

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XVIII

Noviembre de 1942

Núm. 174

La crisis del contrato (*)

La renovación de las tradicionales categorías jurídicas.—La transformación del derecho privado.—El retorno a la realidad.—Ruptura de la divisoria entre "jus publicum" y "jus privatum"—Revisión de los viejos conceptos contractuales.

Coincide con el espíritu de este trabajo la tesis sostenida por el profesor Freisler en el año último, en cuanto reconoce la superación de los viejos principios contractuales por la realidad de un Estado concebido como comunidad de sangre y de destino.

Según Freisler (1), tres categorías jurídicas—contrato, propiedad y persona—han sido afectadas por la deformación liberal. ¿Hay acaso un movimiento cíclico en lo jurídico como en lo económico?

Para Freisler, la Edad Media se caracteriza por una reglamentación institucional del trabajo, lograda a través de los gremios. El siglo XIX considera el contrato del trabajo como una *locatio-conductio* romano. Ahora, la Carta del Lavoro y nuestro Fuenro del Trabajo recuperan el sentido institucional del trabajo mismo.

La abstracción de la figura intelectual del contrato produce diferentes injusticias de gran tamaño. En primer lugar, trata en pie de igualdad al patrono y al obrero. En segundo lugar, capta sólo los contratos individuales del trabajo, sin darse cuenta de las comunidades de obreros y patronos. En tercer lugar, es incapaz de dar forma jurídica a la

(*) Véase el número anterior.

(1) Freisler: *Grundlegende Deukjormen des Rechts im Wandel unserer Rechtserneuerung*. Berlin, 1941.

importancia funcional de la fábrica, es decir, del establecimiento de trabajo.

El concepto fundamental de que debe partir el Derecho nuevo es el de la nueva vida. Y este concepto supone el de la comunidad. Esta no es una abstracción, y por ello puede investigarse su núcleo esencial como quien se dispone a analizar algo vivo y tangible.

Por eso precisamente desde este punto de vista de la comunidad es desde donde se han de considerar todas las categorías jurídicas. Como consecuencia de esto, el contrato no debe extenderse a fenómenos dispares. Sobre todo, no abarca la creación de comunidades. Ello equivale a decir que ni el Estado, ni el matrimonio, ni la entrada en una comunidad de trabajo se realizan fundamentalmente a base de contratos. El "contrato social" no existe ni históricamente, ni como idea regulatriz. La pertenencia a un pueblo—dice Freisler, coincidiendo aquí con la doctrina de José Antonio—es "destino". No puede hablarse de unión, ni de darse de alta ni de baja. No existe en la realidad, dentro del Estado actual, sino expulsión (de parte de la comunidad) y traición (de parte del individuo). La pertenencia a un pueblo no se basa en un juramento, sino en la sangre. El matrimonio es una comunidad enfocada hacia la conservación de la especie. El acto estatal que lo reconoce es un mero medio artificial por el que se da seguridad jurídica a las relaciones originadas por la existencia del matrimonio.

Finalmente, no se cierra un contrato al entrar un obrero en una empresa. Este hecho supone, no un mero formalismo jurídico, sino la aceptación de un nuevo compañero en la "comunidad creadora del trabajo". Los contratos han superado así su finalidad individualista para transformarse, como dice Freisler, en instrumentos del "bienestar de la comunidad".

Este cambio operado en las tres categorías jurídicas, contrato, propiedad y persona, a que alude Freisler, simboliza la amplia renovación operada en el ámbito del Derecho privado en general. Asistimos, ciertamente, a un viraje de la construcción jurídica contemporánea. Se trata de un "retorno a la realidad" (1). Pero no un retorno a la realidad sociológica, siguiendo el positivismo de Comte, ni un retorno a la estricta realidad normativa de Kelsen. La norma jurídica—decía éste—es la única realidad. Ahora bien, la teoría pura del Derecho nació en

(1) Batlle: *El derecho civil y el nuevo Estado*, pág. 19. Murcia, 1940.

el ambiente espiritual de la postguerra viendo el mundo desde el ángulo austriaco. Es una época de racionalismo de toda la vida espiritual, política y económica. En el terreno constitucional se consagra el triunfo de la técnica jurídica. El exagerado sentido relativista del momento hace que la norma formal sea el único patrimonio común. No existe comunidad auténtica ni patetismo fecundo. Por eso, cuando el Estado democrático es sustituido por el Estado totalitario, se revela—muy a pesar de los apologistas kelsenianos—que la teoría pura del Derecho, nacida en una situación de crisis de la cultura y del Estado, no puede tener vigencia en una época realista que ensalza la vida y todo lo que es vital.

