125: en caso de contradicción entre la conducta y la palabra prevalece la conducta regular sobre la palabra contraria, a efectos de interpretación.

(116) R. G. Z., 111, págs. 310 y sigs.

(117) LARENZ, N. J. W., 1956, pág. 1.897 (1899): «Allí donde ha de darse la consecuencia jurídica, y aun cuando la voluntad contraria se haya declarado expresamente, no puede ya reconducirse ésta a un negocio jurídico».

puede equipararse la restricción de la autonomía privada a la desaparición de la institución del negocio jurídico. Al lado de la autonomía privada hay otra serie de variados puntos de vista que juegan, dentro de nuestro Derecho privado, un importante papel para la configuración de las relaciones entre partes, tales, por ejemplo, el principio de la buena fe, del equilibrio de intereses, de la protección a la confianza, según hubo ocasión de exponer al tratar de los vicios de la voluntad. Es cierto que la autonomía privada es el *primum principium* para todos los hechos de trascendencia en la esfera del Derecho privado. Pero de otra parte, no es posible un entendimiento pleno del Derecho privado si se prescinde de aquellos otros factores; las reglas, que de éstos derivan, inciden, en efecto, muy profundamente en la autonomía privada, limitándola y complementándola (118). La autonomía privada forma cuerpo con la totalidad del Ordenamiento jurídico; de ahí que su ejercicio no pueda contradecir estos principios, y precisamente por ello no puede tampoco perder su función de punto de partida y base de todos los demás principios del Ordenamiento jurídico.

Aún quisiera exponer, cómo, a mi juicio, la inatendibilidad de la protesta expresa puede también combatirse por otros cauces. Cuando el que hace uso de un aparcamiento protesta contra la vigilancia por un precio, porque le niega al «empresario» la facultad jurídica de exigir el pago de la tarifa, está exteriorizando una determinada *concepción jurídica*. Por tanto, su protesta se refiere en realidad a una pura cuestión jurídica, a la cuestión de la consecuencia en Derecho de su conducta, no al contenido real e inmediato de su declaración. Es evidente que entonces no se da el supuesto de la *protestatio*, puesto que no se está en presencia de dos declaraciones de voluntad distintas en su contenido, sino que la solución resulta del hecho de soportar el usuario el riesgo de la corrección de su concepción jurídica. Si esta concepción jurídica es inexacta, debe dejar valer en contra suya la consecuencia jurídica de su conducta.

(118) STAUBINGER-COING, § 104 Sobre limitación de la autonomía privada. BALLERSTEDT, A. C. P., 151, págs. 501 y sigs.; HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, 1936, págs. 110 y sigs.; MANIK, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, 1935, págs. 62 y sigs.

4. *La conclusión del contrato y la ausencia o limitación de la capacidad.*

Tan sólo nos resta por considerar los supuestos de incapacidad o capacidad limitada, en los que pueden darse dificultades para aplicar las reglas del B. G. B. a las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge». La verdad es que carecerán prácticamente de importancia, porque, al igual que en las restantes relaciones sociales típicas de prestación, o se desenvuelven sin roces, o sólo aparecen cuando la contraparte conoce aquella falta y rechaza la conclusión del contrato. En la mayor parte de los casos de capacidad de obrar limitada se cumplirán los supuestos de excepción de los párrafos 108, párr. 1 del B. G. B. (consentimiento) 110 del B. G. B. (párr. sobre dinero para gastos menudos) y parágr. 112 y 113 del B. G. B. (capacidad empresarial y mayoría de edad laboral).

En cuanto a los escasos supuestos que restan por considerar, puede llegarse a una solución satisfactoria fuera del ámbito del Derecho contractual. La *responsabilidad por daños*, exigible precisamente a las empresas públicas de transporte (119), protege asimismo al menor que, en contra de la expresa prohibición de su representante legal, viaja en el tranvía sirviéndose de dinero que haya podido robar o encontrar.

Lo mismo puede decirse respecto del declarado incapaz. La medida de la responsabilidad del menor por daños fue ya encuadrada por el parágr. 276, appt. 1, par. 3, dentro de la culpa extracontractual. El problema de los párrafos 831/278 del B. G. B. carece aquí de importancia.

Es cierto que la obligación de pago del *contravalor* desaparece en el contrato nulo; en su lugar surge el derecho del usuario a la devolución del enriquecimiento sin causa, normalmente, en la propia cuantía, conforme a los párrafos 812 y siguientes del B. G. B. Puesto que la prestación no puede ser devuelta, ha de restituirse el valor, que en este caso debe ser calculado en función del gasto, o lo que es igual, del contravalor que se ahorra; un cálculo que vaya más allá de dicho importe es prácticamente imposible. La jurisprudencia y la doctrina han desarrollado el prin-

(119) § 8, párr. 2, St. V. G.; B. G. H. Z., 1, pág. 99.

cipio de que aquel que utiliza una cosa ajena, que de proceder lícitamente sólo hubiera podido usar mediante el correspondiente pago, es deudor del importe que se ahorró, según el parágrafo 812 del B. G. B.; no puede invocar que de no ser así hubiera podido arreglarse de otra manera (120).

5. *Resumen.*

Nos habíamos impuesto la tarea de analizar si las relaciones de servicio y abastecimiento que se dan dentro del campo del cuidado de las necesidades vitales pueden ser encuadradas en la teoría contractual del Derecho privado, porque se adecúen en sus resultados a los principios generales de nuestro Ordenamiento jurídico, o si más bien era necesario desarrollar, al lado de la sistematización del B. G. B. para los negocios jurídicos y contratos, un sistema nuevo de fundamentación y configuración de determinadas relaciones jurídico-privadas.

a) Este examen ha demostrado que nuestro sistema jurídico vigente es lo suficientemente elástico como para acoger aquellas restricciones, complementos y diferenciaciones de la declaración de la voluntad y del contrato, que se requieren para una adecuada concepción de los estados normales dentro de la «Daseinvorsorge».

Evidentemente que el simple sistema del B. G. B. no basta para ello. Sin embargo, puede lograrse en la medida necesaria la adaptación del sistema del B. G. B. a la moderna evolución, sin que sea preciso renunciar a su concepción contractual (121).

Los caminos posibles, necesarios y suficientes están en *la adaptación restrictiva y analógica, y también en el desenvolvimiento jurídico en base a supuestos auténticos.*

No debe olvidarse que la adaptación de las disposiciones del B. G. B. sobre los negocios jurídicos al moderno desarrollo del tráfico en masa provoca con frecuencia dificultades y dudas. A menudo surgirá la cuestión de en qué medida puede referirse una determinada conducta al campo masivo del cuidado de las necesidades vitales y si, por ello, la confianza en el tráfico merece

(120) R. G. Z., 97, pág. 310 (312); ENNECCERUS-LEHMANN, § 221, II 1; R. G. R., Komm., § 812.

(121) ESSER, A. C. P., tomo 157, pág. 97, 98.

absoluta prelación sobre los intereses y apreciaciones particulares. En cualquier caso se tratará siempre, según la concepción básica expuesta, de dejar valer, *dentro* del sistema del B. G. B., un punto de vista más o menos modificado. De ahí que vengamos, por una parte, continuamente obligados a una aplicación crítica del B. G. B. y, por otra, en cambio, permanezca incólume el sistema del Derecho privado. Si, frente a ello, se conciben las relaciones de prestación de la «Daseinsvorsorge» como relaciones contractuales de hecho, como institución *independiente* al lado de las relaciones contractuales del Derecho privado, se ha abandonado sin necesidad la base del Derecho vigente. Aun prescindiendo de una actitud sistemática contra tal debilitación de nuestro Derecho privado, se caería, en su aplicación práctica, en la peligrosa tentación de desviarse hacia esa vía más fácil y aparentemente más vital de los contratos fácticos, sin antes haber agotado las posibilidades que brinda el Derecho del B. G. B., con toda seguridad difíciles de reconocer y de delimitar. La existencia de este peligro la ha destacado con toda claridad el juicio del Tribunal Supremo federal acerca del «contrato sucesorio de hecho» (122). También la resolución sobre el nacimiento de un contrato de suministro de energía (123) podría haberse tomado sin necesidad de apartarse del principio contractual del B. G. B., de haber tenido en cuenta el B. G. H. el valor declarativo de la conducta decisoria del usuario, que hay que imputarle según la concepción del tráfico (124).

b) El método sociológico y funcional de interpretación de Ley y de aplicación jurídica propuesto exige que se *delimiten* lo más exactamente posible los casos de situaciones declarativas en el campo de la «Daseinsvorsorge», porque las reglas que para ellos rigen no pueden ser aplicadas a los negocios jurídicos del Derecho privado.

Pueden establecerse los siguientes caracteres para las relaciones de prestación de la «Daseinsvorsorge» (125): Ha de estar en presencia de un negocio del tráfico en masa, que no permite ninguna

(122) B. G. H., N. J. W., 1957, pág. 787.

(123) B. G. H., N. J. W., pág. 627; D. O. V., 1957, pág. 317; véase más arriba.

(124) KUECHENHOFF, R. D. A., 1958, pág. 124.

(125) BAERMANN, obra citada, págs. 41 y sigs.

configuración individual y cuya conclusión deriva, por tanto, de una conducta decisoria típica. Es esencial la identidad formal masiva con una pluralidad de relaciones de prestación iguales, su necesidad vital para la generalidad y el anonimato e imposible individualización de las partes contratantes y del contenido del contrato.

Sobre la base de esos caracteres delimitatorios se circunscriben como absolutamente inatacables las relaciones de prestación del tráfico en masa a los siguientes casos: Utilización de medios de transporte de uso general; de los servicios de gas, agua y electricidad; utilización prolongada de una porción de suelo acotada en el tráfico aéreo, terrestre, marítimo o fluvial (tasas de aterrizaje, de aparcamiento, derechos de puerto).

Si la voluntad individual no se toma en cuenta en las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge», ello se debe y responde a su carácter formal predominantemente masivo. En la medida en que, por el contrario, se esté en presencia de un negocio jurídico individual, como el que inicialmente está en la base de los preceptos del B. G. B. sobre declaración de voluntad y contrato, estará justificada una anulabilidad por defectos de consentimiento u otros vicios de la voluntad. En ningún caso puede extenderse la exclusión de la anulabilidad propia de los procesos colectivos y masivos de la «Daseinvorsorge», según el parágrafo 119 del B. G. B., a los tipos de contrato del Derecho privado (126).

(126) No cabe aceptar la doctrina de la resolución B. G. H., B. G. H. Z. 23, pág. 249; N. J. W., 1957, pág. 787; Fam. R. Z., 1957, pág. 310 (A. G. H., N. J. W., 1958, págs. 377; D. N. O. T. Z., 1958; pág. 20), que, partiendo de la teoría de la conducta social típica desarrollada para las relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge», conduce a la aceptación de un pacto sucesorio de hecho, es decir, independiente de la voluntad individual. Por lo demás queda el problema de hasta qué punto y en qué términos puede reconocerse un contrato sucesorio formalmente defectuoso, en cuyo tema no podemos entrar aquí. Resolución B. G. H. Z., 23, pág. 249; N. J. W., 1957, pág. 787; SCHULTE, N. J. W., 1958, pág. 361, y HUEKINGHAUS, B. G. H., L. M., Nr. 17, § 7, *Hoeft* O. HERMINGHAUSEN, D. N. O. T. Z., 1958, págs. 115 y sigs.

C) *Sociedad de hecho.*

I

PROBLEMÁTICA

Las relaciones de prestación en el campo de la «Daseinvorsorge» han puesto de manifiesto que la teoría del negocio jurídico según el B. G. B. no sólo debe, sino que puede ser modificada en múltiples aspectos para su adecuación a las modernas formas del tráfico en masa. Es evidente que estos puntos de vista no cuadran a la sociedad de hecho ni tampoco a la relación laboral fáctica. Por mejor decir, son las particularidades de la *relación obligacional duradera* las que dan el punto de partida para la relación de sociedad y de trabajo. Desde un punto de vista sistemático y de método aquellas relaciones de prestación de la «Daseinvorsorge» y el contrato de sociedad, sólo tienen en común el problema, de si el sistema del B. G. B. responde sin más a la especialidad de estas relaciones jurídicas o si sus disposiciones sobre el negocio jurídico, en un análisis detenido de las mismas, están previstas para estados de cosas y fenómenos vitales que difieren estructuralmente de las relaciones que hemos de considerar aquí. Más concretamente: si la base contractual adolece de algún vicio, la cuestión decisiva es tanto en la relación de sociedad como en la laboral, si las prescripciones del B. G. B. relativas al negocio jurídico y al contrato pueden abarcar adecuadamente la *colaboración* mantenida durante un prolongado periodo de tiempo por las partes, si bien previa adecuación, modificación o diferenciación de las disposiciones correspondientes.

1. *Supuesto típico.*

La primera resolución del Tribunal Supremo federal que fundamentó la sociedad de hecho (127) confirma ya que el punto de

(127) B. G. H. Z., 3, pág. 285; J. Z., 1952, pág. 305; BENKE, M. D. R., 1952, pág. 285, SIEBERT, N. J. W., 1952, pág. 97; WOLFF, pág. 500; L. M., Nr., 1 al § 105, H. G. B., Nr. 1, § 133, H. G. B., FISCHER.

arranque decisivo en derecho lo constituye la colaboración cierta y prolongada. Esta resolución parte del siguiente supuesto: la nulidad, por falta del consentimiento (parág. 155 del B. G. B.), de una condición esencial relativa a denuncia y liquidación del contrato de sociedad. En realidad no se había logrado un acuerdo entre las partes y este desacuerdo latente había producido la nulidad de todo el contrato, y así lo había pronunciado el Tribunal sentenciador. La pretensión sobre inexistencia se desestimó en las tres instancias con fundamento en que una sociedad en marcha debe ser considerada como existente hasta su disolución. Se ejercitó después acción para su disolución y liquidación, que prosperó.

Inmediatamente salta a la vista que hay que plantear y contestar la siguiente pregunta: ¿Está justificado, y por qué, considerar existente la sociedad, que sólo puede desaparecer por la vía regular de la liquidación, pese a la nulidad incuestionable del contrato?

2. *Fundamentación y reconocimiento de la situación de hecho.*

Jurisprudencia y doctrina están en último término de acuerdo en que los vicios en la base del contrato no privan, en absoluto, de toda eficacia jurídica a la sociedad. Lo que se discute es la medida en que los principios especiales del Derecho de sociedades pueden desbancar las prescripciones generales del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad. La inseguridad que se da a este respecto depende también en gran parte de que es discutible en sí misma la base dogmático-jurídica para la exclusión o desplazamiento de las normas generales de nulidad y anulabilidad. Especial dificultad ofrecen sus efectos retroactivos.

El argumento de que el Ordenamiento jurídico no puede pasar de largo ante una *ejecución efectiva* de la relación social, es decir, ante la «sociedad de hecho» se esgrime, no sin razón, una y otra vez, pero no es suficiente en esta concepción general, porque situaciones vitales efectivas pueden en cambio no existir para el Ordenamiento jurídico, si éste no las sanciona. En tal caso, pese a cualquier existencia de hecho, es lo cierto que no se da relación ninguna eficaz en Derecho, que éste proteja (128).

(128) HUECK, *Gesellschaftsrecht*, 8.ª edición, 1958, págs. 59 y sigs.; *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, 2.ª edición, 1951, págs. 44 y sigs.

Los inconvenientes de una nulidad, en su caso, anulación retroactiva, se fundan también con frecuencia en las efectivas *dificultades de una liquidación «ab initio»*, según los párrafos 812 y siguientes del B. G. B. (129). Concepción ésta que reduce el problema de la sociedad de hecho al de su liquidación (130). Las dificultades prácticas con que se tropieza en la consideración jurídica de una situación vital no pueden ser por sí solas decisivas en orden a la posible aplicación o no de las prescripciones legales; esas dificultades surgen por doquier en la práctica jurídica y se superan a menudo, sin que por ello se ponga en duda la aplicabilidad de la norma correspondiente. La inaplicabilidad de las disposiciones sobre nulidad y anulabilidad, en el caso de relaciones obligacionales duraderas, ha de descansar—de ser procedente—en una antinomia objetiva y sistemático-jurídica entre esas disposiciones generales y la ordenación jurídica especial de la eventual relación duradera.

3. Limitación del problema a la relación interna en las sociedades personalistas.

La problemática de la sociedad de hecho se limita actualmente con carácter sustancial a las *sociedades personalistas*, en concreto, a la *relación interna* entre los socios (131).

En las *sociedades capitalistas* se establece, en parte por Ley y en parte también por uso, que ni los fundadores ni los socios posteriores pueden excusarse de las obligaciones contraídas alegando

(129) ERMAN, *Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage*, 1947, pág. 8, RULAND, *Das Innenverhältnis der nichtigen O. H. G.*, 1941, páginas 4 y sigs.; BEITZKE, *Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen*, 1948, págs. 15 y sigs.; HUECK, A. C. P., 149, págs. 1 y sigs.

(130) LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, tomo 2, parte 2, edición 1957, págs. 247 y sigs.

(131) No podemos examinar aquí si toda sociedad, según el B. G. B. contradice los fundamentos de la sociedad de hecho. Seguramente habrá que excluir aquella sociedad del B. G. B. que se separa en su estructura completamente de las construcciones del O. H. G. o Kg. En todo caso no debería ser decisivo que exista o no un patrimonio común; puede pensarse, por consiguiente, también en una sociedad interna de hecho. B. G. H., B. G. H. Z., 8, pág. 157; N. J. W., 1953, pág. 818; SIEBERT, N. J. W., 1953, pág. 809; HABSCHIED, B. B., 1955, pág. 50; fundamentalmente, también, R. FISCHER, N. J. W., 1955, pág. 850 y N. J. W., 1958, pág. 969. Sobre su delimitación, en particular, SIEBERT, B. B., 1958, págs. 1.065 y sigs.

vicios de voluntad, y que carece de cualesquiera efecto retroactivo la nulidad de la sociedad (132). Esta regulación se justifica por el hecho de que los acreedores sociales sólo pueden atenerse a la sociedad de capital en sí misma, a la base capitalista de la persona jurídica; de ahí que deba impedirse que sus miembros puedan exigir la devolución de sus aportaciones (133).

En cuanto a la *relación externa* en las sociedades capitalistas, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a la misma conclusión invocando en lo esencial esa apariencia jurídica frente al acreedor de una sociedad válidamente existente (134). La idea fundamental de esta jurisprudencia está en la «declaración al público» que se da al aparecer los partícipes como socios (135).

II

LA SOCIEDAD DE HECHO EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Si nos fijamos en la *relación interna* de la sociedad personalista, puede comprobarse que a la entrada en vigor del B. G. B. no se planteó ningún problema especial respecto a la sociedad de hecho. Por el contrario, a la relación interna de los socios se le han venido aplicando sin limitación las disposiciones generales del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad (136). En base a que en las sociedades personalistas no surge una personalidad jurídica nueva, sino que se mantiene la responsabilidad individual de los socios con todo su patrimonio personal, no parecía tan esencial la eficacia de la sociedad en la relación de los socios entre sí, al poder dirigirse los acreedores, en virtud de la apariencia jurídica de sociedad existente, contra los socios individualmente. Sin embargo, la eficacia

(132) §§ 216 y sigs. *AktGes*: sobre la irrelevancia de los vicios de la voluntad R. G. Z. 127, pág. 119; sobre la nulidad *ex nunc* R. G. Z. 123, pág. 103; 124, pág. 287; R. G., J. W., 1935, pág. 3.613.

(133) ERMAN, obra citada, pág. 7; resoluciones citadas.

(134) R. G., J. W. 1.933, pág. 1.966; R. G. Z. 145, pág. 155; 149, pág. 25; R. G., J. W., 1934, pág. 1.488.

(135) R. G. Z., 447, pág. 257; el R. G. tomaba posición expresa en favor de la publicidad y crítica subsiguiente en relación a su teoría de la declaración.

(136) R. G., J. W., 1927, pág. 1.242; también R. G. Z. 127, pág. 186.

(137) SIMITIS, obra citada, págs. 123 y sigs. y 149.

de la relación interna no podía justificarse por la idea de la apariencia jurídica (137).

1. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reich desde 1935.*

Por primera vez en el año 1935, aunque sólo incidentalmente, se pronunció el Tribunal Supremo alemán en el sentido de que debía negarse cualesquiera eficacia retroactiva a la nulidad—incluso en su relación interna—, de toda sociedad que hubiera aparecido como tal (138). Este criterio se confirmó en una fundamental sentencia posterior (139) y ha sido ratificado en ocasiones sucesivas (140).

Para fundamentar esta conclusión se remitió el Tribunal a las dificultades prácticas de liquidar la sociedad según los principios del enriquecimiento (141). Desde el punto de vista sistemático-jurídico se fundó en la naturaleza de la sociedad. Se entendía que la efectiva puesta en marcha de la sociedad había creado una relación comunitaria entre los partícipes, de la que no podía prescindirse sin más. Esa relación comunitaria, como particularidad de la relación social, excluía la aplicabilidad de las normas generales sobre nulidad y anulabilidad (142). Alegaba el Tribunal además las conclusiones aceptadas y establecidas para las sociedades capitalistas, que pueden aplicarse a las sociedades personalistas por ser en lo fundamental todos los tipos de sociedad iguales en su esencia y, por último, la concomitancia jurídica efectiva y sistemática entre relación interna y externa (143).

Pero no se limitó a excluir la posibilidad de eliminación retroactiva de la sociedad. Dedujo de la esencia de la sociedad la ulte-

(138) R. G., J. W. 1935, pág. 2.617.

