

Las disposiciones transitorias de la codificación española (*)

II

Disposiciones transitorias.—Triunfaron las críticas e indicaciones hechas por D. Luis Silvela, y entendiendo la Comisión que en esta materia nada se resuelve con una sola disposición general y que era necesario desarrollarla, declara en la exposición que precede a la edición reformada del Código civil del 24 de julio de 1889: "No bastaba decir, en el artículo 1.976, que las variaciones en la legislación que perjudicaran derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo, pues *la definición y la determinación de estos derechos es hoy uno de los problemas más difíciles de la ciencia de la legislación.*"

Esta declaración muestra claramente la existencia de elementos de mayor cultura jurídica, que al fin habían comprendido las dificultades de una materia, que sólo aparece clara y fácil cuando no se pasa de una genérica declaración abstracta. Por eso la Comisión, entre cuyos componentes debía de figurar alguno que, dadas las indicaciones de don Luis Silvela en la discusión, que había hecho un más detenido estudio del problema y de su complejidad, lo primero que hace es reconocer ésta y declarar en consecuencia que no basta la declaración general del artículo 1.976, sino que precisaba aclarar el concepto de derecho adquirido, eje de toda la doctrina, y en función del mismo, regular los efectos del nuevo Código civil.

Esto último, según la exposición, podía hacerse de dos maneras. "una, señalando minuciosamente todas aquellas variaciones (que puedan perjudicar derechos adquiridos), determinando en cada caso la aplicación del derecho correspondiente; otra, estableciendo reglas ge-

(*) Véase el número 169 de esta REVISTA.

nerales, aplicables a todos los casos que puedan ocurrir de aquella especie. El primero de estos sistemas daría lugar a un casuismo indefinido y tal vez deficiente; el segundo correspondería mejor a su objeto: pero sobre ser de difícil ejecución, no daría un resultado tan comprensivo que excluyera en absoluto la necesidad de reglas especiales para casos determinados." La Comisión añade que seguirá un sistema mixto, y de aquí la redacción de las reglas transitorias, fácilmente clasificables, según su alcance o ámbito, como hemos indicado.

Las disposiciones generalísimas son la preliminar y la décimo-tercera:

PRELIMINAR. "Las variaciones introducidas por este Código que perjudiquen derechos adquiridos, según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo." El principio es claro: el Código español sigue la teoría de los derechos adquiridos, que quizás estudiamos en otro trabajo; la existencia de derechos de esta naturaleza es la que determina la existencia, a su vez, del efecto retroactivo, que consiste en su desconocimiento o no reconocimiento por la nueva disposición legal, y no simplemente en que ésta se aplique inmediatamente, o sea en lo que se ha llamado retroactividad impropia o vulgar. El derecho adquirido violado es el requisito indispensable para que se reconozca un efecto retroactivo, y este derecho adquirido se determinará según esta disposición por el criterio de la ley antigua y no por el de la ley nueva. Es decir, que el Código español está informado por la teoría, ya casi clásica, llamada de los derechos adquiridos; no admite la irretroactividad impropia y tampoco admite la que hemos llamado retroactividad indirecta (1).

Para el Código civil español, la aplicación inmediata de una ley nueva no es retroactiva si no perjudica un derecho adquirido. Para el Código civil español es retroactiva aquella ley que, aun respetando aparentemente los derechos adquiridos, utiliza como criterio para determinarlos el de la nueva ley, distinto de la anterior. El principio, pues, informador de nuestra legislación civil es conservador en extremo, y este principio será el criterio básico, a falta de disposición especial, por disponer la

(1) Sobre un caso de ésta, en la Revolución Francesa, véase en esta misma REVISTA, en mi trabajo sobre "La reserva llamada tradicional u ordinaria", en los números 69 y 70, septiembre y octubre de 1930, págs. 685 y sigs. y 760 y sigs., en especial pág. 761.

DÉCIMOTERCERA que "los casos no resueltos por las disposiciones precedentes, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento".