Este retorno a la realidad social que ha de ser la base de lo jurídico supone no sólo la liberación de los principios individualistas que informaron la escuela del Derecho liberal, sino también la del positivismo jurídico kelseniano, que es una culminación racionalista del abstraccionismo formal que considera el Derecho como una categoría distinta e independiente del vitalismo tangible y humano que es típico del mundo actual.

Así como el Derecho de familia tiene notas y caracteres que le colocan por encima de la simple consideración privada (1), así también el Derecho contractual ha roto la línea divisoria entre la tradicional separación de público y privado.

En el ámbito del Derecho corporativo, por ejemplo, hay una actividad normativa que impone al empresario un freno y *disciplina*. Así, la gestión de la producción no es propiamente privada, como dice Serpieri (2), o, por lo menos, no lo es en el sentido del propio sistema liberal, porque cada vez va recibiendo más elementos públicos que privados, haciendo que se debilite por momentos la rígida divisoria entre "público" y "privado".

El conflicto entre el *jus publicum* y el *jus privatum*, conocido ya en el Derecho romano, hace su aparición en el Derecho alemán a raíz de la disolución del orden jurídico medieval, basado en estamentos sociales. El tránsito del Estado feudal medieval al moderno Estado monárquico, apoyado en sus funcionarios públicos, es el hecho que engendra la disgregación de la esfera jurídica, disgregación que con los

(1) Cicu: *La filiación*. Edic. "Rev. Derech. Priv." Prólogo.

(2) Arrigo Serpieri: *Economía política corporativa*. Trad. Vergara. Año 1940, página 75.

años sucesivos fué desarrollándose sistemáticamente. El sistema político del absolutismo, por una parte, en conjunción con la idiosincrasia burguesa en la época del enciclopedismo, por otra parte, contribuyeron ambos a ahondar y a estabilizar este conflicto. Mas no tardó mucho en producirse una extensión de la esfera del Derecho privado a expensas de la esfera del Derecho público. El racionalismo del siglo XVIII se encargó de suministrar el material ideológico a tal efecto. La doctrina del Fisco nos muestra una prueba patente de la penetración de la idiosincrasia jurídico-burguesa. Aun en tiempos de Kant se consideraban términos opuestos el *jus civil* y el *jus naturale*. El *jus civil*, en su forma de manifestación histórica, según Kant, tenía aún cierto carácter propio de Derecho constitucional. La equiparación completa entre Derecho civil y Derecho privado débese a acontecimientos posteriores. Esta equiparación terminológica, que en su aspecto material no es del todo justa, indica cuáles son las fuerzas políticas que son responsables de la extensión dada a la esfera del Derecho privado. Era comúnmente admitido que el campo del Derecho público se caracteriza jurídicamente por la relación de subordinación dimanante de la soberanía, mientras que el campo del Derecho privado se caracterizaba, a su vez, por una relación de coordinación de orden contractual. De aquí se deduce fácilmente la conclusión de que la forma normal de manifestación jurídica en el campo del Derecho público era la disposición legal, unilateral y de carácter soberano, mientras que en el Derecho privado lo era el contrato bilateral o multilateral. Lo restante se redujo a confeccionar meticulosamente para cada hemisferio jurídico, pues no otra cosa era, en efecto, su correspondiente catálogo de especialidades jurídicas, tanto de Derecho material como de procedimientos. Era a base de la diferenciación, de la demarcación y de la contraposición continuas de ambos hemisferios de lo que se nutría el mundo jurídico liberal. El hecho de que los límites entre ambas zonas fuesen movedizos y de que se apreciara una constante expansión de la ideología de Derecho privado a expensas del Derecho público, no llega a modificar nada en la apreciación del conflicto. La ciencia jurídica liberal se caracterizaba precisamente por su intenso afán de diferenciación y de desintegración.

Prácticamente predomina el Derecho privado, y tanto desde el punto de vista de la extensión como desde el de la importancia, pasa el Derecho público a ocupar un segundo plano, viniendo a ser como

una especie de Derecho supletorio cuya misión radica exclusivamente en afianzar al Derecho privado. El ordenamiento jurídico liberal encuentra su íntima justificación en el Derecho privado.