(139) R. G. Z. 165, pág. 193.

(140) R. G. Z., 170, pág. 109; G. R., D. R., 1941, pág. 1.943; 1492, página 275; 1943, pág. 1.220.

(141) R. G. Z. 165, pág. 193.

(142) Véanse las resoluciones citadas, SCHMANN, en *Der Jurist*, 1953, página 212. «La jurisprudencia se apoya en primer lugar en consideraciones prácticas y destaca la inadecuación de los resultados cuando se aplican las causas de nulidad generales». SMITTS, obra citada, pág. 145.

(143) R. G., J. W. 1933, pág. 1996; R. G. Z., 167, pág. 193 (201); R. G. Z. 170, pág. 109 en R. G. Z. 166, pág. 59, el R. G. se ocupa ampliamente de la significación de las relaciones internas y externas y de la retroacción de las exigencias derivadas de la relación externa sobre la interna.

rior consecuencia de que la sociedad de hecho sólo podía disolverse cuando se cumplieran, por causas graves, los presupuestos necesarios para la acción de disolución (144). De esta forma encontraron aplicación los parágrafos 133 y 140 del B. G. B., a la sociedad de hecho en general; al propio tiempo dejaba de ser motivo suficiente por sí solo, para la disolución, el primitivo de nulidad por vicios de la voluntad. Lo que implicaba un nuevo fortalecimiento de la sociedad de hecho.

2. *La jurisprudencia del Tribunal federal.*

En su básica resolución de 24-10-51, se adhirió el Tribunal federal en sustancia al criterio del Tribunal Supremo, en relación con el problema de la sociedad de hecho (145). Destaca, sin embargo, que no se aceptan ilimitadamente las conclusiones de éste, que pueden caso por caso sufrir ciertas restricciones. Lo mismo que hiciera el Tribunal Supremo, también pretende el Tribunal federal demostrar el fundamento de este criterio en la especial naturaleza de la sociedad, que obliga al reconocimiento jurídico del hecho objetivamente existente. Procura, por lo demás, sustentar esta jurisprudencia sobre una nueva base, reconduciendo el reconocimiento jurídico de la sociedad de hecho a la idea de la protección del tráfico; tal protección tiene como consecuencia no sólo que el socio perjudicado no pueda invocar frente al acreedor social vicios de la sociedad, sino que esa idea debe valer también en el ámbito de la relación interna, por lo que tampoco los socios entre sí pueden alegar nulidad o anulabilidad (146).

En realidad, el Tribunal federal viene a diferir del Tribunal

(144) R. G., D. R., 1941, pág. 1943, 1942, pág. 275; SIEBERT, M. D. R., 1952, págs. 287 y sigs. Una panorámica de conjunto sobre la evolución de la jurisprudencia, puede encontrarse en SIEBERT, obra citada; ERMANN, obra citada, págs. 9 y sigs.

(145) B. G. H. Z. 3, pág. 285; B. G. H. Z. 8, pág. 157; B. B. 1953, página 43; N. J. W., 1953, pág. 818; B. G. H. Z., 17, pág. 160; N. J. W., 1955, pág. 1.067. En relación con la jurisprudencia del B. G. H. véase, por ejemplo. SIEBERT, M. D. R., 1952, pág. 287 y N. J. W., 1953, pág. 806; WOLFF, M. D. R., 1952, págs. 535 y sigs.; FIECHER, N. J. W., 1955, pág. 849 y N. J. W., 1958, pág. 969; SIMITIS, obra citada, págs. 516 y sigs.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, págs. 245 y sigs.; H. LEHMANN, N. J. W., 1958, págs. 1 y sigs.; ENNECCERUS-LEHMANN, § 176, II, 2, págs. 734 y sigs.

(146) B. G. H. Z. 13, pág. 320, respecto a la entidad constitutiva de una S. A.

Supremo del Reich en un punto esencial. Como hemos visto, el Tribunal Supremo no había considerado, en absoluto, la causa de nulidad o vicio de voluntad en la conclusión del contrato como fundamento suficiente para la posterior disolución de la sociedad, sino el que, independientemente de ello, se dé *ahora* una causa o motivo importante. Por el contrario, el Tribunal federal parte de la premisa de que lo único que se requiere es la no aceptación de la eficacia *ex-nunc* de la nulidad o anulabilidad. El motivo de nulidad o anulabilidad existente de principio habría de bastar, por consiguiente, para fundar la actual rescisión de la sociedad de hecho (147). En consecuencia, mientras que el Tribunal Supremo procuraba igualar totalmente, en orden a los presupuestos de disolución, la sociedad de hecho a la sociedad correctamente constituida, es, a juicio del Tribunal federal, más fácil la disolución de la sociedad de hecho que la de una sociedad legal (148).

A mi juicio no tiene fundamento la opinión de SIMTIS (149), de que el Tribunal Supremo, en contra del Tribunal federal, no haya exigido para la sociedad de hecho ningún contrato, ni siquiera jurídicamente viciado. El Tribunal federal ha hecho especial hincapié, en que también la sociedad de hecho—como cualquier otra—presupone la existencia de un contrato de sociedad (150); es cierto que no se encuentra una declaración parecida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero no obstante no puede concluirse que haya prescindido en absoluto de la base contractual—aunque fuere viciada—, por el hecho de dar en sus resoluciones especial fuerza e importancia a la «colaboración efectiva» de los socios (151). No puede pensarse en la colaboración efectiva de los socios, en la participación, sin la correspondiente voluntad de los partícipes en ella.

(147) B. G. H. Z., 3, pág. 285; SIEBERT, M. D. R., 1952, págs. 287 y sigs.; WOLFF, N. J. W., 1952, págs. 500 y sigs.; y M. D. R., 1952, págs. 535 y sigs.; BENKE, J. Z., 1952, págs. 307 y sigs.; GOLTZ, B. B., 1952, pág. 68; FISCHER, L. M., § 133, H. G. B., Nr. 1; HUECK, O. H. G., págs. 53 y sigs. y derecho de sociedades, pág. 61.

(148) SIEBERT, M. D. R., 1952, pág. 289.

(149) SIMTIS, obra citada, págs. 159 y sigs.

(150) B. G. H. Z. 15, pág. 190; también B. G. H. Z. 3, pág. 285 y 8, pág. 157.

(151) FISCHER, L. M., § 105, H. G. B.

3. La doctrina.

La doctrina llega en lo sustancial e idénticas conclusiones. Se encuentran, sin embargo, en la fundamentación esenciales diferencias, que resultan de las desviaciones más o menos pronunciadas del presupuesto del contrato que, como base de la sociedad, establece el B. G. B., y también de las distintas concepciones sobre la esencia del contrato social (152). El defecto en la base del contrato llevó a buscar el fundamento de la sociedad en otros campos.

a) *Declaración de voluntad jurídico-social.*

Las teorías que parten de la aceptación de una declaración de voluntad jurídico-social resuelven el problema, estimando inaplicables las disposiciones del B. G. B., referentes a las causas de nulidad y vicios de la voluntad, supuesto que el punto de partida de la regulación legal lo constituye el principio individual de declaración de voluntad, no el social, de forma que muchas de las prescripciones del B. G. B. sobre el negocio jurídico y el contrato no pueden tener cabida en el campo social del Derecho (153).

b) *Sociedad de hecho.*

La teoría de la sociedad de hecho como una relación contractual de hecho (154) destaca, sobre todo, la importancia de la *participación* societaria de los interesados, donde ve el origen de la sociedad viciada. De una parte, se estima que el contrato defectuoso es ineficaz, según las rígidas normas del B. G. B., para en-

(152) Véase visión crítica de conjunto sobre las concepciones en la doctrina de SIMIRIS, obra citada, págs. 184 y sigs.

(153) Así la teoría que fundamenta O. v. GIERKE sobre el «acto jurídico social constitutivo», en *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, 1887, págs. 132 y sigs.; «la esencia de los pactos humanos», 1902, págs. 16 y sigs. Esta teoría fue desarrollada por RUTH, Z. H. R. 88, pág. 454 y sigs.; A. C. P., 146, págs. 306 y sigs.; J. W., 1933, págs. 2221 y sigs., y 1934, pág. 2.106 y sigs. Véase, también, la teoría de O. v. GIERKE el «principio reforzado de publicidad», en *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, 8.^a edición, 1958, págs. 170 y sigs., 190 y sigs. y 285 y sigs.

(154) Sobre todo, HAUPT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, págs. 16 y sigs.; HAUPT, *Gesellschaftsrecht*, 3.^a edición, 1944, págs. 24 y sigs.; HAUPT, Z. A. K. D. R. 1943, págs. 238 y sigs.; SIEBERT, *Die faktische Gesellschaft*, en la revista «Homenaje a Hedemann», 1938, págs. 266 y sigs.; SCHUMANN, D. R. 1943, págs. 265 y sigs., 1.193 y sigs.; SCHUMANN se sumó posteriormente a la nueva teoría de la limitación de la nulidad, tomo 1, 1953, págs. 220 y sigs. de su «Handelsrecht»; *Der Jurist*, 1953, pág. 209 y sigs.

gendar derechos y obligaciones en los partícipes, para constituirlos en socios; de otra parte, está ampliamente reconocido que la relación de sociedad debe entenderse existente desde el momento mismo de la participación; de todo lo cual se deduce que para una relación societaria habría de ser fundamental y suficiente el hecho de la participación. De esta forma, sobre todo según la teoría de HAUPT, se convierte la participación, de elemento puramente secundario, del que derivan determinadas consecuencias jurídicas, en base exclusiva, en presupuesto esencial, de la sociedad. Contrato y participación pueden situarse en planos valorativamente iguales y paralelos; la participación no es ya la simple expresión del contrato, sino que tiene que concebirse y considerarse por el Ordenamiento jurídico como autónoma e independiente.

c) *Restricción de la nulidad.*

En contraposición con la anterior teoría, la de las limitaciones de la nulidad sigue partiendo de las disposiciones del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad, si bien procura ponerlas en consonancia con las particularidades de la relación de sociedad consumada (155). Eleva a criterio decisivo el eventual estado de intereses. No puede darse una solución única o invariable al problema de la aplicabilidad de las prescripciones legales; puede ser distinta para cada supuesto concreto a considerar. Para determinar si se da o no una restrictiva aplicación de las normas legales y cómo habría que configurar tal restricción, será decisivo ponderar, de una parte, las consecuencias del contrato viciado de sociedad y, de otra, las de su efectiva puesta en marcha. Con ello han de tenerse siempre en

(155) Véase HUECK, en relación con la teoría de las limitaciones de la nulidad, O. H. G., págs. 44 y sigs., *Gesellschaftsrecht*, págs. 28, 59 y sigs., 121 y sigs., A. C. P. 149, págs. 1 y sigs.; BEITZKE, *Nichtigkeit, Aufloesung und Umgestaltung bei Dauerrechtsverhaeltnissen*, 1948; ERMAN, *Personalgesellschaften aus mangelhafter Vertragsgrundlage*, 1947; LODEDANZ, *Der Einfluss von Willensmangeln auf Gruendungs- und Beitritts-geschaefte*, ROETOCK, 1938; RULAND, *Das Innenverhaeltnis der nichtigen O. H. G.*, MUENCHEN, 1941; HAUPT-REINHARDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a edición, 1952, págs. 70 y sigs.; *Schlegelberger-Gessler*, págs. 61 y sigs. al § 105, H. G. B.

Debe tenerse en cuenta que los redactores del B. G. B. pensaron, en primer lugar, en la anulación de los negocios jurídicos, pendientes aún de ejecución total. El caso del negocio ejecutado, y a pesar de ello susceptible de anulación, lo estimaron tan poco frecuente, que no consideraron necesario tenerlo en cuenta (protocolo 223). COING (STAUDINGER-COING, § 116, B. G. B.) saca de ello la consecuencia de que las disposiciones de los §§ 119 y sigs. del B. G. B. no se refieren a esos casos, como tampoco a la sociedad totalmente ejecutada.

cuenta, al lado de la concreta situación de intereses, la razón de ser de las normas legales de que se trate.

ERMAN (156) ofrece una consideración sistemático-jurídica más sólida. Acentúa la significación funcional de las normas legales como expresión de la función ordenadora y de justicia del Derecho. La problemática de la sociedad de hecho sólo encontrará solución satisfactoria cuando las prescripciones legales, al ser aplicadas a la sociedad de hecho, cumplan aquella función ordenadora y de justicia. Llega así ERMAN a la conclusión de que, por lo que respecta a la función ordenadora, fallan completamente las disposiciones relativas a los vicios de voluntad en su aplicación a la sociedad, lo que debe reconducirse a la imposibilidad de prescindir de la confusión de relaciones dinerarias producida por la actuación de los partícipes. Pero tampoco se cubriría la función de justicia, de aceptarse una nulidad con efectos retroactivos. De ahí que por vía de interpretación restrictiva deba limitarse la aplicación de las disposiciones legales; esta limitación facilitará al Derecho el cumplimiento de su función (157).

III

PROGRESIVA PROTECCIÓN AL MANTENIMIENTO DE RELACIONES DURADERAS PERSONALES.

1. *Necesidad de un criterio ordenador para la armonización de intereses.*

La precedente ojeada de conjunto sobre la doctrina y jurisprudencia dominantes respecto a la sociedad de hecho podría hacer pensar que es innecesaria cualquier otra fundamentación sistemático-jurídica para su reconocimiento legal. La teoría de las restricciones a la nulidad juntamente con su vinculación a situaciones ciertas y jurídicas, desde el punto de vista de la armonización de intereses, proporciona una posibilidad de solución útil en la práctica. La armonización de intereses abogará siempre, desde el punto

(156) *Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage*, 1947, págs. 53 y sigs.

(157) *Personalgesellschaften*, págs. 59 y sigs.

de vista de la función ordenadora y de justificación del Derecho, en favor del mantenimiento en Derecho de una sociedad con base contractual deficiente. Pero con ello nada se ha dicho aún sobre el principio material que pueda fundamentar esta armonización. Ya hemos indicado más arriba que a tales fines son insuficientes las dificultades de orden práctico que ofrece una liquidación retroactiva. Tampoco constituye por sí sola una fundamentación dogmático-jurídica la referencia a una prevalencia de los intereses de los socios en el mantenimiento de la sociedad, cuando como ocurre en el caso de SIMRIS (158) falta la prueba de que, en este conflicto de intereses, el Ordenamiento jurídico dé valor preferente a los intereses que postulan el mantenimiento de la sociedad sobre aquellos otros del socio que postula la nulidad o anulabilidad. La armonización de intereses que no venga determinada claramente por concretos *criterios ordenadores del legislador* no resiste una comprobación crítica y metódica. De ahí que pretendamos desarrollar el punto de partida para la fundamentación sistemático-jurídica de una sociedad pese a su base contractual deficiente.

2. Puntos de partida desde la regulación legal de las relaciones duraderas.

Una fundamentación sistemático-jurídica ha de partir necesariamente de la característica, que reiteran tanto la doctrina como la jurisprudencia, de la efectuación comunitaria de la "sociedad de hecho" que se prolonga durante un determinado periodo de tiempo. La sociedad se ha realizado, es decir, los socios han iniciado una actividad común, han concluido y desarrollado negocios jurídicos, ejecutando los fines de la sociedad, reunido un capital y logrado para éste plusvalías, a la par que enajenados bienes; han creado en una actividad común una empresa societaria ordenada a una finalidad específica y constituida por una pluralidad de relaciones jurídicas (159).

(158) SIMRIS, obra citada, págs. 107 y sigs., 261 y sigs.

(159) Respecto a la importancia de la comunidad de trabajo de los socios, creadora de valor, véase, sobre todo, B. G. H. Z., 8, pág. 157; SIEBERT, N. J. W., 1953, págs. 806. También SIEPERT, en «Homenaje a Hedemann», págs. 266 y sigs. La base jurídica de toda sociedad (que gestiona una «empresa» en sentido amplio) está en la unidad jurídica de la empresa creada por el trabajo en común de los partícipes, que crea el organismo sociedad. Hoy cabe poner el valor decisivo en la *colaboración personal*. Bajo el apartado d) se conside-

Si nos preguntamos cómo deben conceptuarse en Derecho estas apariencias efectivas y ciertas, nos encontramos con que se trata de una *relación obligacional duradera*, como primer punto de partida adecuado para una fundamentación dogmático-jurídica general de la sociedad de hecho.

a) *Carácter especial de la relación obligacional duradera.*

Esta categoría de relación obligacional duradera es extraña al Código civil; estas relaciones han ido adquiriendo su propia regulación, eventualmente, dentro del apartado de «Relaciones obligacionales singulares»; por ejemplo, arrendamiento, contrato de servicios, sociedad, sin que se establecieran disposiciones comunes a ellas.

Por el contrario, la doctrina hace tiempo que se viene ocupando de sus particularidades, sobre todo, de la especialidad de su disolución. Ya KOHLER quiso excluir la anulabilidad (160). Básico para una dogmática especial sobre las mismas fue el estudio de O. v. GIERKE (161). Destacó con acierto que estas relaciones no sólo son medios para el intercambio de bienes, sino que representan negocios de la organización social y provocan relaciones de poder independientes; aun cuando el contrato de sociedad estuviera en la base del derecho de obligaciones, la relación societaria por el mismo constituida se desligaría de dicha base, para hallar su verdadero encaje en el derecho de la persona; este autor ha acentuado especialmente el *elemento personal* de toda relación obligacional duradera; como característica dogmática de la misma ha señalado que la denuncia es el medio fundamental de disolución.

GSCHNITZER declara que la denuncia es el único medio de disolución de estas relaciones, y excluye la anulabilidad y la rescisión (162).

También MOLITOR se ha ocupado con intensidad del instituto jurídico de la denuncia, en particular, desde el punto de vista de

ran cuestiones particulares en relación con la relación jurídica en derecho personal.

(160) KOHLER, *Lehrbuch des Buergerl. Rechts*, tomo II 1, 1906, § 98 y § 134 III.

(161) Relaciones obligacionales duraderas, *Jherings Jb.*, tomo 64, pág. 355 y sigs.

(162) GSCHNITZER, *Die Kuendigung nach deutschem und oesterreichischem Recht*, *Jherings Jb.*, tomo 76, págs. 317 y sigs.

la contratación de trabajo y de servicios (163). La discusión acerca de la nulidad o anulabilidad de los contratos de trabajo llevó en el ámbito del Derecho laboral a soluciones exclusivas para el mismo (164). En el contrato de suministro sucesivo sustituye la denuncia a la resolución (165). Por razones de importancia, esta posibilidad de denuncia fue extendiéndose cada vez más a otras relaciones duraderas, de conformidad con los párrafos 626, 723 del B. G. B.; 70, 77, 92, 133 y 161 del H. G. B.; 124a, 133b, del GEWO (166). Ulteriormente, ha estudiado BEITZKE las particularidades de las relaciones obligacionales duraderas, las posibilidades de rescisión y anulabilidad, así como su sustitución por la denuncia u otras posibles fórmulas de modificación (167).

b) *Anomalías en el cumplimiento de la relación obligacional duradera.*

En relación con los defectos en el cumplimiento del contrato, tanto la doctrina como la jurisprudencia excluyen en múltiples sentidos las relaciones duraderas, y en particular, las relaciones de sociedad, del Derecho general de obligaciones y contratos. No se aplican, por ejemplo, a las sociedades, disposiciones esenciales de la parte general del Derecho de obligaciones, sobre imposibilidad, demora, etc... La consideración del especial tratamiento que merece el contrato de sociedad en su ejecución, nos aclarará el que debe darse a los vicios en su conclusión.

El Derecho civil contiene una sólida sistemática sobre los vicios en la ejecución y disolución del contrato y sobre sus consecuencias.

Como anomalías en el cumplimiento se regulan la imposibilidad, la demora y la ejecución deficiente; sus consecuencias jurídicas son: la excepción por incumplimiento, la liberación de la

(163) MOLITOR, *Die Kuendigung*, 1.^a edición, 1935, 2.^a edición, 1951.

(164) NIKISCH, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhaeltnis*, 1941, pág. 13 y sigs.; el mismo autor *Arbeitsrecht*, 2.^a edición, tomo 1, 1955, pág. 133 y sigs.

(165) R. G. Z. 61, pág. 128; 65, pág. 37; 67, pág. 319; 97, pág. 133; 104, pág. 39; HUECK, *Der Sukzessivlieferungsvertrag*, 1917.

(166) Z. B., R. G. Z. 78, pág. 385; 94, pág. 235; 95, pág. 116; R. G., J. W. 1919, pág. 303; R. G. Z., 165, pág. 312. Una casuística completa de todos los supuestos de denuncia por motivo grave puede encontrarse en KRUECKMANN, A. C. P. 116, pág. 377 y sigs.

(167) BEITZKE, *Nichtigkeit, Aufloesung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhaeltnissen*, 1948.

obligación, la pérdida del derecho a exigir la contraprestación, el derecho a la indemnización por daños y la acción de resolución (168).