En realidad, con plantear el problema de la llamada por nosotros retroacción indirecta, la solución no ha avanzado un paso. La ley nueva se dicta generalmente en cuestiones de escasa trascendencia teórica para el sistema jurídico vigente; altera algo, se sustituye a otra disposición y ocupa su lugar dentro de un sistema, y en tales casos normales el orden jerárquico de las normas tiene o implica criterios para la forma de practicar el acomodo e injerto del nuevo componente, y en la cuestión posible entre dos disposiciones siempre se halla con más o menos esfuerzo el criterio de una superior para resolverla. En la marcha normal de la vida jurídica, creemos bueno el criterio establecido, y con una norma básica inserta en la ley fundamental del Estado, la *Uhrnorme* o en la parte general del Código civil, la marcha normal está asegurada respecto a los derechos adquiridos, y para juzgar cuáles sean de éstos servirá de criterio la ley antigua; es decir, se reconoce una preferencia a lo ya existente, que está controlado por una larga experiencia.

Pero esto, tan conveniente normalmente, puede ser, considerado en otro aspecto, un grave daño y un gran obstáculo a la renovación y adelanto jurídico. Los legisladores liberales eran mucho más conservadores que nuestro padre Suárez, jesuíta del siglo XVI, que no vacila un momento en declarar que el Derecho civil es esencialmente mudable. Si el derecho adquirido debe ser respetado, y es derecho adquirido el reconocido como tal por la ley antigua, es muy difícil concebir la posibilidad de una ley prohibitiva, de una ley que excluya totalmente del campo jurídico y niegue el carácter jurídico a un determinado contenido. Esta ley necesariamente ha de desconocer y rechazar toda disposición que reconozca como derecho lo que ella niega que lo sea, por lo cual tal ley, según el criterio de nuestra disposición preliminar sería siempre retroactiva, porque nunca podrá reconocer como derecho y respetar como derecho adquirido lo que condena y prohíbe en nombre del derecho.

La teoría de los derechos adquiridos, quizá por la impropia expresión de la palabra adquirido, que puede tener diverso significado, tiende a hacer resaltar en el derecho el aspecto de permanencia, de estabilidad, la exigencia de seguridad, y por eso se muestra y revela

como suficiente en épocas normales; pero el jurista debe tener en cuenta que la vida jurídica varía y que hay períodos de crisis y de lucha, y que aunque un Código es generalmente fruto de apaciguamiento y revela una transacción tras la lucha, la estabilidad de tal período no supone la permanencia del mismo, y por ello debe, con el mismo cuidado que a su aplicación y permanencia, atender al de su posible derogación y muerte. El legislador debe considerar el caso de las posibles leyes correctoras futuras y hasta prohibitivas, y debe, el concepto básico de su criterio sobre la vida y modificabilidad del derecho, sacarlo del campo legal en sentido estricto y elevarlo al campo del derecho, y entonces será adquirido, no aquel derecho que diga la ley antigua, sino el que lo sea para el Derecho, sólo éste puede fundamentar un derecho adquirido. Es imposible en un Derecho dinámico, en un Derecho concebido como una realización cultural, delimitar, para encerrarlo en una declaración legal, una realidad sólo existente en el devenir.

La ley debe respetar los derechos adquiridos: éste es el principio; pero este principio puede cumplirse con un contenido múltiple, siendo inútil que se trate de fijar, petrificándolo, diciendo definitivamente cuál derecho es adquirido. El principio es válido, dándose sus supuestos: existencia de una ley, existencia, coexistente con ésta, de un derecho adquirido. Si hay una ley justa, y hay un derecho justo también, ésta debe respetarlo: éste y sólo éste puede ser el contenido del principio. La ley debe respetar el derecho existente adquirido, pero la ley debe respetar este o este otro derecho concreto y determinado; no puede ser nunca la verdad, aunque ahora, cuando ése es derecho, nos parezca casi inconcebible el que pueda dejar de serlo. Sin embargo, si estudiamos la historia de las instituciones jurídicas, quedaremos más asombrados aún de que hayan sido derecho tantas prácticas que repugnan por completo a nuestra conciencia y sobre todo a nuestro conocimiento de lo real.