La tendencia a "privatizar" toda la ideología jurídica, caracteriza—como dice Walz (1)—toda la evolución del pensamiento desarrollada a través del siglo XIX. Pero el Estado autoritario reivindica su soberanía e incluye dentro del interés de la comunidad el interés privado, particularista, lleno de egoísmos liberales, de cada individuo. Esto quiere decir que la comunidad nacional no puede dividirse. Ha de ser el pueblo entero el que, desde diferentes aspectos de la vida, desarrolla su propia existencia personal y política, englobando ambas esferas parciales.

A este respecto importa recordar la doctrina de Müller (2), en cuanto a la postura jurídica del individuo frente al interés de la colectividad. "La novedad fundamental—dice Müller (3)—que surge con la llegada al Poder, para transplantarse del programa político, y por encima de la esfera del Movimiento, a la realidad, es la concepción diferente del espíritu de la totalidad. La totalidad es el pueblo. El Estado no puede hallarse ni al lado, ni por debajo, ni por encima de él, sino que es "el organismo viviente del pueblo". ("Der lebendige Organismus des Volkstums". Ad. Hitler, *Mein Kampf*, pág. 434.) "Por lo tanto, el Derecho no es algo que pueda ser aportado desde fuera al pueblo, sino que es una forma de manifestarse del orden vital popular. El pueblo, empero, no es una multitud formada ni casual ni arbitrariamente, sino una unidad que se ha producido de un modo natural a base de elementos raciales. Nacional sólo lo es quien sea de sangre alemana o afín." (Punto 4 del programa del Partido.) "Por consiguiente, la totalidad no es suma de individuos, sino que el individuo es miembro de la totalidad. Sus acciones y omisiones son, por necesidad natural, una parte de la vida nacional, y deben, por tanto, encajarse a ésta. Su actividad debe producirse dentro del marco de la totalidad y en beneficio de la generalidad." (Punto 10 del programa del Partido.) Expresado en pocas palabras: "La utilidad ge-

(1) G. A. Walz: *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* págs 99-101 Berlin, 1-IV-1942.

(2) Horst Müller. *Die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts seit der Machtübernahme*. Freiburg i. Br., 1938.

(3) Ob. cit., pág. 5.

neral está por encima de la utilidad particular." ("Gemeinnutz geht vor Eigennutz". Punto 24 del programa del Partido.)

Este concepto del interés general es, sin duda, algo que está en el sentimiento del pueblo (*Volksempfindem*), aunque no haya sido definitivamente definido en los Códigos. Se trata, pues, de que la conducta de los particulares sea objetivamente justa en el juego de sus relaciones civiles.

En este sentido—recuerda Müller (1)—se planteó, a principios del año 1936, en el Pleno del Tribunal Supremo de Berlín, el problema de si podía ser nulo un negocio jurídico que cayese dentro del artículo 138 del D. G. B., por ser opuesto a las "buenas costumbres", cuando la prestación y la contraprestación están desproporcionadas. Por ejemplo, el comprador adquiere algo a precio considerablemente elevado; el deudor acepta un crédito en condiciones desventajosas. ¿Es solamente el negocio jurídico nulo—tal como hasta ahora lo admitía la Jurisprudencia—, o, además, de ello, cabe esgrimir un reproche moral contra las partes? ¿Débese, por tanto, someter cada negocio jurídico al examen judicial, en el sentido de que ninguna de las partes se halle en situación de considerable ventaja, o se limita su intervención al caso en que comete alguna transgresión? El Pleno del Tribunal Supremo ha proclamado que la simple desproporción entre prestación y contraprestación no es suficiente. Debe comprobarse, además, en la parte aventajada una tal intención que haga que el negocio jurídico, tanto por su contenido como por su causa y su efecto, sea contrario al "sano sentimiento del pueblo".

En el mismo sentido se orienta la opinión de Kretschmar (2), quien afirma que, "al concebir de modo diferente la posición y la importancia del individuo dentro de la comunidad del pueblo (*Volksgemeinschaft*) tal como se ha operado por efecto del Movimiento nacionalsocialista, en las relaciones jurídicas del Derecho privado, se acusa un incremento en la esfera de los deberes. El camino para llevarlo a la práctica ha sido ya preparado por los artículos 157, 226, 242, 817 y 826 del B. G. B., que responden al "sentimiento ético del pueblo".