Sin embargo, estas consecuencias sufren ciertas alteraciones generales en el caso de relaciones jurídicas derivadas de una colaboración prolongada; en concreto, en el supuesto de la colaboración de socios comunitarios en base a un contrato de sociedad o entre empresario y trabajadores.

aa) En tal sentido, no cuadra al contrato de sociedad la *excepción por incumplimiento* (párag. 320 del B. G. B.). La razón de ser de este precepto, pensado para regular intereses individuales opuestos en relaciones de cambio, encuentra sólo aplicación muy limitada en las relaciones de sociedad, donde prevalecen causas e intereses comunes en las partes. En la relación laboral, por el contrario, hay en cierta medida siempre una situación de intereses opuestos, de modo que en algún caso es aplicable la excepción por incumplimiento.

bb) La *imposibilidad* sin culpa, que determina la liberación de la obligación en las relaciones jurídicas generales, tiene, dentro de la relación laboral, su limitación en la idea del riesgo de la empresa. En el Derecho de sociedades, no exonera de la obligación, la imposibilidad de lograr el objeto social; ello será, más bien, causa para la terminación legal de la sociedad (169); idea ésta que en mi opinión cuadra regularmente a todas las relaciones duraderas, el menos para todas aquellas de carácter personalista (170).

cc) En el caso de la mora y de la ejecución deficiente es sabido que juega, en el Derecho general de obligaciones, un importante papel la *rescisión*, en la medida en que el vicio eventual no haya sido compensado por vía de indemnización. El ejercicio de este derecho implica la desaparición de la relación contractual hasta en-

(168) ENNECCERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15, 1958, página 732; R. G., *Seuf Arch.*, 65, Nr. 440; R. G. Z. 54, pág. 125; 105, pág. 125; 106, pág. 87; 108, pág. 138.

(169) ENNECCERUS-LEHMANN, obra citada, pág. 305 y sigs., 753 y sigs.; R. G. Z., 164, pág. 129; R. G., J. W., 1938, pág. 1.522.

(170) B. G. H. Z. 10, págs. 187 y sigs., 189: En el caso de las relaciones obligacionales duraderas no se produce una imposibilidad pasajera, como puede ocurrir en las relaciones individuales, sino que ha de equipararse por su duración a una imposibilidad duradera.

tonces vigente y fundamenta obligaciones de restitución legal. El párrafo 346 del B. G. B. supone, pues, en cierto modo una anulación del contrato con eficacia retroactiva (171). Por el contrario, en el caso de la sociedad, una vez iniciada su actividad por los socios, en lugar del Derecho de rescisión se da el de inmediata denuncia del contrato, o de su disolución judicial (172). *La rescisión queda excluida por las prescripciones especiales sobre denuncia sin plazo*. Esta exclusión resulta patente, sobre todo, en razón a que la aplicación del derecho a apartarse del contrato y a resolverlo que se da incluso en casos de simple violación, dejaría sin efecto el rígido presupuesto de existencia "de una razón importante" que se requiere para que haya lugar a la terminación de la sociedad. En este sentido expone BEITZKE (173) que—mientras la denuncia ordinaria es indispensable para la limitación temporal de las relaciones duraderas—la extraordinaria tiene por objeto hacer valer los defectos en su desarrollo; reconoce que el derecho a la denuncia extraordinaria es mucho más restringido que el de resolución que procede en casos de simple violación. Los supuestos de violación intencional o culposa de obligaciones esenciales que prevé el párrafo 723 del B. G. B. ponen de manifiesto el rigor que el legislador quiere que se observe para estimar la existencia de un motivo importante para la denuncia y consiguiente disolución de la sociedad. En esta disposición legal queda patente la intención de proteger más intensamente la permanencia de una sociedad que la de una «sencilla» relación obligacional de tracto no sucesivo.

Este especial trato que se confiere a las relaciones de sociedad tampoco está en oposición con los intereses individuales de cada socio singular: los socios de una entidad personalista no coinciden, como ocurre con las partes de los negocios jurídicos en general, sólo de forma más o menos ocasional, transitoria o impersonal. Están informados, por ejemplo, sobre sus condiciones y solvencia personales e industriales. En su propio interés deben tomar esas

(171) ENNECERUS-LEHMANN, obra citada, págs. 165 y sigs.

(172) §§ 723, párr. 1, ap. 2, B. G. B., 133; H. G. B.; BEITZKE, obra citada, págs. 19 y sigs.; R. G. Z., 81, pág. 305; 112, pág. 283, 158, pág. 326; R. G., J. W., 1937, págs. 2.230 y 2.970; GSCHNITZER, obra citada; MOLITOR, obra citada, 18; HAUPT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, pág. 16; WIECKER, 29, pág. 31; «la denuncia desplaza la rescisión».

(173) BEITZKE, obra citada, pág. 31; sin embargo, sólo reconoce esta sustitución como adecuada para el caso general.

precauciones, con la consecuencia de que no podrán luego desvincularse por causa de cualquier pequeña divergencia o irregularidad, sino sólo por causa de graves violaciones del contrato (174).

Si se tiene en cuenta que el Tribunal del Reich señala expresamente que la denuncia extraordinaria entra en juego en lugar de la rescisión siempre que los socios hayan dado comienzo a sus operaciones y la sociedad esté efectivamente en marcha (175), resulta con ello evidente la realidad cierta que subyace a esta concepción: el Ordenamiento jurídico no tiene propósito ni motivo ninguno para dar a una relación obligacional tratamiento distinto del que es propio de todas las demás, si la función de continuidad y tracto sucesivo, que es la que determina la protección a su mantenimiento, ni siquiera ha surgido; si la relación aún no ha llegado a realizarse.

Sólo la relación duradera ya realizada, exige que se proteja su existencia, para la comunidad de trabajo creadora que la sociedad es; tal como quiere reconocerla el parágrafo 723 del B. G. B. Y ello porque en lo fundamenal el tratamiento debido a las relaciones duraderas defectuosas descansa también en la idea económico-jurídica de proteger lo creado y existente (176).

dd) Por tanto, es decisivo para la exclusión de la rescisión en favor de la denuncia extraordinaria por motivo grave o importante, sobre todo, en la relación de sociedad, el punto de vista de la *protección a la situación existente*. La común actividad de los socios despliega una eficacia que vincula sus relaciones jurídicas. De ahí que el comienzo de la actividad común sea determinante de si la relación de sociedad debe disolverse por rescisión con eficacia retroactiva bajo los presupuestos menos rígidos del Derecho general de obligaciones, o sólo puede serlo para el futuro, bajo los más severos presupuestos de la denuncia extraordinaria. Se muestra así en un doble aspecto la protección jurídica de la existencia en las relaciones de sociedad: De una parte, son los *presupuestos de la denuncia extraordinaria sustancialmente más estrictos que los requeridos para la rescisión*. En segundo término, la consecuencia de la denuncia extraordinaria por causa grave no elimina, en contra

(174) BEITZKE, obra citada, pág. 23.

(175) Nota 144.

(176) Véase en relación con esta cuestión la casuística que expone BEITZKE.

de lo que ocurre con la rescisión, la relación de sociedad, *ab initio*, lo que despedazaría en una multiplicidad de relaciones jurídicas desordenadas e independientes la empresa social, sino que produce la *terminación de la relación de sociedad sólo para el futuro* («ex-nunc»), manteniendo el pasado y dando lugar a su liquidación, ordenada según las normas generales.

Las normas legales sobre vicios en la liquidación por que ésta se rige, permiten concluir que en las relaciones duraderas, sobre todo, en las de sociedad, se da, frente al supuesto de las obligaciones simples, una protección más fuerte del estado de hecho existente; la norma de derecho positivo más importante es el párrafo 723 del B. G. B. Si esta norma se pone en relación con los demás principios que, elaborados por la ciencia y por la jurisprudencia, protegen más fuertemente el estado existencial de hecho, como es, por ejemplo, la exclusión de la protesta, entonces cabe hablar de un *principio de protección reforzada al estado de hecho existente*. Este principio se ha acreditado, en primer término, frente a las anomalías en el cumplimiento de las obligaciones en general. Su expresión más clara está en el axioma jurídico de que en las relaciones obligacionales duraderas el derecho de rescisión legal es sustituido por la denuncia (177).

c) *La regulación especial del párrafo 346, pár. 2 del B. G. B.*

Cabe aún preguntarse si se reconoce un principio de protección reforzada al estado de hecho existente, fuera del derecho sobre vicios en el cumplimiento, en el Derecho civil vigente. En mi opinión ha de valorarse como expresión de dicho principio, sobre todo, el párrafo 346, pár. 2 del B. G. B. sobre los efectos de la rescisión.

El legislador reconoce en el párrafo 346 del B. G. B., la posibilidad de una especial acción contra el contrato, si se concluyó con reserva expresa de un derecho a rescindirlo. Hasta aquí, esta resolución en base al párrafo 346 no tiene nada que ver con la que deriva por causa de incumplimiento; no viene determinada por Ley, sino en base a una estipulación del contrato que permite eliminar la relación contractual a lo largo de su vida. Pero también en este caso, lleva la resolución a una anulación que tiene eficacia retroactiva en el derecho obligacional. Los distintos efec-

(177) BEITZKE, obra citada, pág. 20.

tos se regulan en los párrafos 346 y siguientes del B. G. B., con lo que queda patente que se trata de una *lex specialis* frente a los párrafos 812 y siguientes del B. G. B.

Pero el legislador ha tenido que hacer una importante y característica excepción a su eficacia retroactiva; por los servicios prestados, así como por la transmisión y el uso de una cosa ha de abonarse su valor, o en el caso de que en el contrato figure estipulada una contraprestación, debe satisfacerse ésta (parág. 346, pár. 2 del B. G. B.). Esta disposición significa una *renuncia a la eficacia retroactiva*, ya que en la inmensa mayoría de los casos está convenida una contraprestación en dinero, de modo que la referencia al valor tiene tan sólo una importancia secundaria. Resumiendo, pueden determinarse los efectos de la rescisión en los siguientes términos: la de abonarse la contraprestación dineraria convenida por el servicio o la cesión del uso. Pero esto no supone una eficacia retroactiva, sino que con ello la resolución evidencia una eficacia «ex-nunc»; conduce a la derogación (terminación) del contrato, pero mantiene el contenido de las relaciones jurídicas en cuanto tal hasta su derogación.

El parentesco que hemos apuntado entre los párrafos 346 y siguientes y el 812 y siguientes del B. G. B. plantea la cuestión de si el párrafo 346 en su pár. 2.º no tendría que ser aplicado también al enriquecimiento. No podemos analizar aquí con detenimiento esta cuestión. Tampoco podemos entrar a considerar en qué medida posibilitan también el párrafo 812 y siguientes una cierta protección al estado de hecho existente. A ello corresponden quizá los efectos de la acción de enriquecimiento en relación con los negocios abstractos de disposición, y también la norma del párrafo 2.º del párrafo 818. Es frecuente la opinión de que el valor de lo adquirido se determina por el uso (tarifas).

d) *Normas sobre liquidación.*

Siguiendo el principio de la protección reforzada al estado de hecho existente, han de citarse las disposiciones legales sobre liquidación de la sociedad según el B. G. B. y también las referentes a la sociedad personalista mercantil. El estadio de liquidación de estas sociedades, en el interregno que va desde su disolución a su terminación, muestra que el legislador sólo ha estimado ade-

cuada y posible una *liquidación* «ex-nunc», no una inmediata *terminación* «ex-nunc». Esta liquidación es, como la denuncia, la consecuencia invariable del carácter duradero de la sociedad, puesto que la actividad común de los socios en su dimensión temporal requiere necesariamente de una regulación especial. La razón de ser de la liquidación estriba—junto con el cumplimiento del contrato de sociedad (178)—en la efectiva liquidación de la empresa: todas las relaciones jurídicas pendientes se liquidan y concluyen, se retiran los encargos, pagan las deudas, se reparte en su caso el saldo que pueda haber entre los socios y, con todo ello, se elimina la organización total de bienes y derechos que el fin de la sociedad había creado (179).

3. *La protección al estado de hecho existente frente a los vicios en la constitución.*

Nuestro análisis demuestra que las relaciones obligacionales duraderas gozan en ciertos aspectos dentro de la normativa legal de una protección al estado de hecho existente considerablemente más fuerte que la que caracteriza a las obligaciones simples. A mi juicio esto supone que hemos llegado al punto de partida decisivo para resolver el problema de la sociedad de hecho en el derecho vigente. Sólo resta ya por preguntarse, bajo qué presupuestos y en qué medida puede hacerse valer también la protección reforzada al estado de hecho existente frente a las causas de nulidad y anulabilidad del Derecho general de los contratos.

A tales fines hemos de partir del hecho de que se da una situación jurídica muy similar entre la sociedad que adolece de vicios en su fundación y aquella otra que los padece a lo largo de su ejecución. Esta similitud justifica, desde un punto de vista sistemático-jurídico, que los principios del Ordenamiento jurídico sobre *exclusión de la retroacción en las relaciones obligacionales duraderas*, sobre todo en la sociedad, y su sustitución por la denuncia por causa grave, sean de aplicación análogamente también a los *vicios en la fundación de la sociedad*.

(178) Véase BEITZKE respecto a cumplimiento, denuncia y expiración del plazo, págs. 19 y sigs.; O. v. GIERKE, *Jherings Jb.*, tomo 64, págs. 363 y sigs.; ECKSTEIN, OERTMANN y GSCHNITZER.

(179) LARENZ, *Schuldrecht*, tomo II, parte 2, págs. 247 y sigs., desarrolla esta forma de disolución de la sociedad como la única útil para la terminación de la sociedad de hecho.

Carece de real importancia, a este respecto, que en un caso el defecto se encuentre en la base del contrato, y, en el otro, en su ejecución. Decisiva es más bien la gran semejanza entre ambos casos, que radica en qué se está, en cualquiera de ellos, en presencia de una sociedad en marcha, la que para el legislador debe gozar de una más fuerte protección de ese estado de hecho. De la misma forma que no cuadran a una sociedad en marcha, con defectos en su ejecución, las disposiciones sobre rescisión con efectos retroactivos, tampoco cuadran tales disposiciones o las generales concordantes de los parágrafos 812 y siguientes del B. G. B. a la sociedad en marcha que adolece de vicios en su base contractual. Sobre todo, los parágrafos 812 y siguientes del B. G. B., al igual que la excepción por incumplimiento, están previstos para relaciones jurídicas en que ha habido un intercambio recíproco de prestaciones individuales, de tal forma que la prestación del uno recayó directamente sobre el otro. En cambio, los socios aportaron sus prestaciones al capital social, hicieron pagos con el mismo y recibieron otros para él, constituyendo también deudas en su nombre; lograron asimismo beneficios por su actividad en común, que han incrementado aquel activo. Con acierto ha destacado O. V. GIERKE (180) que las relaciones obligacionales duraderas no sólo son medio para un intercambio de bienes, sino que dan vida a relaciones de poder independientes y representan negocios de la organización social (181). Aunque el legislador no haya tenido expresamente en cuenta que los parágrafos 812 y siguientes del B. G. B. no cuadran a la sociedad nula o anulable, sin embargo, desde el punto de vista de la regulación de la rescisión, podemos establecer por *vía analógica* una corrección a la Ley mediante una *interpretación restrictiva*.

De ahí que, también para la sociedad con defecto en la base del contrato, se acredite como absolutamente correcto desde el punto de vista sistemático-jurídico, el prescindir de la nulidad inicial y de la eficacia retroactiva de la anulabilidad, con el resultado de

(180) *Jherings Jb.*, 64, pág. 406.

(181) Desde O. v. GIERKE se viene destacando reiteradamente el elemento personal de las relaciones obligatorias duraderas.

(182) Los redactores de las normas del B. G. B. sobre anulabilidad pensaban en realidad en la anulabilidad de los negocios jurídicos no ejecutados.

que los vicios en la base contractual sólo determinan la inmediata disolución de la relación duradera, es decir, la terminación «*ex-nunc*» y la consiguiente liquidación (182).

IV

DOGMÁTICA DE LA SOCIEDAD «DE HECHO»

Cuando se pretende desarrollar, sobre la base sistemático-jurídica expuesta, una dogmática de la sociedad que adolece de vicios en el contrato que la fundamenta, es necesario partir de la diferencia apuntada que existe entre sociedad ya en marcha y realizada y la que no lo está. Sólo para la primera, es decir, la que ha llegado a ser relación de sociedad, es válido el axioma de que ni la nulidad ni la anulabilidad del contrato de sociedad determinan con eficacia retroactiva la no existencia del estado de hecho constituido; por el contrario, rige la regla de que en tal supuesto existe una relación de sociedad plenamente eficaz en derecho y válida, hasta el momento en que, para en lo sucesivo, se disuelve por denuncia o sentencia judicial.

1. *Eficacia jurídica de la sociedad de hecho.*

La situación legal hasta la denuncia o, en su caso, hasta la firmeza de la sentencia que ordena la disolución, es objeto, sin embargo, de juicios muy dispares.

a) Para LARENZ (183), se reduce la cuestión de la sociedad de hecho a un *puro problema de liquidación*, que deriva de la inadecuación objetiva de los párrafs. 812 y siguientes del B. G. B. Como sólo una liquidación conforme al derecho de sociedades es adecuada, se *subordina* la validez de la sociedad, a los fines de la liquidación, hasta que ésta se concluye. Esta concepción destaca demasiado unilateralmente el problema de la liquidación. La simple ficción de validez de la relación de sociedad parece también poco satisfactoria, porque no proporciona ninguna medida clara para

o. (183) *Schuldrecht*, tomo II, parte 2, págs. 247 y sigs.

resolver los distintos problemas que hasta su liquidación plantea la relación de sociedad. Si no se parte de la eficacia fundamental de la sociedad, hasta que se liquide, faltarán asimismo los puntos de apoyo esenciales para realizar legalmente la liquidación, pues ésta es tan solo una continuación de la relación de sociedad, si bien con finalidad propia.

Cualquier otra interpretación patentizaria aún con mayor fuerza la *ineficacia radical* del contrato de sociedad. Los efectos que por razón del contrato falten, deben ser sustituidos parcialmente por una relación jurídica legal, que elimine pretensiones varias, como el venir contra *factum proprium*, la culpa extracontractual, la gestión sin poder, la acción de enriquecimiento, el dolo (184). Sin embargo, debe ponerse muy en duda que este método de llenar el vacío contractual con obligaciones legales sea suficiente desde un punto de vista sistemático y práctico.

b) Hay que reconocer que a menudo se exponen confusamente en la doctrina y en la jurisprudencia las consecuencias de la nulidad y de la anulabilidad. La nulidad del contrato significa tan sólo que los efectos que las partes quisieron, como contenido específico del mismo, no tienen lugar. Pero esto no excluye que puedan surgir por otros caminos—la gestión sin poder, la culpa *in contrahendo*, el enriquecimiento sin causa—consecuencias jurídicas, con cuya ayuda puede aminorarse, en sus efectos, la conclusión fallida del contrato. Por esta vía cabe sentar algunas conclusiones de la efectiva puesta en marcha de una sociedad, también en el caso de un contrato nulo o inválido, por supuesto, partiendo de los párrafos 741 y siguientes del B. G. B.; y cuyas conclusiones evitarán las peores consecuencias de la nulidad.

Sin embargo, todos estos intentos son insuficientes, desde el punto de vista del método jurídico, para la validez del principio del mantenimiento reforzado de las relaciones duraderas fundadas en una colaboración creadora de valor, y que hemos desarrollado como derecho vigente. Este principio no puede lograrse, ni por la nulidad, ni en relación con aquellas otras figuras que aminoran sus consecuencias legales. Aun cuando las modificaciones y correcciones

(184) DOELLE; BEITZKE, obra citada, pág. 15, se inclina, en general, por la misma interpretación para las relaciones duraderas, respecto a las de sociedad llega, coincidiendo con HUECK, a otros resultados.

fueran tan abundantes que pudiera hablarse de una *transformación* de la relación duradera, a pesar de ello, la suma de deberes legales de auxilio o equilibrio, no determinaría, práctica ni teóricamente, el mantenimiento de la relación de sociedad. Precisamente las cuestiones capitales en la posición jurídica de los socios—la configuración de sus derechos de voz y voto, de participación en beneficios, de gestión y representación—no pueden ser resueltas correctamente con la ayuda de los principios de la gestión sin poder, comunidad, etc., ni siquiera con el del enriquecimiento sin causa, como se requeriría si no se considera inaceptable la nulidad radical de la sociedad. *En tanto se esté de acuerdo, en que una nulidad radical contradice la finalidad de la Ley y de los fundamentos jurídicos de la relación duradera, no puede, a mi juicio, llevarse adelante esta idea fundamental, si no es previo reconocimiento expreso del necesario mantenimiento de la relación de sociedad.*

Tampoco la concepción de LARENZ hace justicia al mantenimiento reforzado de las relaciones duraderas. No se trata tan sólo de lograr que resulten aplicables las normas sobre liquidación. Si en definitiva se acepta en el sentido expuesto la especialidad de las relaciones duraderas, una concepción que se limite con carácter exclusivo a la idea de la liquidación queda excesivamente estrecha.

En el fondo, de lo que realmente se trata en toda esa divergencia de opiniones, es de la valoración jurídica que merece la fuerza propia de la colaboración social y que inicialmente sólo se consideró en su aspecto sociológico. Depende de la concepción fundamental sobre la función de nuestro Ordenamiento jurídico, el que esa fuerza propia del órgano existente pueda ser reconocida como un estado de hecho con trascendencia jurídica. Para evitar cualquier equivoco importa destacar que los resultados apuntados no vienen justificados exclusivamente por una actuación *de facto*. La función del derecho, de *valoración* de hechos, permanece intacta. El punto de partida metódico no es el hecho, sino su valoración jurídica. Sobre esta base es evidente que frente al mantenimiento de la sociedad en marcha no quedan excluidos, como causa de nulidad o anulabilidad a tenor de las prescripciones del B. G. B., todos los posibles defectos en la conclusión del contrato (185).