Desde luego, condenamos el criterio de nuestro Código de que los derechos adquiridos sean juzgados según el criterio de la ley anterior. Criterio del que no se puede dudar sea el legal, pues la disposición claramente dice que se refiere a los "derechos adquiridos según la legislación civil anterior", y criterio que contrasta con nuestra progresiva tradición jurídica, pues siempre la ley nueva en que encarna el nuevo derecho es la que debe juzgar la justicia y equidad del derecho ante-

rior. Así, aparte de los precedentes romanos, la ley "Quoniam novitatem" de Recesvinto, del título 1.º, libro II, Cód. Wisig.

El error de tal criterio está muy generalizado en la teoría de los derechos adquiridos, y proviene del error básico de ésta de confundir a causa del empleo de la palabra "adquirido" en un doble sentido, a saber: el derecho adquirido, porque ha sido objeto de una adquisición, y el derecho adquirido, como derecho que debe respetar el nuevo legislador. La adquisición puede ser reconocida y no serlo un derecho adquirido, pues esto no impide reconocer una adquisición y que con ella se adquirió un derecho. De la adquisición juzga ciertamente la ley anterior; ésta dirá si hubo o no adquisición, si fué o no legal, si se adquirió o no un derecho; pero de que haya o no que respetar un derecho entre todos los existentes, es la ley nueva la que ha de decidirlo.

Así es que la ley antigua juzgará de la adquisición ciertamente, y de lo adquirido, también; pero de que sea o no derecho adquirido para la nueva ley, ¡no! Y esta distinción tan clara, si al derecho adquirido se le llamase de otro modo, es la que por el empleo equívoco de las palabras no se ve, y los juristas, al no distinguir el derecho adquirido de la adquisición, no pueden distinguir la ley de la adquisición de la de los derechos adquiridos, no de lo adquirido, y aplican injustamente aquélla a éstos.

La disposición preliminar sigue diciendo que "para aplicar la legislación que corresponda en los casos que no están expresamente determinados en el Código se observarán las reglas siguientes."

Siguen las, según D. Felipe Clemente de Diego, disposiciones generales, que son las primera a cuarta inclusive, que dicen:

Primera. "Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, *de hechos* realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciese declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el *hecho* que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen."

No podemos tampoco dar nuestra conformidad a esta disposición en modo alguno, sintiendo que cuando en general aplaudimos el propósito de estas disposiciones y la idea de incluir en el Código reglas para su aplicación y de transición, tengamos que poner tantos reparos al contenido de las mismas. En efecto: la teoría de los derechos adqui-

ridos, qué es la que informa nuestro Código, puede ser dividida en dos, que aunque aparentemente parecen poco diferenciadas y se las conoce con el mismo nombre, son por completo antagónicas en su fundamento teórico y en su alcance práctico. La distinción consiste en que una teoría limita el concepto del derecho adquirido por el de adquisición por acto de voluntad jurídica, no de voluntad psíquica subjetiva, sino de voluntad jurídica reconocida, es decir, de una persona como centro de imputación; la referencia por el derecho a una voluntad jurídica es indispensable para esta teoría, aunque el acto sea aparentemente ajeno o el hecho aparentemente independiente de la voluntad. Esta teoría es, a nuestro juicio, superior a la teoría corriente, que rompiendo con el principio teórico admite, aunque inconscientemente, otras consideraciones, y para la cual el derecho adquirido puede serlo no sólo por actos, sino por hechos: esta teoría, muy generalizada en Francia, últimamente defendida tras el nombre de situación jurídica por Bonnecasse, amplía extraordinariamente el campo de los derechos que pueden oponerse a la aplicación de la nueva legislación, y ha de ser la preferida por los interesados.