Una nueva concepción de la vida política tenía forzosamente que operar este fenómeno. En Italia, el criterio que inspira las líneas direc-

(1). Ob. cit., pág. 27.

(2) Paul Kretschmar, "Beiträge zur Erfüllungslehre", en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, t. 50, pág. 149, 1936.

trices del nuevo Código civil coincide en cierto modo con aquel espíritu, aunque se desvíe de las escuelas que proclaman como norma del comportamiento de los particulares el interés común. "La consecuencia fundamental de las innovaciones introducidas—dice Putzolu (1)—es una notable limitación de la voluntad privada. El contrato individual se organiza en función de su conexión con el sistema económico general. La disciplina del contrato está dominada por el nuevo espíritu. Alguno ha puesto en duda que el contrato tuviese todavía una función propia jurídica en el orden fascista. Pero la duda desaparece cuando se le considera, no como medio a disposición de uno solo, para obtener una finalidad particular, sino como instrumento de cooperación de las fuerzas económicas generales y de las individuales para la reunión de los fines indicados en la Carta de Trabajo: En el cumplimiento de las obligaciones se acusa el nuevo sentido de la vida jurídica. Ya no es el puro egoísmo individual el que conduce al acreedor a descuidar los sanos intereses del deudor, y viceversa, sino que hay una regla de equidad que exige que cada uno de los puntos de la relación obligatoria experimenten el deber de no rechazar la consideración de las razones del otro y de fundir ésta en el propio interés, según el espíritu de solidaridad que debe animar la vida de relación en el Estado fascista."

Todo esto nos lleva a la conclusión final. Ya no puede concebirse el contrato dentro de los estrechos límites de la concepción jurídica individualista. Hay una realidad humana y social que el Derecho debe recoger. Para encauzarla cuando se manifiesta torcidamente, o para obtener de ella el más fecundo rendimiento cuando encierre un fondo de utilidad vital. Pero los viejos principios de la libertad contractual, de la suprema autonomía de la voluntad, han sido superados por la necesidad de ordenar las relaciones entre los particulares bajo la suprema jerarquía del bienestar de la comunidad.

Ya el fin del Estado no es simplemente el Derecho. Como proclamaron aquellos políticos españoles que pensaban al compás de la teología católica, la finalidad del Estado es fundamentalmente el bien común. Supeditar el orden privado a este interés supremo de la comunidad ha de ser una de las características de la transformación experimentada por el Derecho privado. Los hombres viven dentro de la

(1) Antonio Putzolu: "Panorama del Codice civile fascista", en *Riv. di Diritto Privato*, anno XI-1941-(XX), núm. 6, págs. 318 a 322.

unidad de la patria. Los viejos antagonismos irreconciliables deben ser sustituidos por un principio de armonía y de solidaridad. "Ante este sentido económico de colaboración—dice Batlle (1)—hay que afirmar la necesidad de borrar del Código civil hasta los últimos vestigios del Derecho de clase, residuos del liberalismo, pero sin llegar al sentido hostil del socialismo" (2).

Como consecuencia, debe acusarse una intervención más intensa de los órganos del Estado, especialmente de los Jueces, para impedir la lucha contractual en condiciones desventajosas para una de las partes, regulando la *rescisión por lesión*, el principio de la *buena fe* y la cláusula *rebus sic stantibus*, asegurando la observancia de lo que Ripert ha denominado la "regla moral" en las obligaciones civiles (3).

En efecto, entre todas estas medidas, la cláusula *rebus sic stantibus* adquiere nuevo vigor. Al amparo del principio de la "presuposición" y de la "base del negocio", aquella cláusula se revigoriza en la doctrina actual para permitir la rescisión de los contratos (fundamentalmente, en los sucesivos y a largo plazo) cuando las circunstancias que concurrieron al momento de la perfección se modifiquen por la aparición de acontecimientos posteriores.

La Jurisprudencia alemana ha venido a revalorizar este concepto. En España, el Tribunal Supremo dictó en dos ocasiones—14 de diciembre de 1940 y 17 de mayo de 1941—dos sentencias sobre este particular, en las que en cierto modo parece dejarse abierto el camino para la admisión de dicha cláusula (4).