(185) ESSER, A. C. P. 157, págs. 93, 94.

Por lo contrario, permanecen plenamente eficaces como tales vicios de nulidad o anulabilidad frente al mantenimiento reforzado, aquellos a los que los principios de valor de nuestro Derecho confieren singular peso específico. Hay casos en que es más débil el principio del mantenimiento reforzado que el vicio en la conclusión del contrato. Pero, en general es válido el principio de que, en el caso de una sociedad en marcha, *pese a su falta de base contractual, se mantiene plena y absolutamente eficaz hasta su disolución de relación de sociedad, con todas las obligaciones y derechos que le son inherentes* (186).

c) La importancia práctica de la diversidad de opinión respecto de la situación jurídica de la sociedad de hecho hasta su disolución quedará patente a través de unos ejemplos. Durante la vida de la sociedad de hecho, un socio infringió el deber de fidelidad en términos que estarían comprendidos en los parágrafos 112 y 113 del H. G. B., de tratarse de un contrato de sociedad válido; aparte de ello incurrió en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones sociales; tampoco desembolsó en tiempo oportuno las cantidades a que venía obligado.

En la concepción de LARENZ (187), todos estos incumplimientos u omisiones, sólo podrían tener relevancia jurídica a base de conferir *simuladamente*, desde el punto de vista de la liquidación, validez contractual a la obligación correspondiente. Esto podría afirmarse en todo caso para la obligación de desembolso. Pero evidentemente que la finalidad liquidatoria no exige que las obligaciones de fidelidad social hayan de simularse, como si se tratara de un contrato válido. De ahí que esos supuestos de incumplimientos pueda abarcarlos LARENZ, sólo con la ayuda del Derecho penal. Desde un punto de vista sistemático, esto no es satisfactorio; pero tampoco resulta suficiente en la práctica, porque el daño patrimonial por negligencia no cae bajo el apartado 1 del parágrafo 823.

LARENZ opina incluso que la acción de un socio contra otro para el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato de sociedad nulo según los principios generales, ha de ser rechazado tan pronto resulte la nulidad, sin que se precise de un acto confor-

(186) HUECK, obra citada; ERMAN, pág. 57; BEITZKE, pág. 63 y la resolución antes citada del R. G. y del B. G. H.

(187) *Schuldrecht*, II, § 56, pág. 247.

mador, como puede ser la denuncia o una sentencia disolutoria (parágrafo 133 del H. B. G.), para eliminar la base de la pretensión. Distinto sería que, a los *finés de la liquidación*, se *supusiera* figuradamente haberse dado una relación de sociedad válida hasta el momento de hacerse valer la nulidad. Por consiguiente, la ficción de una relación social válida a los fines de la liquidación no basta para que puedan imponerse judicialmente las obligaciones sociales figuradas, cuando el socio excepciona la nulidad—sin previa denuncia o disolución de la sociedad (188).

En mi opinión, hasta la disolución formal, el socio está, por el contrario, esencialmente vinculado a todas las obligaciones que derivan de la relación de sociedad. En los ejemplos expuestos, vendrá obligado al consiguiente resarcimiento de los daños por incumplimiento de los deberes de fidelidad a tenor de los párrafos 112, 113 del H. G. B. y, por negligencia, en general, a tenor de los párrafos 280, 286 y 276 del B. G. B.; deberá pagar su aportación y, en su caso, responder por la demora conforme al parágrafo 286 del B. G. B. Cada socio individual sólo podrá hacer valer el vicio en la conclusión del contrato, solicitando la disolución. Pero esta disolución dejaría intactos sus deberes de fidelidad hasta ese momento; su obligación de completar la aportación debida podría, eso sí, venir compensada con la concurrente disminución de su haber en la liquidación.

2. *Ineficacia de toda la relación de sociedad o de algunas de sus partes, en casos excepcionales.*

Como ya hubimos de apuntar más arriba, hay que hacer ciertas excepciones al principio de la plena eficacia de la sociedad de hecho y, en particular, en los casos siguientes:

(188) LARENZ. obra citada, añade: «Al menos debería ello ver válido para las sociedades del B. G. B.». Sin embargo, las sociedades regulares del B. G. B. deben recibir idéntico trato que las personalistas del Derecho Mercantil, pues un tratamiento distinto sólo se justificaría a lo sumo en relación con su eficacia externa. Este punto de vista no es aquí decisivo; por tanto, todos estos casos habrían de ser enjuiciados según la ordenación de la relación de sociedad construida en virtud de la plena ejecución de un contrato viciado, en la medida que no constituya precisamente la razón misma de nulidad o anulación. FISCHER. N. J. W., 1955, pág. 850 y N. J. W., 1958, pág. 969. Es evidente que no pueden equipararse a las sociedades personalistas del H. G. B. las meramente ocasionales por plazo breve del B. G. B. Sobre sociedades internas véase más arriba.

1. Sin un contrato de sociedad—aunque sea nulo o anulable—no puede surgir una sociedad de hecho.

2. El principio del mantenimiento reforzado debe ceder cuando el contrato choca con las buenas costumbres o contra prohibiciones absolutas de orden público. La sociedad es nula (parágrafo 134, 138 del B. G. B.).

3. Aquellas partes viciadas del contrato que precisamente fundamenten su impugnabilidad, pueden ser singularmente nulas o anulables.

4. También pueden ser nulas aquellas partes del contrato, en cuya ineficacia tenga un socio un interés especialmente digno de protección.

Estudiaremos a continuación con más detenimiento los casos de ineficacia apuntados.

a) Para el nacimiento de una sociedad de hecho es decisivo que se dé un *contrato de sociedad*—aunque sea viciado—. El Tribunal federal tiene establecido que siempre ha de partirse de la necesidad de una base contractual en la relación de sociedad (189).

El supuesto que contemplaba la citada resolución fue el siguiente: Un «socio de hecho» accionó la separación. Las partes habían proyectado fundar una sociedad mercantil pública; no se había llegado a formalizar el contrato escrito de sociedad, ni la inscripción registral. Pese a ello, habían iniciado los partícipes su actividad común, una construcción; aceptaron un encargo de construir y dieron comienzo a los trabajos. El Tribunal de instancia estimó que si bien la sociedad proyectada no había llegado siquiera a fundarse, sin embargo, había surgido una sociedad de hecho como consecuencia de su actuación, pese a la falta de base contractual.

En contra de ello, establece el Tribunal federal que sólo puede hablarse de una sociedad de hecho cuando se está en presencia de un contrato de sociedad, que, por razones legales, sea nulo o anulable. También la sociedad de hecho, como cualquier sociedad, presupone un contrato de sociedad, apoyado en la efectiva voluntad de las partes contratantes, por más que aquélla resulte ser

(189) B. G. H. Z. 11, pág. 190; también, B. G. H. Z. 3, págs. 285 y 8, pág. 157, O. L. G.; FREIBURG, de 7-11-46, B. B., 1958, pág. 645, Russ.

legalmente defectuosa. Una comunidad efectiva que carezca de cualesquiera acuerdo contractual no es bastante para estimarla como sociedad de hecho. Con acierto justifica, al propio tiempo, el Tribunal federal la aplicación de los principios del negocio jurídico, al valorar que de la conducta de las partes pueda deducirse la conclusión tácita de un contrato de sociedad provisional. No el mero estado de hecho creado de modo cierto y efectivo, sino sólo el acuerdo social querido, justifica la aplicación de las reglas legales del derecho de sociedades (190).

En mi opinión no es lícito deducir de esta resolución ni de otras parecidas que toda la problemática estriba en si basta la actuación común para que se dé la sociedad de hecho, o, en si debe haber contrato de sociedad, si bien viciado. Es inconcebible una actuación común de los socios sin la correspondiente voluntad de los partícipes, por más que ésta sea defectuosa desde el punto de vista del Derecho (191). En este sentido, toda actuación común encierra siempre una coincidencia de voluntades. Así, por ejemplo, el disentimiento se referirá siempre a determinadas condiciones de la colaboración, pero nunca puede serlo al trabajo en común, en cuanto tal.

b) La sociedad de hecho no puede reconocerse en todos los casos en que se dé un acuerdo social querido, porque el peso específico de una norma de nulidad que lo contradiga puede ser tan fuerte que queda excluido el reconocimiento jurídico de la actuación común de los partícipes. El Tribunal federal ha dado expresión a este pensamiento bajo la fórmula de que no puede reconocerse la sociedad de hecho cuando el *reconocimiento jurídico del estado efectivo existente pudiera estar en contradicción con graves intereses de la comunidad o de personas individuales dignas de*

(190) En el mismo sentido FISCHER, N. J. W., 1955, págs. 849 y sigs., que se ocupa de las eventuales dificultades de delimitación en el caso de disenso público. En contra, SIMITIS, obra citada, págs. 160 y sigs., que difiere sólo respecto a la eficacia real de la común actividad de varios y correspondiente «voluntad efectiva». No obstante, en esta voluntad efectiva podrá apreciarse regularmente un contrato de sociedad tácito e informal.

(191) Significativamente deja O. L. G., FREIBURG, planteada esta cuestión. De ahí que esta resolución no sea ejemplo de que deba admitirse por razones de necesidad una sociedad de hecho sin contrato, como afirma RUSS, B. B., 1958, pág. 646.

protección (192). Ejemplo de este principio es el *choque con una Ley prohibitiva*. Según la doctrina del Tribunal federal no puede tomarse en cuenta la situación de hecho creada, en el caso de infracción consciente y querida de una prohibición legal, porque tal reconocimiento estaría en absoluta contradicción con el sentido y finalidad de la Ley prohibitiva y, por ello, con el Ordenamiento jurídico (193). En este caso, los intereses trascendentales de la comunidad que la norma pone de manifiesto, reivindican la primacía sobre los de los partícipes en el reconocimiento de la situación creada.

Todavía cabe preguntarse si lo decisivo es el *elemento subjetivo* del choque consciente y querido o decididamente el hecho objetivo de chocar con la disposición, cuyo alcance deriva de la propia importancia de la misma (194).

En el caso resuelto por el Tribunal federal, los partícipes no eran conscientes del alcance de su conducta, sino que creían moverse dentro del marco del Ordenamiento jurídico. Es posible que objetivamente contaran incluso con una autorización provisional y eficaz en Derecho, de la autoridad. FISCHER (195) opina que no surgirían intereses protegibles de la comunidad en contradicción con el acuerdo común, si los partícipes proceden a su disolución en el momento mismo en que tienen conocimiento de la contradicción legal. Esta concepción puede ser acertada para un caso concreto, pero indudablemente no puede generalizarse. Los graves intereses de la comunidad o de personas individuales que merecen protección, y el mantenimiento de una prohibición legal y de sus consecuencias sobre nulidad (parágrafo 134 del B. G. B.), son absoluta-

(192) B. G. H. Z. 3, pág. 288; ESSER, A. C. P. 157, págs. 91 y sigs.; *Abwägen der konkreten Schutzaufgaben des Nichtigkeitsgrundes mit dem Schutzinteresse an der Anerkennung des de facto-Verhältnisses*

(193) B. G. H., 11-4-51, II, Z. R., 9/50; FISCHER, N. J. W., 1955, pág. 850 y N. J. W., 1958, pág. 969. En contra, BUCHWALD, GmbH-Rdsch., 1954, pág. 148, porque no compete al Derecho civil sancionar la infracción legal con el no reconocimiento del estado o situación constituidos. Esta opinión contradice los §§ 134 y 138 en términos absolutos y desconoce la conexión con el ordenamiento jurídico en general, que no permite que una misma conducta se estime ilegal en un determinado campo del derecho y se sancione y, en cambio, en otro distinto, pueda entenderse conforme a derecho, respetada y protegida. BEITZKE, obra citada, pág. 63.

(194) B. G. H., L. M., Nr. 8. § 105, H. G. B.; FISCHER, N. J. W., 1955, págs. 850 y sigs.

(195) N. J. W., 1955, pág. 850.

mente independientes de que se contradiga con plena conciencia y volición subjetiva el precepto (196). De otra parte, no puede olvidarse que la acción contraria a una norma prohibitiva puede ser especialmente insoportable para la comunidad o para la persona individual, de modo que en el caso concreto puede este elemento subjetivo conferir a la contradicción legal objetiva tal trascendencia que tenga como consecuencia inexcusable la nulidad de la sociedad. En todo caso será siempre punto de partida decisivo, la *finalidad* de la norma prohibitiva, según expresa con toda claridad el propio párrafo 134 del B. G. B.

c) Los intereses dignos de protección de un socio pueden determinar que *la base contractual de una sociedad de hecho se reconozca sólo en parte como plenamente eficaz*; en esa medida, debe ceder la protección al estado de hecho, ante el interés individual (197). Esta cuestión cobra importancia práctica al enjuiciar los derechos y deberes de los socios durante la vida de la sociedad y a la hora del reparto procedente a su disolución. Juega entonces un papel especial la necesidad de proteger al *menor de edad* y en general, al que tiene limitada su capacidad (198).

Del principio establecido de que sólo a través de la denuncia, en su caso, de la acción de disolución, puede solicitarse la eliminación de una sociedad que haya llegado a ponerse en marcha, no se deriva necesariamente que hasta la eficacia de aquella denuncia o sentencia disolutoria deba seguir completando cada socio todos los deberes convenidos en el contrato de sociedad y que puede hacer valer todos los derechos que le corresponderían de haber sido válido (199). Con esta limitación no se elimina retroactivamente, desde un punto de vista de sistemática jurídica, la relación de sociedad, sino que se restringe y modifica tan sólo respecto a consecuencias singulares. Así, por ejemplo, puede reconocérsele plenamente eficaz, pese a un *defecto de forma* en el contrato, como con-

(196) FISCHER, actualmente, también, N. J. W., 1958, pág. 970.

(197) FISCHER, N. J. W., 1955, págs. 850 y sigs.

(198) El problema del menor de edad precisa de una consideración específica. B. G. H. Z. 17, pág. 160; N. J. W., 1955, pág. 1.067, GANSSMUELLER, HUECK, O. H. G., pág. 254.

(199) HUECK, O. H. G., pág. 56; FISCHER, N. J. W., 1955, pág. 850; en sentido análogo, pero desde otro punto de vista, LARENZ, *Schuldrecht*, tomo II, pág. 247.

secuencia de la efectiva ejecución de la relación de sociedad, y únicamente que la estipulación concreta viciada de nulidad carezca en sí misma de eficacia jurídica (200).

De forma similar han de ser enjuiciados los siguientes casos: un socio logra con engaño malicioso que se le reconozcan unas considerables ventajas en su participación por beneficios o a la disolución. El problema está en si pueden los otros socios destruir con efectos retroactivos *esta* estipulación contractual, anulándola. La misma cuestión se plantea cuando un socio se ha obligado a una determinada prestación, exclusivamente en virtud de engaño malicioso, violencia o intimidación o simplemente por una errata material del texto. En la concepción del Tribunal federal, ni siquiera el engaño malicioso basta por sí solo para determinar la nulidad de *toda* la relación de sociedad ejecutada (201). Tan sólo la precisa estipulación del contrato sobre la que el engaño recae, es la que puede tratarse como ineficaz (202) y ser sustituida por una regulación adecuada. Pero también esta regla tiene excepciones. Si el engaño malicioso ha partido de otro socio, puede que la finalidad de su ordenado desenvolvimiento exija que el engañado preste plenamente su aportación (203).

Con frecuencia es posible una consideración sistemático-jurídica correcta de estos casos por *invalidación sólo parcial*. A este resultado llegó también FISCHER, al conceptuar como «irrelevante jurídicamente» la concreta estipulación del contrato de sociedad, a la que por ejemplo se contrae el engaño malicioso (204). Las disposiciones legales llenarán la laguna contractual que ocupaban sus partes nulas o que se hayan anulado con carácter retroactivo. Además es posible en este punto una interpretación complementaria del contrato y también la determinación judicial de lo conveniente (compárese con el parágrafo 168 del H. G. B.). Pueden asimismo aducirse, para completar las lagunas, las prescripciones

(200) FISCHER, obra citada, y HUECK, O. H. G., pág. 56. La invocación al vicio de forma puede en cambio no prosperar en base al § 242, B. G. B.; pero esto no es un problema de la sociedad de hecho.

(201) B. G. H., L. M., Nr. 3 § 11, GmbH.

(202) FISCHER, N. J. W., 1958, pág. 971.

(203) B. G. H., B. G. H., Z. 26, 330, N. J. W., 1958, págs. 668 y sigs.

(204) N. J. W., 1955, pág. 851. FISCHER quiere dar idéntico trato a la oposición a una Ley y a la oposición a las buenas costumbres sobre todo en el caso de resultar beneficiado uno de los socios.

del Derecho común (por ejemplo, parágrafo 748 del B. G. B.), las acciones de indemnización de daños (de mantenerse la estipulación contractual) y los fundamentos del abuso del derecho (parágrafo 242 del B. G. B.).

FISCHER distingue de estos casos de nulidad o anulabilidad parcial, aquellos otros en que *lo decisivo para la terminación del contrato de sociedad hayan sido el engaño o la violencia en sí mismos*. Pero tampoco aquí debe a su juicio declararse la nulidad retroactiva de la relación de sociedad, sino que debe tan sólo concederse al socio perjudicado una protección especial. FISCHER estima que ha de reconocérsele una excepción por engaño contra la pretensión sobre cumplimiento de sus obligaciones de socio; que han de adoptarse, según la particular situación del caso, reglas especialmente adecuadas y, por último—y ésta es la consecuencia de más amplio alcance—, que debe permitirse que la sociedad se disuelva por declaración unilateral en lugar de requerirse el ejercicio de la acción de disolución.

Con estas proposiciones se crean especiales figuras jurídicas para determinados tipos de vicios en la sociedad de hecho, que equidistan de la nulidad retroactiva y de la disolución *ex-nunc*. Fundamentalmente cabe reconocerle a FISCHER que esas soluciones intermedias tienen que ser admitidas en el conflicto entre el mantenimiento a ultranza y los graves intereses de un socio (205).

En todos estos casos es importante el que no quede, en absoluto, lugar para la aplicación del parágrafo 139 del B. G. B. De nuevo queda aquí patente el carácter básico de la relación obligacional duradera, que no es sólo un medio en el intercambio de bienes, sino que exige, como relación jurídica con fuerza vital propia y especial, una protección reforzada. La sociedad de hecho que es independiente de una voluntad constitutiva jurídicamente correcta, no puede, por ende, ser totalmente eliminada a causa de una estipulación contractual ineficaz aislada (206).

(205) N. J. W., 1958, págs. 971 y sigs., HUECK, *Gesellschaftsrecht* (8.^a edición), pág. 61. No tenemos aquí espacio para entrar a considerar la corrección de las soluciones singulares propuestas por FISCHER.

(206) En sentido parecido, FISCHER, N. J. W., 1955, págs. 850 y sigs.

3. *La terminación de la sociedad de hecho.*

a) *Su forma.*

La terminación de la sociedad de hecho tiene lugar en virtud de *denuncia* o (parágrafo 723 del B. G. B.) en las sociedades personalistas, por consecuencia de una *sentencia judicial disolutoria* (parágrafo 133 del H. G. B.) (207). Convincientemente ha establecido el Tribunal federal, sumándose al Tribunal Supremo del Reich, que, pese a la impugnabilidad por vicios de un contrato de sociedad, deben seguirse para su disolución los trámites regulares (208). En la medida en que es efectivamente posible y necesario el reconocimiento de la sociedad, que de hecho existe por las recíprocas relaciones jurídicas entre los socios, entran en juego para hacer valer su nulidad o anulabilidad los mismos puntos de vista que rigen en el caso de una sociedad constituida en virtud de un contrato válido y eficaz en Derecho. También aquí se exige y requiere, en interés de la seguridad y claridad jurídicas, que los fallos judiciales constituyan relaciones jurídicas unívocas. Y de la misma forma, subsiste la necesidad de eliminar por medio de una decisión judicial cualquier duda entre los socios sobre la existencia de una causa de nulidad o anulabilidad. En otro caso, habría que suspender la actividad de la empresa común en algunos casos con la simple invocación procesal de un vicio del contrato y, por consecuencia, conformarse con innumerables inconvenientes económicos.

b) *Presupuestos fácticos de la terminación* (209).

El Tribunal Supremo del Reich, a base de sustituir la nulidad retroactiva por una anulación con efectos exclusivamente hacia el futuro, había intentado, cada vez más, equiparar no sólo los efectos

(207) Véase SCHLEGELBERGER-GESSLER, § 105, H. G. B. y FISCHER.

(208) B. G. H. Z., 3, pág. 289. En contra de la aplicación del § 140; en el caso de la sociedad de hecho, SCHLEGELBERGER-GESSLER. Esta cuestión ha de ser objeto de un estudio más detenido.

(209) En relación con este problema: R. G., D. R., 1941, pág. 1.943; R. G., D. R., 1942, pág. 275; B. G. H. Z. 3, pág. 285; BEITZKE, obra citada, pág. 62; BENKE, J. Z., 1952, págs. 307 y sigs.; GOLTZ, B. B., 1952, pág. 68; FISCHER, L. M., § 133, H. G. B.; HUECK, O. H. G., pág. 53, tomo sig. y, *Gesellschaftsrecht*, pág. 61; SIMTIS, obra citada, págs. 162 y sigs. y 246 y sigs.; SIEBERT, M. D. R., 1952, págs. 287 y sigs.; WOLFF, N. J. W., 1952, págs. 500 y sigs. y M. D. R., 1952, págs. 535 y sigs. También nota 147.

sino también los requisitos de la liquidación de una sociedad de hecho a los de la invocación de causa grave en la sociedad constituida válidamente. Por el contrario, el Tribunal federal mantiene que sólo es necesaria la exclusión de la eficacia *ex-nunc*, de forma que para la anulación de la sociedad de hecho no se requiera sino la causa de nulidad o anulabilidad. Se trata, por consiguiente, de precisar si cualquier defecto que en la fase constitutiva pueda determinar la nulidad o anulabilidad del contrato de sociedad, es por sí solo bastante para legitimar más adelante una denuncia sin plazo o la acción de disolución o, si, por el contrario, en el momento de invocarlo—según corresponde a la *eficacia* anulatoria *ex-nunc*—el «vicio constitutivo» sólo puede alegarse, si cumplió y aún sigue cumpliendo los presupuestos reforzados del motivo grave para la denuncia o disolución en el sentido de los párrafos 723 del B. G. B. y 133 del H. G. B.

Esta cuestión es discutible. En mi opinión la solución debería encontrarse en un punto intermedio, que tenga en cuenta tanto la conveniencia de quienes están interesados en la anulación de la sociedad como los intereses en mantenerla vigente. La justificación de una cierta limitación a las causas de nulidad y anulación, también desde el punto de vista de su equiparación de hecho con el motivo grave o la causa de disolución, deriva nuevamente de la especial protección debida a la relación de sociedad existente. Y en este aspecto es de trascendental importancia jurídica que la exclusión de la retroactividad antes expuesta en caso de denuncia de la relación de sociedad, no se reduzca a la exclusión de los efectos de la resolución, sino que coloque en el lugar de los presupuestos fácticos de la resolución los más rígidos de la denuncia por motivo grave. Esta misma conceptualización sistemático-jurídica ha de ser decisiva también para la más estricta determinación de los presupuestos fácticos de una anulación *ex-nunc*.

Resulta de cuanto antecede que al menos hoy por hoy debe seguir surtiendo efectos el *vicio contractual originario*; no necesita desde luego, suponer un motivo grave, en su caso, una causa de disolución en el sentido legal, *pero ha de seguir manteniendo importancia en el momento en que la acción se ejercita*. Bajo esta perspectiva adquieren peso distinto las causas de nulidad y anulabilidad; un primer grupo comprende aquellos casos en los que la

Ley niega eficacia al contrato en consideración a su *constitución* defectuosa. Al otro grupo pertenecen aquellos supuestos en los que la Ley prescribe la nulidad en razón a una *irrealizabilidad* desde el principio del contrato. En los casos del primer grupo persiste siempre la causa de nulidad o de anulación como presupuesto de una acción de disolución o del motivo grave. Por el contrario, en aquellos casos en que la Ley tiene preferentemente en cuenta la posibilidad de ser del contrato, debe analizarse si ciertamente se ha acreditado en el caso concreto esa irrealizabilidad que la Ley suponía en abstracto.

Entre las causas de anulación, el error en el contenido de la declaración debe dar derecho regularmente a la denuncia, porque en este caso, debido a la inadecuación entre la voluntad y la declaración, el nacimiento del negocio jurídico es falso y, por ende, no puede el ulterior decurso de las relaciones de sociedad engendrar una fuerza que lo corrija. Por el contrario, el error en la cualidad, según el párrafo 119, apartado 2 del B. G. B., se considerará como causa de denuncia o disolución, sólo cuando esté justificado y sea relevante en el momento de ejercitarse. Este error, en efecto, no se contrae tanto sobre el nacimiento defectuoso, cuanto, sobre todo, sobre la irrealizabilidad abstractamente prevista por el legislador y la imposibilidad de las relaciones jurídicas proyectadas.

D) *La relación laboral de hecho.*

I

PROBLEMÁTICA

La problemática de las relaciones laborales de hecho se corresponde en sus rasgos generales con la de la sociedad de hecho. En ambos casos se trata de relaciones de tracto sucesivo o duraderas, cuya base contractual es nula o anulable, pero que durante algún tiempo ha tenido realidad en su contenido; en la relación laboral, como consecuencia del trabajo en común del asalariado—que

presta un servicio establecido por otro—y del empresario, en cuyo programa y tarea laboral se ordena el trabajador.

1. Dentro del problema general, cobra aquí también importancia—al igual que en la relación de sociedad—la cuestión de si encuentran aplicación a la relación de trabajo en marcha, las prescripciones de la parte general del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad; si, por tanto, por la invocación de nulidad o por la declaración de anulación de la prestación laboral, puede sustraerse con eficacia retroactiva la base jurídico-contractual y, por ello, sobre todo, al trabajador su derecho a la percepción del salario. La solución a esta pregunta requiere de un fundamental análisis de la esencia del contrato de trabajo, sobre todo, del cómo y la medida en que el contrato de trabajo puede encuadrarse en el sistema común de Derecho contractual del B. G. B. (210). La importancia práctica del problema no es pequeña, como evidencian los múltiples casos y las diversas variantes que la jurisprudencia ha considerado (211).

2. La doctrina y la jurisprudencia y también dos proyectos legales de 1923 y 1938 se han ocupado del problema del contrato laboral nulo y anulable; aunque hay ciertas coincidencias en los resultados, sin embargo, no se ha llegado a una solución unánime.

Como en el caso de la relación de sociedad, también aquí surgen a primera vista *razones prácticas* que abogan por el reconocimiento de la relación laboral que llegó a existir y por la exclusión de las prescripciones sobre nulidad y anulabilidad. Es totalmente imposible una retroacción, como consecuencia de una nulidad inicial o retroactivamente alegada, porque no cabe dar marcha atrás ni al trabajo prestado ni a la suma de relaciones de previsión y fidelidad surgidas. Pero es que además en la relación laboral son de tener en cuenta ciertos puntos de vista que aún refuerzan más la necesidad de una protección reforzada del estado de hecho. Ha de citarse en primer lugar, la especial *necesidad de protección* del trabajador. Más aún que el socio, tiene el trabajador interés en la eficacia de la relación duradera consumada, porque es exclusiva-

(210) NIKISCH, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhaeltnis*, 1941, págs. 13 y sigs.

(211) RAMM en su perspectiva sobre los casos de anulabilidad *Die Anfechtung des Arbeitsvertrags*, 1955, págs. 1 sigs.

mente esta eficacia la que le confiere el derecho al salario convenido o establecido según tarifas y la que le asegura las prestaciones de previsión. También, más allá de los derechos y obligaciones propios de la esfera del Derecho privado, adquiere importancia la existencia de una relación laboral con eficacia jurídica, en concreto, para el concepto de la empresa (212). Además, en la relación laboral, es aún más fuerte que en la de sociedad, *el elemento personal*, como consecuencia de la dependencia del trabajador, lo que a su vez exige su especial protección contra la nulidad o anulación del contrato de trabajo.

II

LA RELACIÓN LABORAL DE HECHO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

1. *Panorámica de conjunto.*

El Tribunal Central del Trabajo ha mantenido el criterio, en una jurisprudencia constante (213), de que las disposiciones del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad deberían ser de aplicación ilimitada al contrato de trabajo, y ello, con total independencia de que el trabajador haya o no iniciado de hecho el trabajo. Aceptaba, sobre todo, las consecuencias que derivan del parágrafo 142, apartado 1 del B. G. B. por anulación *ex-nunc* del contrato laboral y la sustitución del derecho a la reclamación del salario por una acción de enriquecimiento (214). Sin embargo, después de 1945, son pocos los Tribunales de Trabajo que han seguido este criterio (215). En su mayoría, los Tribunales Laborales de los LAENDER

(212) El Derecho público de Protección al Trabajo en sus diversas disposiciones exige, en cambio, sólo una actuación (ocupación) efectiva (convenida) del trabajador, no un contrato de trabajo válido conforme a las normas del Derecho privado

(213) R. A. G., ArbRSamml. 23, pág. 198; 35, pág. 30; 36, pág. 147; 44, pág. 209.

(214) RAMM, obra citada, págs. 5 y sigs. y FARTHMAN, *Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen*, Goettingen, 1957, págs. 17 y sigs; también la completa colección jurisprudencial de MUELLER-GROENINGER *Praktisches Arbeitsrecht*, tomo. II, § 142, B. G. B.

(215) L. A. G., HEIDELBERG, A. P., 1950, Nr. 242.

rechazan la nulidad *ex-nunc* y la ineficacia retroactiva por causa de anulabilidad (parágrafo 142, párrafo 1 del B. G. B.) (216).

La doctrina no mantiene en la actualidad prácticamente en absoluto esta anulabilidad «regular» con efectos retroactivos conforme al parágrafo 142, párrafo 1 del B. G. B., si no es con paltivos. Pero ello no obstante, se considera a menudo el parágrafo 142, párrafo 1 del B. G. B. como Derecho vigente también para las relaciones laborales y como punto de partida inevitable para el tratamiento de la impugnación (217). Sin embargo, la opinión dominante en la doctrina es que las causas de nulidad y anulabilidad no pueden, en absoluto, eliminar con efectos retroactivos una relación contractual de trabajo realmente consumada; sobre todo, debe surgir en lugar de la nulidad retroactiva (parágrafo 142, párrafo 1 del B. G. B.) la anulación con efectos *ex-nunc* (218). El Tribunal federal del Trabajo sostiene también este criterio, expresado por primera vez en un fallo de 5 de diciembre de 1957 (219).

Por consiguiente, al igual que acontece con la problemática de la sociedad de hecho, se ha logrado hoy día una amplia unanimidad en la solución al problema de la relación laboral defectuosa por vicios en la base del contrato. Las distintas fundamentaciones jurídicas para la exclusión más o menos total de los efectos de la

(216) L. A. G., FRANKFURT. R. D. A., 1949, pág. 469; L. A. G., HANNOVER, A. P. 51, Nr. 1; L. A. G., BREMEN, A. P. 51, Nr. 86: Denuncia en «Lag Mannheim», A. P., 52, Nr. 175 y L. A. G. FRANKFURT, A. P. 54, Nr. 85 Una exacta visión de conjunto en RAMM, obra citada, pág. 13 y FARTHMAN. obra citada, pág. 31; también, SOMMER, ARRLATTEL, *Anfechtung im Arbeitsrecht I*.

(217) BEITZKE, *Nichtigkeit, Aufloesung und Umbestaltung von Dauerrechtsverhaeltnissen*, págs. 14 y sigs. Parte de la premisa de que incluso en el caso de nulidad retroactiva de una relación duradera persisten innumerables consecuencias jurídicas, «en parte porque esencialmente no pueden tener efectos retroactivos; en parte, porque la Ley prevé como tales consecuencias al menos la compensación por un enriquecimiento injusto» (pág. 15). De ahí que por consecuencia de la nulidad, la relación jurídica no se elimina totalmente, sino que en realidad sólo se transforma. BEITZKE llega al resultado, en el caso de anulación del contrato de trabajo, de que a causa de la indicada transformación de la relación laboral surgen consecuencias de distinto alcance, adecuadas a las particularidades del Derecho de trabajo: acción de enriquecimiento, de compensación conforme a los §§ 122, 823, y 826 del B. G. B., así como las propias del embargo consiguiente. Por ello cree BEITZKE que, incluso, después de comenzado el trabajo puede darse lugar a una nulidad del contrato con arreglo al § 142, párr. 2.

(218) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuchh*, pág. 170: datos completos sobre la doctrina.

(219) A. P., Nr. 2, § 123. B. G. B., HUECK; B. B., 1958, pág. 232; N. J. W., 1958, pág. 516; A. R.-BLATTEL, *Anfechtung im Arbeitsrecht*

nulidad o anulabilidad en la relación laboral coinciden en parte con los esfuerzos en torno a la base jurídica de la sociedad de hecho; podemos, pues, remitirnos a lo expuesto en relación con la sociedad de hecho (más arriba, epígrafe C). Como en el caso de la sociedad, tropezamos también en la relación laboral de nuevo con el punto de vista de las relaciones duraderas y con el hecho de las relaciones comunes realmente mantenidas. Aparte de ello, se le ha reconocido especial importancia en la relación laboral al elemento personal y a la idea de protección social al trabajador, y se intentan sacar consecuencias específicas para el problema del contrato viciado, del carácter especial de la relación laboral. Expondremos a continuación brevemente los más importantes intentos de fundamentación de la relación laboral de hecho.

2. *Teoría del contrato.*

Es de gran importancia para la cuestión sobre la nulidad y anulabilidad del contrato de trabajo, la ordenación dogmática de la relación laboral. La base jurídica de la relación laboral no puede ser otra que un contrato de trabajo correctamente constituido, por exigencia de la teoría de los contratos según la doctrina legal del B. G. B. (220). Supuesto que en este contrato se aceptan por ambas partes obligaciones y, fundamentan con ello derechos a determinadas prestaciones, se trata de un contrato obligacional. La relación laboral es, por consiguiente, una relación obligatoria fundada en un contrato; no puede tener otro fundamento que el contrato en el sentido de los párrafos 140 y siguientes, 145 y siguientes, 241 y siguientes, 305 y siguientes del B. G. B.

A ello responde el que la teoría contractual haya aplicado primitivamente con carácter casi ilimitado las prescripciones sobre nulidad y anulabilidad al contrato laboral. No podía tomar en consideración, como supuesto susceptible de ser valorado jurídicamente, la relación laboral surgida por la mera ejecución efectiva de un trabajo: la realidad y el contenido de la relación laboral

(220) Véase en relación con esta forma primitiva de la teoría del contrato a HUELK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 3/5.ª edición, tomo I, 1931 págs. 90 y sigs.; STAUDINGER-NIPPERDEY 9.ª edición, § 611; NIPPERDEY, *Beiträge zum Tarifrecht*, 1924, págs. 103, 112; KASTEL-DERSCH, 4.ª edición, 1932, pág. 136; LUTZ RICHTER, *Grundverhältnisse des Arbeitsrechts*, 1928, pág. 72.

nacida de un contrato eran independientes de que efectivamente se hubiera prestado un trabajo (221).

Pero pecaríamos de inexactos si se adujera exclusivamente este estado de la antigua teoría contractual. Son muchos los representantes de la teoría del contrato los que desde hace siglos se han esforzado en restringir la aplicación de los preceptos sobre nulidad y anulabilidad en interés de la eficacia y estabilidad de la relación laboral efectivamente consumada (222).

También la teoría del contrato quiere reconocer—pese a su punto de partida dogmático contrario—que el derecho al trabajo efectivamente prestado no puede pasar inadvertido (223). A pesar de ello, aún en fecha muy reciente se declaraban aplicables en los casos de nulidad o anulación del contrato de trabajo las prescripciones sobre enriquecimiento. Pero, en base al principio de la buena fe y en particular de la doctrina del *venira contra factum proprium*, se reconocen casos en que el empresario no puede negarse al cumplimiento de las pretensiones del trabajador si efectivamente recibió su prestación laboral. A la invocación que el empresario puede hacer sobre nulidad o anulación retroactiva, puede oponer el trabajador con éxito la excepción de contradicción ilícita con su propia conducta anterior (224). Es también característico, el reconocimiento cada vez mayor del elemento de Derecho personal. Precisamente fueron representantes de la teoría del contrato quienes mantuvieron la tesis de que en la relación laboral se daban rasgos de Derecho personal y que por ello se trataba de una relación jurídica (relación de comunidad), predominantemente de Derecho personal (225).

Hoy se define la relación laboral, a partir de la teoría del contrato, aproximadamente en los siguientes términos: es presupuesto

(221) HUECK-NIPPERDEY, obra citada, págs. 111 y sigs., 148 y sigs.

(222) Exposición amplia de la teoría del contrato en su forma más moderna en HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 6.^a edición, tomo I, §§ 21, 22, págs. 103 y sigs., con referencia completa a la jurisprudencia y a la doctrina; también, STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNNEN, § 611, B. G. B.

(223) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 3/5.^a edición, tomo I, págs. 111 y sigs.; BEITZKE, obra citada, pág. 30.

(224) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 3/5.^a edición, tomo I, pág. 149, 6.^a edición, tomo I, pág. 173.

(225) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 6.^a edición, tomo I, B. A. G., A. P., Nr. 2, § 616, B. G. B., B. B., 1955, pág. 570; B. G. H. Z. 10, pág. 190.

esencial de la relación laboral el contrato de trabajo (226). Por ello, son de aplicación las prescripciones sobre nulidad y anulabilidad, pero ilimitadamente, sólo antes del comienzo de la prestación de trabajo. Después, queda sustituida la nulidad retroactiva resultante de una impugnación por la revocación con efectos sólo para el futuro. La exclusión de la retroactividad queda justificada por necesidades prácticas y la especial naturaleza de la relación laboral (227).

3. Teoría de la denuncia.

Otra opinión (228)—se podría hablar de una *teoría de la denuncia*—coincide inicialmente con la teoría del contrato en que se rechaza la destrucción retroactiva a consecuencia de una anulación (eficacia *ex-tunc* del parágrafo 142, apartado 1 del B. G. B.). Pero la teoría de la denuncia aún da un paso más decisivo. Echa en cara a la teoría dominante el haberse quedado a mitad de camino, por haber disuelto la anulación en un «baño potásico de excepciones» (229). La esencia de la impugnación, dice, es precisamente la retroacción. El que ponga lo expuesto en duda debe negar necesariamente y, en absoluto, el instituto de la anulabilidad. También la Magistratura del Trabajo de Frankfurt quiere rechazar, en absoluto, la anulabilidad de los contratos de trabajo, porque a tenor del B. G. B. no cabe la nulidad sin retroacción. A juicio de dicho Tribunal los parágrafos 119 y 129 del B. G. B. sólo son de aplicación a los contratos de obligaciones; por tanto, no deberían serlo

(226) HUECK, A. R. - BLATTEL, *Arbeitsvertrag - Arbeitsverhaeltnis*, IV *Begründung des Arbeitsverhaeltnis*, V *Maengel des Arbeitsvertrags*, B. B., 1952, pág. 263, A. P., 1954, Nr. 85, R. D. A., 1955, págs. 323 y sigs.; HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, 6.ª edición, tomo I, págs. 35 y sigs., 103 y sigs.; DIETZ; BOETTCHER, R. D. A., 1955, págs. 321 y sigs.; DERSCH, A. R.-BLATTEL, *Arbeitnehmer*, II, 3; STAUDINGER-COING. No podemos entrar en la teoría especial sobre el contrato de MUELLEREISERT.

(227) HUECK; HUECK-NIPPERDEY, 6.ª edición, tomo I, págs. 27 y 105; HUECK, *Der Treugedanke im modernen Privatrecht*, 1944; HERSCHEL, *Arbeitsrech.*, pág. 80.

(228) Representantes principales de esta teoría son FREY y HUNN. De la doctrina más antigua cabe citar a: GSCHNITZER, *Jherings Jb.*, tomo 76, págs. 410 y sigs. y en cuanto a la jurisprudencia. L. A. G., LEIPZIG, *ArbR Samml.*, tomo 38, L. A. G., pág. 131; L. A. G. KREFELD, tomo 39; L. A. G., pág. 108. De la jurisprudencia más reciente L. A. G., FRANKFURT/M., A. P., 1954, Nr. 85; L. A. G., BADEN-WUERTEMBERG, 1956, pág. 1.236; HABERKORN, A. U. R., 1953, págs. 368 y sigs.; ZUNFT, A. C. P., tomo 152, pág. 302.

(229) FREY, A. U. R., 1953, pág. 167.

a contratos de trabajo, precisamente en razón de su trascendencia personal, que le es desconocida al B. G. B. (230). Como resulta de lo expuesto, puede caracterizarse la teoría de la denuncia del siguiente modo: parte de un concepto unitario del contrato de trabajo, pero, en virtud de la especialidad de la relación contractual, rechaza en términos absolutos el instituto de la impugnación, que queda totalmente sustituido por la denuncia.

Esta concepción cabe remitirla al parágrafo 9 del proyecto de la Academia de 1938, en el que se propuso lo siguiente: «El derecho a anular el contrato de trabajo por error, dolo o violencia, desaparece tan pronto se ha asumido el trabajo. Sin embargo, podrá el perjudicado denunciar sin plazo la relación laboral».

No me es posible entrar ahora con más detenimiento a considerar las distintas opiniones que más recientemente se han desarrollado en torno a la exclusión de la anulabilidad (231).

4. La teoría de la incorporación o encuadramiento (NIKISCH).

La teoría de NIKISCH sobre nulidad y anulabilidad en el Derecho laboral viene determinada por la intensa diferenciación entre contrato y relación de trabajo (232).

a) Según NIKISCH el *contrato de trabajo* es también un contrato de obligaciones, si bien es discutible que todas las disposiciones sobre este tipo de contratos, y en particular, sobre contratos bilaterales, sean de aplicación general al contrato de trabajo, porque están pensadas fundamentalmente para contratos patrimoniales de intercambio de bienes. En cuanto a su contenido, el contrato de trabajo está dirigido a la obligación del trabajador de entrar al servicio del empresario. El empresario, por su parte, se obliga a la colocación del trabajador; la relación obligacional que

(230) L. A. G., FRANKFURT, A. P., 1954. Nr 85.

(231) FARTHMAN, proporciona una completa exposición en *Anfechtbarkeit und Anfechtung von Arbeitsverträgen*, Goettingen, 1957; el mismo autor en R. D. A., 1958, pág. 338.