Nuestro Código civil, como es natural, no afronta claramente el problema. Sin embargo, no es aventurado afirmar que a través de

(1) Batlle. Ob. cit., pág. 35.

(2) Sobre los límites y la dificultad de esta posible revisión, véase Heinrich Lange "Die Neugestaltung der Anfechtung und das Vertragsverhältnis", en *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, tomo 53. 1941.

(3) Abello: "Della rescissione per lesione nella vendita a prezzo fissato i più messa unilaterale di vendita", en *Foro Ital*, 1921-I, pág. 258.—Solassi: "Sull'origine storica della laesio aenormis", en *Bull. Ist. Dir. Romano*, XXXI, págs. 51 y sigs.—Sobre el problema del concepto de equivalencia jurídica en los contratos de cambio. Burghart: "Der Einfluss des Missverhältnisse von Preis und Wert auf die Gültigkeit des Kaufsvertrags, insbesondere im Grundstückverkehr", en *Iherings Jahrbücher*, páginas 205 y sigs. 1936.

(4) Véase Osorio Morales en *Rev. Gen. de Leg. y Jus.*, primero y segundo semestres de 1941.

varios de sus artículos puede entreverse la aplicación de principios totalmente contrarios a la admisión de esta cláusula.

Así, el 1.129 establece que perderá el derecho el deudor a utilizar el plazo cuando, después de contrato, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. El 1.575 dice que el arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra, y el 1.576 afirma que tampoco la tendrá en el caso de que los frutos se hayan perdido después de estar separados de su raíz o tronco. Con relación al censo, el artículo 1.625 de nuestro Código civil establece que si se pierde en parte la finca, no se redimirá el censatario de pagar al censualista el canon.

Sin embargo, y contrariamente a estos antecedentes, en la legislación del nuevo Estado hay un caso concreto de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Es el de la *Ley de 5 de noviembre de 1940*, relativa a la regulación de contratos anteriores al 18 de julio o hechos en zona roja, que en su artículo 7.º consagra la doctrina de la cláusula estableciendo que tales contratos sólo se modificarán equitativamente en el supuesto de que, por circunstancias de guerra, representen una desproporción económica de la tercera parte de su valor. Y así como la Jurisprudencia alemana parece inclinarse, en determinados casos, hacia la rescisión del contrato, la Ley española sólo reconoce la posibilidad de la modificación.

La importancia de la introducción de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos trasciende incluso fuera del ámbito del Derecho civil hacia el procesal. En efecto, en una concepción política organizada bajo el supuesto de la división de poderes, la función juzgadora tendría facultades concretamente delimitadas y precisas. Sin embargo, en el Estado autoritario es forzoso reconocer que el Juez juega un papel de menos pasividad en el proceso. Así será posible que un Juez, cuando una de las partes solicite la rescisión de un contrato al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus*, no sólo acuerde la rescisión o el mantenimiento del contrato, sino también su modificación, con el fin de adaptarlo a la nueva situación creada.

Derivación quizá de este principio es la que el docto e ilustre Catedrático de la Universidad de Madrid, D. Nicolás Pérez Serrano, viene a denominar genéricamente "el amparo judicial para la revisión de los contratos", contenido, si bien con carácter temporal y limitado a la duración de la guerra, en la "Verordnung der Vertragshilfe des

Richters aus Anlass des Krieges", de 30 de noviembre de 1939 (*R. G. B. I.*, I, pág. 2.329), cuya fundamentación se encuentra, sin duda, en la doctrina nacionalsocialista del primado del bien común sobre el interés privado, "queriendo hacer de los Tribunales factor esencialísimo para la renovación del Derecho, aunque para ello necesite romper a veces con el fetichismo de la Ley y obligue a auscultar más intimamente las aspiraciones de la convicción jurídica popular" (1).

De este modo desborda el contrato los estrechos límites de la vieja concepción individualista. Si es cierto que el Derecho privado habrá de ordenarse dentro de los postulados supremos del bienestar de la comunidad, la contratación civil no podrá, de ahora en adelante, permanecer al margen de esta decisiva transformación.

PEDRO ROCAMORA.

Profesor de la Facultad de Derecho de Madrid.

(1) N. Pérez Serrano: "El recurso de amparo judicial para la revisión de contratos", en la revista *Estudios Jurídicos*, núm. 1, págs. 25 y sigs. Julio 1941.