(232) NIKISCH, *Arbeitsrecht*. 2.^a edición, tomo I, 1955, § 19, págs. 113 y sigs. Escritos anteriores: véase bibliografía. El mismo autor *Individualismus und Kollektivismus im heutigen Arbeitsrecht*, R. D. A., 1953, págs. 81 y sigs. Sobre contrato de trabajo y clasificación: HESSEL, A. R-BLATTEL, *Arbeitsvertrag-Arbeitsverhältnis VI: Tatsächliches Arbeitsverhältnis*. En sentido análogo, MAUS: *Tratado del Derecho de Trabajo*, 2.^a edición, parte 1, págs. 1 y sigs.; SCHNORR VON CAROLSFELD, *Arbeitsrecht*, págs 145 y sigs.

este contrato fundamenta no se dirige, según NIKISCH, a una prestación singular transitoria, tampoco a una sucesión de prestaciones de trabajo singulares continuamente reiteradas, sino a la constitución de un estado, precisamente de incorporación o encuadramiento y a que se mantenga hasta la terminación de su vigencia. Mientras el trabajador permanezca al servicio del empresario, se encuentra su relación obligacional en estado de cumplimiento, el que comienza simultáneamente con su incorporación al trabajo y su colocación por parte del empresario.

La relación obligacional que fundamenta el contrato de trabajo exterioriza sólo, en el estado de cumplimiento, aquellos efectos que nosotros unimos al concepto de *relación laboral*. Sólo en ese estado se da la pertenencia a la empresa, cuya duración se rige por el momento de la colocación, y sólo el trabajador empleado está sujeto a las órdenes y, en general, a la ordenación de la empresa. El *empleo* es de hecho y desde el punto de vista jurídico conceptual un proceso independiente frente a la conclusión misma del contrato, aunque ambas cosas puedan coincidir. Normalmente tiene lugar el empleo con la admisión del trabajador en la empresa (en su caso, en el hogar). Significa la confirmación por parte del trabajador de su disposición de someterse con su fuerza laboral a las órdenes del empresario y la confirmación por parte del empresario de su voluntad de utilizar aquella fuerza. El empleo requiere de una actuación consciente y querida, común a ambas partes. No se trata con ello y en el sentido jurídico de la expresión, de declaraciones de voluntad, ya que ambas partes han de querer dar lugar al estado de cumplimiento, pero esas actuaciones de las partes van dirigidas exclusivamente a la constitución del estado, no a la consecución de aquellos efectos que dicho estado lleve aparejados. Por consiguiente, un empleo no es un contrato ni, en absoluto, un negocio jurídico.

b) De la diferencia entre contrato y relación laboral deduce NIKISCH las siguientes consecuencias para la *nulidad* y *anulabilidad*:

1. Según las reglas comunes, el *contrato de trabajo* es susceptible de nulidad y anulación. La cuestión que permanece es si puede anularse también el contrato laboral con efectos retroactivos y, en todo caso, ser objeto de nulidad radical.

2. La *relación laboral* no puede ser nula, en absoluto (233), como tampoco ser impugnada, de la misma forma que no puede serlo el empleo, porque éste no es un negocio jurídico.

Si el contrato de trabajo es nulo, pero ha sido ejecutado en virtud del empleo, ha surgido en todo caso, según la concepción de NIKISCH, una relación laboral cuyo contenido se determina, si no por el contrato, por las normas legales, tarifas y otras disposiciones establecidas que vinculan a las partes. La impugnación del contrato de trabajo supone para la relación laboral que ésta pierda con efectos retroactivos su base contractual. El contrato no termina con el empleo, sino que se mantiene a lo largo del estadio de cumplimiento. Ni la nulidad ni la anulación retroactiva del contrato de trabajo hacen decaer la relación laboral que persiste, sino que dejan acabar la obligación de entrar en servicio o de mantener el encuadramiento. Quiere decirse, que la relación laboral se hace *revocable* como consecuencia de la desaparición de la base contractual.

c) Esta solución es capciosa; ha merecido con razón una atención máxima por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, lo que no excluye que precise de una aclaración en el ámbito de nuestro estudio, precisamente, de una parte, en relación con el contenido de la relación laboral en caso de contrato inválido y, de otra, en relación con el problema de la revocación.

aa) Si NIKISCH reconociera una real impugnación del contrato de trabajo con efectos retroactivos—en caso de revocación *ex-nunc* de la relación laboral—ello habría de repercutir sobre el contenido de la relación laboral, si el contrato determinó su contenido (convenio sobre las condiciones de trabajo). En tal caso, la impugnación del contrato de trabajo acarrearía que decayeran con efectos retroactivos determinados derechos y obligaciones de la relación laboral; no podría atenderse ninguna reclamación del trabajador por lesión de tales obligaciones una vez impugnado el contrato de trabajo.

Sin embargo, este problema pierde toda su importancia si distinguimos con NIKISCH entre el contrato estricto, aquel que va dirigido al encuadramiento (empleo) y el convenio sobre las demás

(233) Excepciones, véase NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, pág. 186.

condiciones de trabajo, viendo con ello regularmente dos contratos paralelos, que no dependen normalmente entre sí en su vigencia legal (234). Parece, no obstante, discutible que ciertamente y, en general, sean independientes entre sí el contrato de trabajo estricto y el convenio sobre las particulares condiciones de trabajo.

bb) Pero, independientemente de las condiciones de trabajo singularmente contratadas, tampoco parece que carezca de importancia la subsistencia del contrato de trabajo para que sean válidas en la relación laboral las normas y tarifas legales o disposiciones similares. NIKISCH no analiza con rigor qué normas legales, tarifas u otras disposiciones son sólo aplicables a la actividad de hecho del trabajador o le ligan a su efectiva pertenencia a la empresa, ni tampoco las que regulan las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Es muy difícil probar que las disposiciones legales sobre obligaciones de Derecho privado (por ejemplo, el parágrafo 618 del B. G. B.) y las normas usuales sobre tarifas en las condiciones materiales de trabajo no presupongan también una vinculación contractual de las partes (235). Conforme al Derecho establecido, las acciones de Derecho privado para exigir prestación y contraprestación tienen como regla general, también en el campo del Derecho laboral, una base contractual: las leyes y convenios sobre tarifas, que hablan de relaciones laborales, se refieren por ello siempre a una relación laboral fundada en un contrato privado y que descansa en una vinculación contractual continuada. El propio NIKISCH reconoce refiriéndose al derecho al salario: «Que el derecho a la percepción del salario, al igual que la obligación del trabajador de entrar al servicio del empresario, descansa normalmente en el contrato de trabajo» (236). Es seguro que lo propio vale para el deber de asistencia y previsión, conforme al parágrafo 618 del B. G. B.

Lo que es indiscutible es que muchas *normas de Derecho público* dependen no de la vinculación contractual del trabajador, sino de su participación real (de común acuerdo) en la empresa. En su virtud, incluso el trabajador que trabaja en una empresa en base a un contrato formalmente nulo, tendrá, no obstante, el de-

(234) NIKISCH, obra citada, págs. 190 y sigs.

(235) La postura legal es dudosa.

(236) NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, pág. 189.

recho de elegir y ser elegido. Puede con seguridad el Derecho público dar de lado a toda la sistemática jurídico-privada. Pero ni el derecho contractual sobre régimen de precios y salarios ni el de organización de la empresa fundamentan acción ni obligación ninguna de Derecho público entre trabajador y empresario (237). De la misma forma, tampoco se excluye que las disposiciones normativas de un contrato sobre tarifas o de un convenio empresarial puedan exigir en alguna ocasión la actuación cierta (acorde) de un trabajador en la empresa del patrono. Pero esto es una excepción; según el Derecho vigente debe más bien aceptarse como principio que estos medios de conformación, como el propio B. G. B., conectan con un contrato laboral eficaz en Derecho.

cc) NIKISCH no lleva a sus últimas consecuencias la separación entre contrato y relación laboral, al tratar el problema de la impugnación o anulabilidad. La impugnación del contrato de trabajo determina, según NIKISCH, y como regla, la destrucción retroactiva del contrato conforme al parágrafo 142, párrafo 1 del B. G. B., pero esta impugnación significa para la *relación* laboral sólo una revocación o disolución *ex-nunc*. Ahora bien, esta resolución se aproxima grandemente a la denuncia, por su eficacia *ex-nunc* y se designa y trata como denuncia, aunque la resolución de la relación laboral, para ser consecuente y correcta en derecho, debería suponer en cierto sentido un *actus contrarius* al empleo, es decir, un proceso que no constituye negocio jurídico, pero que en todo caso y al contrario del empleo, tiene lugar por declaración unilateral.

dd) Todavía queda la fundamental cuestión de si cabe reconocer como Derecho vigente la *separación* entre contrato y relación laboral que destacadamente y con reiteración ha desarrollado NIKISCH. Si se mantiene la independencia dogmática e institucional de la relación laboral frente al contrato de trabajo, se ha resuelto en lo esencial el problema de la relación laboral de hecho, porque en lo fundamental aquella relación queda fuera de la problemática jurídico-negocial del contrato de trabajo. Sin embargo, soy de la opinión que, conforme al Derecho vigente, no cabe esta-

(237) Esta es la opinión dominante y a mi juicio acertada. No cabe aquí entrar más ampliamente en su consideración.

blecer esta separación tan tajante, porque es en y por la relación laboral como el contrato se afianza en su *existencia*, y su *contenido* se desarrolla y amplía a una *posición jurídica* de los partícipes, que se extiende en sus efectos mucho más allá de las posibilidades del contrato de trabajo, pero que no pierde la raíz contractual (238). A mi juicio debería hablarse de *evolución* y paso del contrato de trabajo a la relación laboral, en lo que no veo real contradicción ninguna con la argumentación básica de NIKISCH.

5. *La teoría de la relación laboral de hecho (HAUPT).*

Frente a la separación que NIKISCH mantiene entre contrato y relación laboral, representa la teoría desenvuelta por HAUPT sobre la relación laboral de hecho una independización jurídica aún más fuerte de la relación laboral (239). Contempla HAUPT la relación contractual de hecho como un ejemplo típico para la exclusión de las normas legales sobre constitución y reconocimiento jurídico de una relación contractual. *Al lado* de la relación legalmente concebida surge la relación vital realizada; la relación laboral de hecho y la contractual conviven paralelamente. La razón de esta paralela existencia estriba según esta teoría en el significado independiente de la efectiva asunción del trabajo, a través de la cual el trabajador se encuadra en una relación comunitaria. Esta ordenación conduce a que el elemento jurídico-negocial no sea en ningún aspecto necesario para la consecución de la relación laboral que se concibe como manifestación vital típica, sino que re-

(238) SIEBERT, artículo, *Arbeitsvertrag*, en el *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, tomo I, pág. 376 y R. D. A., 1958, págs. 366 y sigs.

(239) HAUPT, *Ueber faktische Vertragsverhaeltniss*, 1943, págs. 19 sigs.

(240) No es necesario que destaque que no he expresado aún en mis breves anotaciones sobre las teorías de NIKISCH y HAUPT una fundada posición respecto de las mismas. Lo propio puede decirse respecto a las concepciones de MAUS, HESSEL, SCHNORR VON CAROLSFELD. El problema de su catalogación, al lado de la conclusión del contrato, evidentemente que no está aún totalmente claro. Significativo y preocupante es, por ejemplo, que v. TALR dude en la parte general, tomo II, 1. pág. 495, si la llamada obligación de contratar de los ferrocarriles para el transporte de mercancías debe constatararse como la obligación de cerrar un contrato. En su opinión existe un deber legal de tomar las mercancías a acarrear; en virtud de este deber surge entre las partes una relación regulada por Ley, que es equiparable a la que surge de un contrato y a sus consecuencias, por lo que podría calificarse como *cuasi contrato*.

presenta exclusivamente una *posible* forma de fundamentación. La relación laboral basada en aquel encuadramiento u ordenación y realmente consumada no puede ya ser eliminada con efectos retroactivos.

6. *La concepción de RAMM.*

RAMM intenta construir una nueva teoría sobre la relación laboral y encontrar nuevas soluciones al problema de su anulación en un escrito sobre la anulabilidad del contrato de trabajo (241).

a) Articula RAMM la base normativa de la relación laboral en *tres partes*. Constituye el núcleo, el *Derecho básico un mínimo existencial*; este Derecho fundamental deriva, a juicio de RAMM, tanto de las disposiciones conceptuales de los distintos países como también de las condiciones mínimas legales y normas sobre tarifas y trabajo, en general obligatorias. Numéricamente se concreta ese mínimo vital por las normas sobre embargo de salarios. Según RAMM se encuentra en este núcleo un segundo grupo de *disposiciones coercitivas* que completan la protección social del trabajador. Entre ellas deben contarse las normas legales, por ejemplo, la Ley de seguridad en el trabajo, normas sobre convenios salariales y, finalmente, las prescripciones sobre trato indiscriminado que se contienen en el parágrafo 51 del Betr. V. G. y en el fundamento del salario por rendimiento. La tercera y última parte la forman, finalmente, las *estipulaciones contractuales* de los contratantes en particular, regidas por la autonomía privada.

En base a esta descomposición tripartita, encuentra RAMM una solución nueva al problema de la anulación. A su juicio, la anulación, en cuanto institución que surge de la autonomía privada, sólo puede dominar en aquella parte de la relación laboral que le esté sometida; no puede, en cambio, eliminar con eficacia retroactiva condiciones mínimas válidas y obligatorias. Dado que en razón de la eficacia obligatoria de estas normas, las estipulaciones que las contradigan no son válidas, tendría necesariamente que constituir también un límite a la anulación, en cuanto conformación que es de relaciones jurídicas por la autonomía privada,

(241) *Freiburger Rechts- u. Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, tomo 4, 1955. En sentido crítico, véase FARTHMAN, obra citada.

de tal forma que en esa medida la relación laboral no puede ser destruida retroactivamente a consecuencia de una anulación. Por consiguiente, y respecto a las condiciones mínimas, la anulación de la relación laboral sólo produciría efectos *ex-nunc*: el trabajador vinculado a determinadas tarifas mantiene su derecho al salario correspondiente; si no existen tarifas, en tal caso, y siempre según la concepción de RAMM, deberá serle reconocido, «si no se trata de un trabajo por razón de sus condiciones personales», el sueldo usual conforme al principio de salario igual para trabajo igual. En todo caso ha de respetársele el derecho a un sueldo en el importe, al menos, del mínimo existencial determinado por las normas sobre embargo de salarios. Según RAMM, debe distinguirse, por tanto, en caso de anulación, aquella parte de la relación laboral sometida a la autonomía privada y por ende susceptible de destrucción retroactiva, de aquella otra regida por normas coercitivas y susceptible de eliminación sólo para en lo sucesivo.

b) No me parece, sin embargo, que esta teoría que intenta construir RAMM pueda tener aplicación práctica.

aa) No le asiste al trabajador ningún derecho fundamental genérico y exigible a un *minimum vital* (242). Si existiera, tendría que serle reconocido a todo hombre que trabaje y no sólo al trabajador en sentido técnico (243); por consiguiente, también al representante de comercio. Pero entonces sobraría la regulación últimamente introducida por el parágrafo 92 a H. G. B. Ante el hecho de haber permitido el legislador dicho precepto es obvio que ha partido de la inexistencia de aquel Derecho fundamental a un mínimo vital. (244). La misma conclusión se deduce de la Ley de 11 de enero de 1952 sobre fijación de condiciones mínimas

(242) FARTHMAN, obra citada, págs. 46 y sigs.

(243) Resulta ello de la validez general de los principios fundamentales del Derecho porque la exigencia de una ganancia suficiente es igual para todo hombre trabajador. De ahí que las constituciones de los «Laender» no utilicen el término «tomador de trabajo», sino el de «hombre trabajador».

(244) RAMM, *Die Anfechtung*, pág. 34, núm. 76, se remite al § 92 del H. G. B. en apoyo de su tesis, viendo en él una confirmación del Derecho en general válido. Sin embargo, no es convincente, porque este precepto es posterior a las constituciones de los LAENDER por lo que no pudo tener el pretendido alcance confirmatorio a título de ejemplo. Aparte de que en su fundamentación y exposición de motivos no se encuentra referencia ninguna a un derecho básico de este carácter.

de trabajo. Tampoco esta regulación hubiera sido necesaria de existir un Derecho básico y fundamental a un mínimo vital (245).

bb) De otra parte, tampoco es posible, a mi juicio, hacer derivar, de esa imaginaria articulación tripartita de las normas que rigen la relación laboral, consecuencias y efectos distintos según la parte sobre la que la anulación incida. Olvida RAMM que si bien el contrato de trabajo vendría regulando exclusivamente la tercera parte, sin embargo su mismo ser es presupuesto de la eficacia de las normas en el ámbito de las tres. Las partes deciden si quieren o no constituir una relación laboral; en tal medida, su voluntad es la base de la relación laboral planeada, cuya conformación no va a depender luego exclusivamente ya de su sola voluntad, sino que vendrá caracterizada en gran medida por normas coercitivas. Pero, incluso, estas normas coercitivas sólo entran en juego previa conclusión del contrato, no son válidas para cualquiera, sino sólo para aquel que es parte de una relación laboral.

Es evidente que las distintas partes de una relación laboral carecen de existencia y virtualidad independiente, precisamente porque, incluso, las normas que coercitivamente la regulan no pueden entrar en juego y adquirir eficacia sin un acto válido de autonomía privada querido por la voluntad de los partícipes. La anulación del contrato de trabajo, que como es sabido parte de un vicio en su estadio constitutivo, tiene por ello que abarcar sistemáticamente a la relación jurídica completa sin que pueda establecer diferenciación entre consecuencias convenidas o impuestas por Ley (246). No convence, por consiguiente, la tentativa ensayada por RAMM de resolver el problema de la anulación descomponiendo la relación laboral según normas imperativas o contractuales.

cc) En lo que a los resultados se refiere, es manifiesto que en lo esencial y con respecto a la llamada relación «despersonalizada», llega a las mismas consecuencias prácticas que la doctrina dominante, es decir, reconoce al trabajador retroactivamente el derecho al salario completo bien a través de la regulación salarial

(245) Según esta Ley, puede, bajo determinados presupuestos, el ministro de Trabajo establecer condiciones mínimas, que han de suponer el límite máximo de condiciones sociales de trabajo inadmisibles, asegurando con ello un jornal mínimo a los trabajadores afectados.

(246) GOETZ HUECK, R. D. A., 1956, pág. 156.

colectiva o, si ésta falta, en razón del principio de salario igual para trabajo igual. Por el contrario, presentan un tratamiento muy problemático las relaciones laborales con prestación «en consideración o condiciones personales» (247). Cuando no son válidas para un tal contrato las tarifas o condiciones legales mínimas vigentes, surge el derecho del trabajador, según RAMM, en caso de anulación, a «la relación básica de trabajo», es decir, al mínimo existencial en la cuantía determinada por el salario libre de embargo, porque el principio de trato igual no puede tener aplicación en la relación laboral establecida por «condiciones personales» específicas (248). Este trato discriminatorio frente a la prestación laboral «despersonalizada» es injusto, porque sitúa en peor condición a aquellos trabajadores que desarrollan un trabajo específicamente «vinculado a sus condiciones personales». Mientras los otros trabajadores perciben, con efectos retroactivos en caso de anulación, su salario íntegro, este grupo, en cambio, habría de conformarse con el límite fijado por el *minimum vital*. La injusticia de este resultado queda específicamente patentizada si se tiene en cuenta que, según el propio RAMM, esa prestación laboral «personalísima» viene caracterizada por la mayor responsabilidad y el poder de decisión (249), por lo que, por regla general, se trata de trabajadores con responsabilidad directiva que consiguientemente perciben mayores sueldos. Que sea precisamente a este grupo de trabajadores frente a todos los demás, al que no puede reconocérsele un derecho a su sueldo íntegro, me parece difícilmente conciliable con el principio del rendimiento que, como es sabido, es fundamento básico de nuestro Ordenamiento social.

Por tanto, no sólo por razones dogmáticas sino desde el punto de vista de los resultados ha de rechazarse la teoría elaborada por RAMM. Ha de añadirse aún que su construcción deja innecesariamente en un segundo plano el aspecto de Derecho privado de la relación laboral (250).

(247) HILGER, B. B., 1956, pág. 216; HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, tomo I, § 32, núm. 4 y SEEBERT, R. D. A., 1958, pág. 367.

(248) RAMM, *Anfechtung*, pág. 32, 44 y 71.

(249) RAMM, obra citada, págs. 48, 49.

(250) HILGER, B. B., 1956, pág. 216.

III

LA PROTECCIÓN REFORZADA DE LA RELACIÓN LABORAL

Las tentativas anteriormente expuestas para fundamentar en derecho la relación laboral fáctica pueden completarse e, incluso, profundizarse con una orientación básica sobre determinados principios de nuestro Ordenamiento jurídico. Al igual que en el caso de la sociedad de hecho, se trata también aquí de fundar la exclusión de la anulación y nulidad no sólo en necesidades prácticas de la relación laboral, sino de buscar los *puntos de vista del Ordenamiento jurídico* que, en relación con aquellas necesidades prácticas, pueden constituir el punto de partida de la fundamentación sistemático-jurídica de la persistencia o mantenimiento de una relación laboral pese a su base contractual viciada. A tales fines, hay a mi juicio *tres puntos* de vista decisivos: el *mantenimiento reforzado* de las relaciones obligacionales duraderas, y que ya destacamos como decisivo al hablar de la sociedad de hecho; el *elemento personal* de la relación laboral, cuya exposición y valoración actual precisa de determinadas correcciones, y la idea de la *protección social* del trabajador, que domina en el Derecho de Trabajo vigente. Desde estos tres puntos de vista intentaremos comprender a continuación de forma sistemático-jurídica la significación de la anulabilidad y nulidad en la relación laboral.

1. *Relación laboral como relación duradera.*

La trascendencia práctica que para la limitación de los efectos de la anulación y nulidad ofrecen las peculiaridades de la *relación obligacional duradera* ha sido destacada al tratar de la sociedad de hecho. Se indicó entonces que nuestro Ordenamiento jurídico protege en general más fuertemente este tipo de relaciones jurídicas contra nulidad inicial o anulación retroactiva (251). Por consiguiente, sólo del hecho de ser la relación laboral una *relación duradera* resulta evidente la tendencia a una más fuerte protección a su mantenimiento.

(251) Véase más arriba c) sobre la sociedad de hecho.

2. La relación de trabajo como relación jurídico-personal.

Ha de añadirse a lo anterior el carácter personal de esta relación jurídica, que si propia también del contrato de sociedad, lo es más especialmente aún de la relación de trabajo.

a) El concepto de la relación laboral como relación comunitaria personal arranca de OTTO VON GIERKE, que señaló la destacada significación personal del contrato de trabajo (252). Desde entonces se ha estudiado reiteradamente este elemento personal en la relación de trabajo y se ha aceptado normalmente como su característica más destacada (253). OTTO VON GIERKE ve el derecho de la persona como un derecho, en su caso, una relación jurídica, que concibe a la persona ajena en cuanto tal. En contraposición a otros derechos o relaciones jurídicas, el objeto del Derecho personal no es una cosa, sino una persona, porque domina una parte de su esfera personal (254). El trabajador, al entrar en la relación laboral somete en cierto modo su persona al patrono. Lo decisivo no es la concepción jurídico-patrimonial de entregar el trabajador al empresario la disponibilidad sobre su fuerza de trabajo, sino el hecho de que su personalidad está comprendida como tal en la relación entablada con el empresario. La fuerza y capacidad de trabajo no puede separarse de la personalidad del trabajador, como presupone una concepción jurídico-patrimonial.

b) Esta concepción jurídico-personal ha de ser, sin embargo, *modificada* en dos direcciones, conforme a nuestros más modernos criterios:

aa) OTTO VON GIERKE pone el acento en el elemento de poder dentro de la relación laboral: Por razón de la relación de tipo

(252) OTTO V. GIERKE, *Die Wurzel des Dientsvertrages*, en «Festschrift fuer Brunner», 1904, págs 36 y sigs., 53 y 55; *Deutsches Privatrecht*, tomo I, 1895, pág. 261, tomo III, 1917, pág. 590 y sigs.; *Jherings Jb.*, tomo 64, págs. 355 y sigs. También OTTO V. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889, páginas 30 y sigs. No podemos entrar en una exposición detallada de la evolución de la teoría de la relación de trabajo de derecho personal. Se superpone en parte a la de su carácter orgánico y catalogación en el ámbito de la empresa. De ahí que no deba citarse tan sólo a A. V. GIERKE, sino que sea necesario hacerlo también a PORTHOFF, MOLITOR y SINZHEIMER.

(253) No podemos extendernos en la fundamentación de O. V. GIERKE. Bástenos con remitirnos a las consideraciones que su teoría le merece a EBEL, *Das gewerbliche Arbeitsvertragsrecht des Mittelalters*, 1934.

(254) OTTO V. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 261; NIKISCH, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältniss*, 1941, pág. 12.

personal debe darse entre dos personas un *vínculo sujeto-objeto*. En mi opinión y con arreglo a los actuales criterios, un hombre no puede ser nunca objeto de otro ser humano. Evidentemente que OTTO VON GIERKE, al tratar de la relación de poder, no pensó, en absoluto, en restricción ninguna de la libertad personal, pero, no obstante, tendrá que destacarse muy especialmente, que la relación jurídico-personal no puede entenderse nunca en el sentido de una relación de poder, en cuya virtud se adquiriera sobre otra persona un dominio directo o siquiera un poder de disposición o cualquier otra forma de poderío (255). Conforme al derecho positivo existe una facultad de ordenar en el empresario, que corresponde a la ajena determinación de la prestación a cumplir por el trabajador, pero esta facultad de ordenar no es un derecho directo «sobre la otra persona», y además viene dominada en su contenido e influida jurídicamente por la obligación de asistencia y protección que incumbe al patrono.

Si se rechaza la idea de relación de dominio, desaparece el concepto «objeto» de la relación jurídica de derecho personal. Precisamente esta relación se caracteriza por la inexistencia de un objeto como pueda ser propio, por ejemplo, del contrato de compraventa.

Resulta de todo ello, que en la relación jurídica de derecho personal puede hablarse de un verdadero estado jurídico, de un *status* de las partes, porque el concepto *status* está ciertamente justificado cuando el hombre (como sujeto de derecho) se sitúa en una posición que comprende directamente su persona como un todo (256).

bb) OTTO VON GIERKE coloca la relación jurídica de Derecho personal en estricta oposición a la *relación obligacional*. Sin embargo, esto no es necesario, ni siquiera acertado (257). En cualquier caso, la relación obligacional se configura en el B. G. B. como relación jurídica en la que acreedor y deudor aparecen vinculados por

(255) No entramos a considerar hasta qué punto manifiesta la patria potestad una relación de poder, lo que es seguro es que el «poder» en el sentido legal se concibe y está exclusivamente para el cumplimiento de determinados deberes de educación. El deber está en primer plano; puede imponerse por determinados medios, que fuera de la potestad paterna, son ajenos a nuestro Derecho privado.

(256) BOETTICHER, R. D. A., 1953, pág. 163; SIEBERT, R. D. A., 1958, páginas 367 y sigs.

(257) HUECK NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, § 2, pág. 117.

una prestación individual como objeto de la relación jurídica. Se evidencia aquí de nuevo lo significativa que resulta ser la problemática sistemático-jurídica, que se hace visible precisamente en las relaciones contractuales de hecho: ¿debe declararse insertible la relación obligacional, porque el B. G. B. pone el punto de gravedad en las relaciones jurídicas de intercambio de objetos patrimoniales singulares?, o ¿más bien debe aquilatarse, estableciendo las debidas diferenciaciones, la dogmática del B. G. B. y así distinguir en las relaciones del derecho de obligaciones dos categorías: las relaciones obligacionales que se refieren a objetos singulares y aquellas otras que hacen referencia a una colaboración personal y en tal medida a una relación duradera sin objeto? Este último camino parece ser el mejor, por las múltiples razones apuntadas. Conduce, en definitiva, a la tesis de que la contraposición definitiva no es «relación obligacional—relación jurídica de Derecho personal», sino «relación obligacional sobre objetos patrimoniales singularizados—relación duradera de tipo personal».

El valor metódico y sistemático-jurídico de este reconocimiento estriba en que ahora queda libre el camino, incluso partiendo de la base de la teoría del contrato, para liberar la relación laboral con correctos argumentos jurídico-dogmáticos de aquellas prescripciones del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad que no corresponden a las particularidades propias de esta relación duradera de Derecho personal.

3. *Protección social del trabajador.*

Sin embargo, no es sólo la esencia de la relación laboral como relación obligacional duradera y comunitaria de Derecho personal la que, como fundamento de los diversos intentos de solución indicados, permite la exclusión radical de la nulidad inicial o anulación retroactiva en las relaciones de trabajo. Esencial es también la concepción jurídica de una especial protección social al trabajador que subyace a toda regulación legal del trabajo y que también se comprende hoy en día en la idea del Estado de Derecho de la norma constitucional.

Ha sido, sobre todo, RAMM quien, últimamente, ha llamado la atención sobre la importancia de la necesidad de protección social

al trabajador y, con ello, de los derechos sociales fundamentales a la percepción del sueldo, pese a vicios en la conclusión del contrato (258). El desarrollo del moderno Derecho del Trabajo no es más que la restricción de la autonomía privada fundada en la necesidad de protección del trabajador (259). El trabajador es típicamente la parte del contrato económicamente dependiente, dirigida hacia el salario por razón de subsistencia. La desigualdad cierta entre patrono y trabajador, que puede conducir a estipulaciones salariales desventajosas, se corrige en el moderno Derecho por una doble vía: exigiendo condiciones favorables de trabajo por medio de coaliciones, o bien, interviniendo el legislador en el contrato libre de trabajo (260).

La idea del Estado de Derecho de que a cada trabajador le asiste el derecho al sueldo ajustado a su trabajo, encuentra expresión genérica en el «derecho a la vida» del artículo 2, apartado 2, párrafo 1 del G. G. Las constituciones de nuestros distintos LAENDER contienen preceptos que a partir de esta idea fundamental garantizan al trabajador su derecho al salario. En las constituciones de HESSEN (art. 33, ap. 1) RHEINLAND-PFALZ (art. 56, párrafo 1) y BERLIN (art. 41, ap. 3), se dice que el sueldo ha de corresponder al rendimiento o trabajo realizado. En términos parecidos se expresa el artículo 24, apartado 2 de la Constitución de NORDRHEIN-WESTFALEN: «A idéntica actividad e igual trabajo ha de reconocerse derecho al mismo e igual salario». Si en estos casos está asegurado el principio fundamental del derecho al trabajo realizado y del trato igual, las disposiciones constitucionales que citamos a continuación garantizan al trabajador un mínimo existencial. El artículo 33 de la Constitución de HESSEN, reza: «La contraprestación por el trabajo ha de ser suficiente... para las necesidades de subsistencia del trabajador y la familia que de él depende». El artículo 56, párrafo 1 de la Constitución de RHEINLAND-PFALZ hace extensiva la contraprestación a tener que facilitar al trabajador y a su familia la participación en los bienes de la cultura del pueblo, y el artículo 24 de la Constitución de NORDRHEIN-

(258) RAMM, *Die Anfechtung des Arbeitsvertrages*, 1955, págs. 30 y sigs.; FARTHMAN, *Anfechtbarkeit und Anfechtung*, págs. 62 y sigs. R. D. A., 1958, pág. 316.

(259) SIMITIS, págs. 269, 281 y sigs.; RAMM, obra citada, págs. 30 y sigs.

(260) RAMM, obra citada.

WESTFALEN habla de las adecuadas necesidades de vida de la familia. En el artículo 168 de la Constitución bávara se dice: «Todo trabajo honrado tiene el mismo valor ético e igual derecho a la justa contraprestación económica».

Independientemente de la cuestión sobre si estas disposiciones constitucionales son Derecho positivo vigente y directamente aplicable al caso singular (261), sí puede sacarse de ellas un principio fundamental de derecho, aproximadamente del siguiente tenor: «*El que en una relación laboral presta, de acuerdo con el patrono, su trabajo, tiene derecho al salario correspondiente y proporcionado y a las restantes condiciones adecuadas de trabajo*» (262). De la misma forma, le corresponden, fundamentalmente, *también todas las obligaciones* adecuadas a su posición jurídica. De este principio básico deriva una fuerte protección al trabajador mientras perdura la relación laboral, incluso en el caso de contrato laboral defectuoso. En la relación de sociedad pueden surgir lagunas a consecuencia de eventuales defectos de estipulaciones aisladas, que son difíciles de llenar; en cambio, en la relación laboral destaca tan fuertemente la protección debida al trabajador, que, incluso en el supuesto de vicios en la conclusión del contrato, queda garantizada una situación legal prácticamente sin lagunas con un contenido social y jurídico adecuado, hasta la disolución de la relación laboral.

El ejemplo que a continuación se expone, referido a una *estipulación viciada sobre salario*, pretende demostrar cómo han de completarse dichas lagunas. En la medida en que no exista una norma de Derecho colectivo, puede completarse por la aplicación directa o que corresponda al parágrafo 612, apartado 2 del B. G. B.; en su virtud debe entenderse convenida como salario la cantidad legalmente tasada o, en su defecto, la determinada por la costumbre y el uso.

RAMM estima que no es aquí de aplicación el parágrafo 612 del B. G. B. (263). En la medida en que no pueda pagarse, en la

(261) RAMM, obra citada, pág. 34; NIPPERDEY, B. B., 1951, pág. 282; salario igual para la mujer por igual trabajo; BOETTCHER, R. D. A., 1953, pág. 165; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, tomo I, 1955, pág. 432

(262) SIEBERT, R. D. A., 1958, pág. 370; REUSS-SIEBERT, *Konkrete Ordnung des Betriebes*, 3.ª edición, 1943, págs. 95 y sigs.

(263) RAMM, *Anfechtung*, pág. 11.

relación laboral viciada de origen, ni un salario fijado por una tarifa ni uno determinable por el trabajo realizado, entiende que no le asiste al trabajador acción para reclamar un pago contractual y si sólo el mínimo existencial, para cuya determinación considera como punto de partida más adecuado las normas sobre embargo de salarios. Esta conclusión tiene su fundamento en la teoría de RAMM, que se expuso antes, según la cual la nulidad puede destruir las estipulaciones y derechos contractuales, pero no retroactivamente las normas coactivas y acciones que de las mismas nacen. Ya se indicó que el argumento carece a nuestro juicio de consistencia jurídica. La norma colectiva no puede por sí sola fundamentar acción ninguna del trabajador, si el contrato de trabajo que le sirve de base ha sido derogado con eficacia retroactiva. Sólo el reconocimiento de que el moderno derecho de trabajo descansa esencialmente sobre la idea de necesidad de protección al trabajador, y que esta idea de protección constituye una parte de nuestro Ordenamiento social garantizado por el Derecho constitucional, lleva a la conclusión de ser precisamente esta idea de protección la que tiene que conducir *al reconocimiento de un contrato de trabajo válido por lo menos en lo referente al derecho a la percepción del salario y a las condiciones adecuadas de trabajo*. Solamente el contrato laboral al que en esa medida se le reconozca eficacia, puede constituir la base para la aplicación de las normas colectivas sobre salarios y condiciones sociales de trabajo. Porque entonces sería contradictorio negar la pretensión al salario contractual si directamente descansa en el contrato y no en una norma colectiva, cuya aplicabilidad y vigencia sólo es posible por razón del contrato mismo. Si se reconoce un derecho al salario derivado de un contrato de trabajo anulable, pero cumplido, entonces también tiene que ser aplicable el parágrafo 612, párrafo 2 del B. G. B. en el caso que, en especial, resulte radicalmente nula la estipulación sobre el salario, por violencia o engaño, por ejemplo. En opinión de RAMM, se altera con ello el carácter del precepto; se convertiría un precepto dispositivo en Derecho obligatorio corrigiendo con ello la voluntad de las partes manifestadas en el contrato. Pero no cabe hablar de una corrección improcedente de la voluntad de las partes, sencillamente, porque las partes no han manifestado, en absoluto, una voluntad con trascendencia jurídica.

de modo que esa laguna pueda ser completada con el párrafo 612, apartado 2 del B. G. B. *No hay razón ninguna para tratar de modo distinto el caso de estipulación salarial nula de aquel en que no existió, en absoluto, convenio sobre el salario* (264).

No puede ser de aplicación la regla del párrafo 139 del B. G. B. —lo que señalamos para debida claridad—porque está en contradicción con la protección social del trabajador, el que sólo puede ser protegido suficientemente a través de la validez del contrato de trabajo (265).

De cuanto antecede resulta: incluso en el caso de una relación laboral viciada en la base del contrato de trabajo, tiene el trabajador un derecho y acción fundamental a que le sean reconocidas, por el tiempo en que duró su efectiva prestación, las adecuadas condiciones de trabajo, en especial el pago del salario, cuyo importe vendrá determinado por la norma colectiva laboral, en el supuesto de que exista convenio y, en otro caso, por las estipulaciones individualmente acordadas o por el párrafo 612 apartado 2 del B. G. B.

Estos principios básicos que en lo fundamental derivan de la esencia protectora del Derecho laboral, no pueden entrar en juego cuando en el caso particular la causa de ineficacia del contrato de trabajo tiene mayor peso y trascendencia que la necesidad de protección al trabajador.

IV

DOGMÁTICA DE LA RELACIÓN LABORAL DE HECHO

Los supuestos de nulidad y anulabilidad del B. G. B. se ven influenciados de diversos modos por la especial situación de protección propia de la relación laboral, según hemos destacado anteriormente.

(264) También NIKISCH, en cuanto al resultado, *Arbeitsrecht*, I, pág. 291.

(265) Opinión dominante. NIKISCH, *Arbeitsrecht*, tomo I, págs 100 y 162.

1. *Conclusión del contrato defectos de capacidad de obrar* (266).

En la jurisprudencia juega un papel muy importante la cuestión de la nulidad del contrato por *incapacidad o capacidad limitada*.

a) Según la opinión dominante, también en la relación de contrato de trabajo son desisivos los párrafos 104 y siguientes del B. G. B. En la práctica, parece evidente que en la mayoría de los casos existirá la autorización, conformidad o el poder del representante legal cuando el trabajador sufre alguna limitación en su capacidad. El problema se simplificaría sensiblemente si se pudiera aplicar el párrafo 110 del B. G. B. (267).

El párrafo 10 del proyecto de reforma de 1938 proponía que tampoco el patrono que desconociera la incapacidad del trabajador pudiera invocar la nulidad del contrato. En el Derecho vigente se acepta esta concepción desde el punto de vista de oposición ilícita a acto propio anterior—párrafo 242 del B. G. B.—(268). El empresario que de hecho ha dado ocupación al trabajador no puede, sin ir contra el principio de buena fe, invocar la nulidad del contrato.

Es opinión dominante respecto al Derecho positivo en vigor, que la mayoría de las disposiciones de Derecho público, sobre todo, las de protección al trabajador, son de aplicación con independencia de la capacidad de obrar de las partes (269). La mayoría de las normas laborales, por ejemplo, las que regulan la jornada de trabajo y, *sistemáticamente*, todas las referentes a seguridad social, exigen exclusivamente una relación efectiva de ocupación; no presuponen, en consecuencia, ningún contrato de trabajo válido con arreglo al Derecho privado. La necesidad de protección en el trabajo y de seguridad por la actividad laboral efectivamente prestada persisten independientemente de que exista o no un contrato de trabajo (270).

(266) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, § 32, III 2, pág. 173; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, § 20, I, pág. 152, y § 23, II, pág. 187; SCHNORR V. CAROLSFELD, *Lehrbuch*, § 5, págs. 128 y sigs.

(267) STAUDINGER-COING, tomo I, § 110, B. G. B.

(268) HUECK-NIPPERDEY, por ejemplo, *Lehrbuch*, tomo I, pág. 173.

(269) Opinión dominante. SIMITIS, obra citada, págs. 281 y sigs.

(270) Cabe preguntarse en todo caso si está justificado desde un punto de vista sociopolítico y sistemático-jurídico, ver tan diferente la base y funda-

En mi opinión, la idea proteccionista que domina el moderno Derecho laboral autoriza incluso en la actualidad, y desde el punto de vista de la finalidad de los parágrafos 104 y siguientes del B. G. B., una *interpretación restrictiva de estas disposiciones* respecto a la persona del trabajador. Los parágrafos 104 y siguientes del B. G. B. se dirigen en primer término a la protección del incapaz o del que tiene disminuida su capacidad contra reducciones en su patrimonio producidas por negocios jurídicos de contenido patrimonial. Esta finalidad protectora falla precisamente cuando la validez del negocio jurídico—incluso, también el de Derecho privado—impide la protección adecuada de la parte que tiene limitada su capacidad de obrar o que carece de ella; y esto es lo que ocurre en la relación laboral. Naturalmente que al trabajador le incumben entonces también las obligaciones derivadas de la relación laboral; pero estos deberes no están en contradicción con la finalidad protectora del Derecho laboral, porque en las obligaciones que de la relación laboral nacen para el trabajador no puede verse riesgo de perjuicio ninguno para el mismo (271).

b) Es problemática también la cuestión referente a la validez de la relación laboral cuando la incapacidad o limitación de capacidad afecta al empresario. Aquí están en evidente contraposición la protección del empresario que se pretende con la sanción de nulidad y la general necesidad de protección que se le reconoce al trabajador. RAMM opina que, en caso de incapacidad del empresario, su efectiva protección requiere de la nulidad radical del contrato y de la aplicación de las normas sobre enriquecimiento (272). Sin embargo, esta conclusión es discutible, atendida la evolución del moderno Derecho de trabajo, que cada vez sitúa con mayor fuerza y obligatoriedad en primer plano la necesidad de proteger al trabajador. Aun ponderando debidamente los intereses económicos del empresario y del trabajador, habría que pronun-

mento jurídico laboral para las prescripciones sobre plazo y las relativas al derecho al sueldo o a las vacaciones.

(271) El no plenamente capaz está suficientemente protegido en cuanto a la indemnización por daños mediante las prescripciones sobre responsabilidad penal y su aplicación correspondiente a la infracción de deberes e incumplimiento de obligaciones, §§ 827, 828 y 276, B. G. B.

(272) RAMM, *Anfechtung*, págs. 41 y sigs.

ciarse en favor del *mantenimiento del contrato*. Porque el empresario que, en definitiva, ha percibido del trabajador el equivalente al salario, es decir, su prestación laboral, no resulta tan gravemente afectado si se mantiene la eficacia del contrato y, con ello, el derecho a la percepción del sueldo, como resultaría el trabajador que precisa de su salario para su propia subsistencia.

2. *Oposición a las buenas costumbres o a una norma prohibitiva fundamental.*

El caso más grave de nulidad es el de oposición de la relación laboral en su totalidad a las buenas costumbres o a una prohibición legal, de trascendencia tal que la relación laboral íntegra debe considerarse como nula por contravenir elementales principios jurídicos. Aunque varias personas hayan trabajado durante largos años en perfecta armonía como socios de una fabricación de moneda falsa, tal sociedad de hecho es decidida y absolutamente nula; no es aplicable a tales relaciones norma de Derecho de sociedades ninguna. De igual forma, no han podido adquirir los trabajadores por cuenta de una tal empresa derecho ninguno privado (ni laboral) contra el empresario; no pueden reclamar ni el sueldo según tarifa y tampoco rige para ellos el parágrafo 618 del B. G. B. En definitiva, se está en presencia de una mera apariencia de relación laboral (273).

La nulidad de estas relaciones laborales determina que no tengan aplicación siquiera las prescripciones de Derecho público sobre protección al trabajo y seguridad social; ahora bien, esto puede ser dudoso, ya que puede mantenerse que la protección de la jornada laboral, que es de Derecho público, debe tener aplicación, sea cual fuere la dignidad del trabajador (274).

(273) NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, pág. 186. Este resultado me parece desde luego dudoso cuando al trabajador le era desconocida la ilegalidad del fin social y no podía conocerla; es discutible que pueda invocarse frente a ambas partes. HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, págs. 174 y sigs.

(274) Tal vez pueda también independizarse de la buena fe del trabajador la aplicación del derecho a la seguridad social y protección laboral.

3. *Conclusión del contrato con oposición a una prohibición laboral.*

Un grado más leve de nulidad es el del caso en que la actividad del trabajador no es deseable o incluso está prohibida, sin que, sin embargo, choque gravemente contra nuestras concepciones morales; es el caso, sobre todo, de infracción de prohibiciones de determinadas actividades laborales. Estos supuestos deben resolverse a tenor del parágrafo 134 del B. G. B.; lo decisivo es, por tanto, fundamentalmente la finalidad de la norma prohibitiva.

En el Derecho de trabajo hay un grupo de normas protectoras en forma de prohibiciones legales concretas que no ofrece en cambio el Derecho de sociedades, porque le falta a éste la característica idea de protección «unilateral» propia del Derecho laboral. Cuando, en contra de las disposiciones aplicables, se emplea a una mujer todo el día, tal relación laboral no es deseable y no debería haberse constituido. La razón de ser de la prohibición, que, conforme al parágrafo 134 del B. G. B., es de decisiva importancia para determinar la forma y alcance en que a la validez del contrato puede afectar la prohibición, no es, sin embargo, bastante para dar lugar a la nulidad en Derecho privado de los efectos del contrato de trabajo ni, en absoluto, del contenido jurídico privado de la relación laboral; a los fines prohibitivos de la norma le basta con que el empresario pueda ser sancionado, con que la autoridad pueda en cualquier momento disolver la relación laboral con los medios coercitivos que le asisten y con que cada parte pueda dar por terminada en cualquier momento la situación legalmente prohibida. Pero hasta esa terminación, la relación laboral es perfectamente eficaz en Derecho (275).

4. *Conclusión del contrato con defecto de forma.*

El defecto formal ofrece una problemática distinta. Este defecto formal en la conclusión del contrato no afecta a la actividad en cuanto tal del trabajador, sino tan sólo a la constitución del vínculo contractual (276).

(275) NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, § 23, II, pág. 186. NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN, § 611, B. G. B.

(276) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, § 29; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, § 20, II; KASKEL-DERSCH, *Arbeitsrecht*, § 22.

a) Las disposiciones sobre la forma del contrato persiguen en lo laboral, en primer término, clarificar el contenido de las condiciones de trabajo convenidas. No entra en juego, o al menos sólo subsidiariamente, la protección contra extralimitaciones, de tal forma que hay una clara diferencia con la finalidad de los párrafos 313, 518, 766 del B. G. B. No hay normas específicas sobre la forma del contrato laboral que sean de interés público; por consiguiente, no tiene objeto aceptar una nulidad retroactiva por razón de vicios de forma; es, por tanto, bastante la anulabilidad simple (nulidad *ex-nunc*), es decir, la posibilidad que cada parte tiene de dar por terminado el contrato, mediante una declaración de disolución, que no supone su rescisión (277).

Esta opinión es hoy unánime en la doctrina (278).

Puede fundarse en el principio de la buena fe—ilicitud de invocar nulidad inicial conforme al párrafo 125 del B. G. B.—, pero se apoya mejor en la pura finalidad clarificadora que la forma tiene en el Derecho laboral, que juntamente con el carácter duradero de la relación debe llevar a una interpretación restrictiva del párrafo 125 del B. G. B. En otros términos: el principio de la estabilidad o mantenimiento reforzado y el de que la forma responde exclusivamente a razones de claridad, determinan que un defecto formal dé lugar exclusivamente a la posible *disolución* del contrato, válido mientras ésta no tiene lugar.

b) Si el defecto de forma se refiere tan sólo a alguna estipulación *singular*, entonces producirá la nulidad efectiva de ésta; la estipulación nula habrá de ser sustituida por la regulación que corresponda según los principios jurídico-laborales aplicables.

c) El principio de la buena fe puede asimismo entrar en juego en cuanto a la posible cuestión de si es compatible la estimación del defecto formal con la pretendida disolución *ex-nunc* de la relación laboral. Me parece totalmente posible que la ejecución prolongada de la relación laboral haya conducido a una tal solidez del vínculo jurídico y claridad del contenido de las condiciones de trabajo, que sea improcedente la invocación ulterior del defecto de forma y la exigencia de disolución de la relación laboral.

(277) B. A. G., B. B., 1958, pág. 156; N. J. W., 1958, pág. 397.

(278) RAMM; HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, § 32, III, págs. 170 y sigs.; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, § 20, III.

5. *Anulación del contrato de trabajo por error, violencia o dolo.*

Entre las causas de anulación se han destacado por la jurisprudencia, sobre todo, los casos de error, conforme al párrafo 119, párrafo 2, del engaño malicioso y de la intimidación o violencia del párrafo 129 del B. G. B.

En el supuesto del párrafo 119 del B. G. B. tiene singular relevancia el error acerca de las condiciones personales del trabajador, por ejemplo, ignorancia de una condena anterior indicativa de falta de honradez (279). El problema principal en el engaño malicioso radica, conforme al párrafo 123 del B. G. B., en silenciar circunstancias y condiciones personales. La jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que no existe una obligación en términos generales de detallar antecedentes, por ejemplo, referidos a sanciones anteriores; el simple silencio sólo es constitutivo de engaño malicioso cuando el trabajador venía obligado por imperativo de la buena fe a comunicar aquellas circunstancias (280). En el caso de anulación por violencia o intimidación lo decisivo será la ilegalidad de ésta en atención a la relación laboral.

a) En cuanto a los *efectos* de la anulación debe distinguirse, al igual que en los supuestos de nulidad, entre el espacio de tiempo, anterior y posterior al comienzo del trabajo. Antes de que éste se inicie, son de plena aplicación las prescripciones del B. G. B. con la consecuencia de destrucción retroactiva del contrato laboral (párrafo 142, ap. 1 del B. G. B.) y el deber de indemnización conforme al párrafo 122, que obliga a restituir la ganancia dejada de percibir.

Para el tiempo *posterior a la iniciación del trabajo* viene a reconocerse hoy en día, según lo antes expuesto, que la anulación no tiene plenos efectos retroactivos (281). La relación laboral no puede ser disuelta en su totalidad, sino con efectos *ex-nunc*. La destrucción relativa conforme al párrafo 142, párrafo 1 del B. G. B., sólo tiene lugar en los casos de engaño malicioso y de intimidación

(279) RArbG. Samml. 26, págs. 275, 36, págs. 147 y 411.

(280) L. A. G., HANNOVER, ArbR. Samml. 2: R. G., J. W., 35, pág. 1.233; ENDEMANN, B. B., 1953, pág. 266. Más recientemente B. A. G., A. P., Nr. 2, § 123, B. G. B., B. B., 1958, pág. 232, y WAEGENBAUR, B. B., 1958, pág. 1.061.

(281) Nota 216.

ilegal, y además exclusivamente respecto a las concretas estipulaciones afectadas por el daño o la coacción (282). El interés de proteger al trabajador no requiere normalmente que deban mantenerse para el pasado aquellas estipulaciones contractuales que fueron parte integrante del contrato a consecuencia de una conducta irregular. RAMM (283) quiere aceptar para estos casos la radical nulidad retroactiva de la relación laboral, por entender que se da aquí—según enseña la acción penal pública contra coacción y estafa—un interés general preferente del tráfico jurídico a la garantía contra el engaño y la coacción psicológica. Ha de reconocerse que habrá, en efecto, casos en que el engaño y la violencia, por razón de su grave repercusión antisocial, deberán determinar la caída de la relación laboral en su integridad. Sin embargo, en general no parece que el equilibrio debido entre el tráfico jurídico y la protección del trabajador haya de conducir a una nulidad radical de la relación laboral, sino que más bien debe bastar la posibilidad de su disolución en cualquier momento y la destrucción retroactiva de las concretas estipulaciones viciadas por el engaño o la violencia, manteniéndose, en cambio, en cuanto al resto la relación laboral (284).

b) Finalmente se plantea la discutida cuestión de si esa disolución de la relación laboral que hemos descrito ha de calificarse como *anulación modificada* o—dada su regular eficacia *ex-nunc*—mejor como *denuncia* (285).

Desde el punto de vista de su eficacia disolutoria ha de tenerse en cuenta que en los supuestos de anulación parcial por causa de engaño o intimidación se produce en todo caso una destrucción retroactiva de la relación laboral, por más que normalmente sólo limitada, y que ésta no puede producirse nunca como consecuen-

(282) L. A. G., FRANKFURT, R. D. A., 1949, pág. 489; L. A. G., BREMEN, A. P., 1951, Nr. 86; ArbG. BREMEN, B. B., 1953, pág. 1.089; HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch*, I, págs. 170 y sigs.

(283) *Anfechtung*, pág. 38.

(284) Con razón llama HUECK, en HUECK-NIPPERDEY, obra citada la atención sobre el hecho de que también la invocación del engaño procede; por esta vía se impide la eliminación retroactiva de los efectos jurídicos que derivan de la pertenencia a la empresa.

(285) NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, pág. 198. Han de citarse asimismo a los representantes de la teoría de la denuncia.

cia de la denuncia. Si no quiere abandonarse la terminología usual del B. G. B., que sólo conoce una institución única para declarar la anulación por consecuencia de error, engaño o intimidación, entonces habría que calificar también la disolución del contrato de trabajo por causa de error, etc..., como anulación.

Por otra parte, la disolución sólo podría ser calificada como denuncia cuando sus presupuestos coincidieran con los normales en el Derecho de trabajo para la denuncia sin plazo. Por consiguiente, la cuestión se plantea en los siguientes términos: ¿Puede la relación laboral anulable ser disuelta simplemente por causa de nulidad o debe ser ésta al propio tiempo causa grave para una denuncia sin plazo? Esta cuestión que se plantea en términos muy parecidos para la sociedad de hecho tiene hoy casi unánime respuesta en la apreciación de que la anulación sigue constituyendo un supuesto excepcional de disolución de la relación laboral al lado de la causa grave (286). Pero cada vez más acusadamente, se impone la restricción de que la causa de anulación debe subsistir en el momento de denunciar el contrato y que debe ser también entonces lo suficientemente importante como para justificar la disolución de la relación laboral (287). Evidentemente que el engaño malicioso justifica la disolución como regla general aun en caso de tratarse de una relación prolongada durante largo tiempo y, ello, en razón del abuso de confianza. En cambio, el error sobre sanciones anteriores, por ejemplo, puede decaer como tal motivo de disolución si la relación se ha mantenido durante un período de tiempo sin problemas y con prestación adecuada de su trabajo por parte del asalariado. Con ello se sitúan los presupuestos de hecho de la disolución aproximadamente a media distancia entre los que son propios de la anulación y los de la denuncia sin plazo.

Sin embargo, me parece decisivo el que en el Derecho del trabajo la denuncia lleve aparejados determinados presupuestos y

(286) HUECK-NIPPERDEY-TOPHOVEN, *Tarifvertragsgesetz*, 4.^a edición, 1957, § 4; HUECK, *Kündigungsschutzgesetz*, 3.^a edición, § 1. 25; HUECK, B. B., 1952, págs. 263 y sigs.; KAUFFMANN, 1953, págs. 11 y sigs.; HERSCHEL, B. B., 1953, págs. 1.059 y sigs.; HESSEL, A. R.-BLATTEI ARBVERT-ARBVERCH.

(287) HUECK, B. B., 1952; KAUFFMANN, 1953, pág. 11; NIKISCH, *Lehrbuch*. I, pág. 194; ESSER, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1949, pág. 286; WUERDINGER en R. G. R., H. G. B., 2.^a edición, 1953, § 72.

SCHROIDER, en *Schlegelberger Komm.* H. G. B., 1950, § 72; FREY, AuR, 1953, págs. 368 y sigs.; HUNN, AuR, 1954, pág. 19.

consecuencias, por ejemplo, el consentimiento sobre la institución sanatorial básica para accidentes graves, la protección general y especial contra la denuncia y similares. Estas normas especiales no son aplicables a la disolución de las relaciones laborales por causa de anulación (288) porque presuponen un contrato laboral válido. Esta es la razón fundamental para *no calificar a la anulación «ex-nunc» como denuncia, en el Derecho de trabajo*. A ello hay que añadir aún que el parágrafo 122 del B. G. B. sólo es aplicable cuando la disolución se conceptúa como anulación. La indemnización de daños con arreglo al parágrafo 122 del B. G. B. me parece, no obstante, muy justificada en casos determinados de disolución anticipada a consecuencia de causas de anulación. Así, por ejemplo, cuando un empresario disuelve anticipadamente una relación laboral en base a error según el parágrafo 119, apartado 2 del B. G. B., entonces no debe impedírsele al trabajador que pueda hacer valer su derecho a indemnización por daños, si al empresario no le ha asistido además de la causa de anulación un motivo grave para la disolución de la relación laboral. Si la relación laboral es por plazo indefinido, la posibilidad de su denuncia ordinaria excluirá normalmente cualquier daño.

E) Conclusiones.

I

GENERALIDADES

No existe un problema general y sistemáticamente unívoco sobre las relaciones contractuales de hecho. Las relaciones de sociedad o de trabajo ejecutadas voluntariamente, aunque con un defecto básico inicial, de una parte, y, de otra, la aplicación de prestaciones de la «Daselnvorsorge», integran dos grupos de problemas que son funcional y jurídicamente distintos. De ahí que su conceptualización única como «relaciones contractuales de hecho»

(288) B. A. G., N. J. W., 1958, pág. 516; B. B., 1958, pág. 233; L. A. G., DUESSELDORF, B. B., 1958, págs. 485 y sigs.

sea incorrecta desde un punto de vista sistemático-jurídico; puede mantenerse, desde luego, por razones prácticas, si bajo ella se entiende como expresión concisa, una modificación más o menos amplia del negocio jurídico y del contrato en los campos del cuidado de las necesidades vitales, del Derecho laboral y del Derecho de sociedades.

II

EL CUIDADO DE LAS NECESIDADES VITALES. «DASEINVORSORGE»

1. En este campo del *cuidado de las necesidades vitales* no existe fundamentación de relaciones de prestación «sin contrato». Las situaciones de hecho, típicas del tráfico de masas, pueden ser encuadradas dentro del Derecho contractual del B. G. B.

2. La conducta social típica de las partes cobra carácter jurídico-negocial por la fuerza normativa de la concepción del tráfico, de tal forma que puede serles reconocida como declaración de voluntad a los partícipes en el tráfico. La declaración de voluntad del que participa en el tráfico tiene que ser independiente del momento de voluntad individual, por consecuencia de la tipicidad, y por la necesidad de que la asistencia y el tráfico se desenvuelvan sin roces—y también por consecuencia de la fuerza normativa de la concepción del tráfico—. En mi opinión, basta para el concepto de declaración de voluntad que, según el tráfico, pueda esperarse de una determinada conducta una voluntad declarativa correspondiente. Por lo menos se fundamentará en el tráfico jurídico una responsabilidad nacida de la confianza, gracias a la conducta social típica. Una disparidad entre declaración y voluntad en el caso de que falte conciencia de la declaración o voluntad negocial, particularmente el error acerca de la significación normativa de una conducta según la concepción del tráfico, no confiere derecho a la impugnación de la relación de prestación (289).

(289) La teoría desarrollada por KRAUSE y RAISER de que a la concepción del tráfico es atribuible en determinados casos, más allá de su función interpretativa propia, otra que regula irrevocablemente la conducta como declaración de voluntad, coincide en la *práctica* con las consideraciones que hacen,

3. La protesta verbal del declarante contra la valoración que a su conducta puedan conferir los usos del tráfico es inaceptable en Derecho en cuanto *protestatio facta contraria*, porque no es conciliable lógicamente con su conducta; y expresa, además, exclusivamente una determinada opinión jurídica del declarante. Lo decisivo para la valoración jurídica ha de ser, al menos, en supuestos de hecho tipificados, el hecho, no la palabra.

4. La valoración de una conducta social típica como negocio jurídico irrevocable, que impone la concepción del tráfico en razón al carácter colectivo del ciudadano de las necesidades vitales, no puede trasladarse a la fundamentación y conformación de relaciones jurídicas de Derecho privado.

III

RELACIÓN DE SOCIEDAD

1. La nulidad o anulabilidad del *contrato de sociedad* no puede conducir, en absoluto, a una ineficacia inicial, ni a la destrucción retroactiva de la relación social realizada, si de hecho la sociedad empezó a funcionar. Las prescripciones del B. G. B. sobre nulidad y anulabilidad han de retroceder ante la colaboración económica y personal de los socios que ha tenido realidad y vida cierta. Que estas relaciones duraderas disfrutan en nuestro Ordenamiento jurídico de protección reforzada frente otras relaciones obligacionales es algo fácilmente comprobable a la luz de la Ley y de la jurisprudencia.

2. Los supuestos de nulidad y anulabilidad conducen fundamentalmente a una simple disolución *ex-nunc*, con la consecuencia que la desmembración del patrimonio social debe llevarse a cabo conforme a los principios generales de aplicación (liquidación). La sociedad defectuosa debe ser considerada como plenamente efi-

sobre todo, HAUPT, LARENZ y el Tribunal Supremo federal en el sentido de que la tipicidad social de la participación en la *Daseinvorsorge* excluye una valoración jurídica distinta de la que determinan los módulos de valor de las formas masivas.

caz hasta el momento de su disolución; su solidez legal no ha de estimarse figuradamente eficaz, sólo con vistas a su liquidación. Los socios tienen, por lo regular, iguales derechos y obligaciones que les corresponderían si el contrato social fuera perfecto.

3. La ineficacia retroactiva de la relación de sociedad en su integridad, o en alguna de sus partes, sólo tiene lugar en casos excepcionales cuando a su liquidación conforme al Derecho de sociedades se oponen graves intereses de la comunidad o de personas individuales merecedoras de especial protección. La relación de sociedad es decididamente nula cuando choca con prohibiciones legales absolutas o contra las buenas costumbres. Una nulidad o anulación parcial tiene lugar en casos de nulidad formal de estipulaciones contractuales singulares: engaño malicioso, por ejemplo, sobre condiciones particulares. No es de aplicación en estos casos el párrafo 139 del B. G. B. Las lagunas correspondientes deben suplirse mediante una complementaria interpretación del contrato, o aplicación subsidiaria de normas reglamentarias de la sociedad, o por el arbitrio judicial.

4. La sociedad defectuosa termina en virtud de denuncia o de sentencia, en su caso (párrafo 723 del B. G. B., 133 del H. G. B.). La causa de nulidad o anulación es, por regla general, bastante para determinar la disolución para el futuro (liquidación). Cuando el defecto existente en el momento de la conclusión del contrato afecta a su ejecución, debe continuar siendo trascendente a la hora de invocarlo; en otro caso, ha sido subsanado por la ejecución de hecho del contrato de sociedad.

5. Los principios expuestos son válidos, en primer término, para la sociedad mercantil colectiva y para la comanditaria, pero también para la sociedad de Derecho común (B. G. B.) erigida con finalidad duradera y también, por regla general, para la sociedad de capital, en la medida en que el socio capitalista participa y responde del valor de la empresa y mantiene una actividad en ella (290).

(290) SIEBERT. *Die faktische Innengesellschaft*, B. B., 1958, pág. 1.065.

IV

RELACIÓN LABORAL

1. El *contrato de trabajo viciado* es objeto del mismo tratamiento que el de sociedad que hemos comentado, en cuanto que se trata de una relación obligacional duradera. Abogan en este caso contra una ineficacia retroactiva, aparte de las razones de protección reforzada a la relación duradera y de su especial estructura muy personalizada, fundamentalmente la necesidad de protección social del trabajador.

2. Como particularidades pueden destacarse el que no hace ineficaz al contrato la falta de capacidad del trabajador, en razón de la finalidad protectora de los parágrafos 104 y siguientes del B. G. B. Tampoco la oposición a una prohibición laboral fundamenta una nulidad retroactiva. Los defectos de forma no afectan retroactivamente a la eficacia del contrato en razón a que tienen una significación meramente clarificadora. Por consideraciones de buena fe pueden, incluso, ser subsanados por el transcurso del tiempo.

3. La relación laboral de hecho puede disolverse *ex-nunc* si el primitivo motivo de nulidad o anulación sigue siendo suficientemente transcendente para justificar la disolución del contrato. Es aconsejable no calificar este derecho como denuncia, porque tanto sus presupuestos como sus efectos se diferencian notablemente de los que son propios y característicos de ésta.