Por esta simple indicación podrá el lector darse cuenta de la extraordinaria importancia que puede tener para la teoría de los derechos adquiridos la determinación de la persona y la del acto jurídico; dentro de éste, la del acto propio y la del hecho jurídico, aparte del físico, opuesto a aquél. Pues bien: ¿dónde está esta distinción en la disposición transitoria que nos ocupa? (1) En ésta no se distinguen actos y hechos, ni actos propios y actos ajenos realizados y hechos acaecidos, que son las expresiones apropiadas de nuestro idioma, para él que tenga clara idea de la distinción fundamental dicha, sino que se habla sólo de *hechos realizados*. Los hechos realizados, ¿son o no actos? ¿Han de ser o no propios? Y los verdaderos hechos, los no realizados, sino acaecidos, ¿dan también nacimiento a un derecho adquirido?

Como se ve, estas cuestiones, que son básicas para poder entender y aplicar el precepto, quedan sin resolver porque no fueron previstas, y el resultado es que dentro de las teorías de los derechos adquiridos nuestro Código, al no distinguir en esta regla, unido al criterio para delimitarlos por el de la ley antigua, según esta disposición y la preli-

(1) Clemente de Diego: *Apuntes de Derecho civil español común y foral*, t I, 1914, pág. 897, dice sobre esta disposición transitoria qué la originación del derecho va unida necesariamente a "un hecho voluntario o involuntario".

minar de ellas, sigue, no la teoría de los derechos adquiridos, sino la contraria, encubierta con el mismo nombre, de los intereses protegidos, cautelosamente disfrazada con aquel nombre.

Si todo *hecho realizado*, bajo el régimen de la legislación anterior, da lugar a un derecho adquirido, puesto que se regula por aquella ley, aunque el Código lo régule de otro modo, queda casi sin objeto la disposición de la preliminar, pues será casi imposible un criterio más limitado que el del Código, que es la ley nueva y debía ser la progresiva. En este sentido tenía razón en la discusión del Senado el Sr. Aldecoa y nuestra legislación es un ejemplar de irretroactividad absoluta, como él decía.

Pero aún hay más: el derecho así adquirido por su nacimiento anterior, se regirá por la ley anterior, aunque la ley nueva, el Código, *no lo reconozca*. Esto ha de interpretarse con el criterio más restrictivo posible, es decir, este no reconocer de la ley nueva, hemos de entender que, más que un no reconocer conociendo, es un desconocer.

Esta nuestra interpretación no se nos oculta que no es estrictamente legal, que equivale a declarar inútil y superfluo lo dispuesto, dado que con ella no hay conflicto ni relación entre la ley nueva, que no trata lo que la antigua, y esta última, para que de ello haya de ocuparse una disposición transitoria, es decir, que dada nuestra interpretación, ésta es inútil y superflua. Pero es que preferimos considerar superflua tal disposición a admitir que sea efectiva para el caso de verdadera contradicción, es decir, que ese no reconocer la ley nueva sea realmente un conocer como hecho y un desconocer como derecho; un negar el carácter jurídico, una negativa, una prohibición, en fin, de admitir los efectos jurídicos, porque entonces una ley prohibitiva habría de reconocer y admitir como derecho lo que no reconoce como tal, y esto no lo podemos admitir, ni reconocer un privilegio a los antiguos legisladores de que el del Código pueda privar.

Además, el segundo párrafo de esta disposición se refiere al caso de una ley nueva. Por primera vez se reconoce un derecho y la ley se aplicará inmediatamente, es decir, con la mal llamada retroacción, a los hechos realizados antes de su promulgación, y aquí nuevamente decimos que convendrá y es preciso separar actos propios y sus inmediatas adherencias, consecuencias y efectos, aun hasta aquellos que pueden separarse sin alterar su esencia, y simples hechos que no pueden impedir el efecto normal de toda ley, la aplicación inmediata. No distin-

guiendo en el origen, si es de acto o de hecho, el legislador ha de distinguir en los efectos, y por eso hace la salvedad de "siempre que no perjudiquen a otro derecho adquirido de igual origen"; este igual origen no es, naturalmente, de la nueva ley, como parece decir literalmente, sino de origen anterior a ésta; el derecho adquirido oponible a una ley que declara un nuevo derecho, aun sin oposición a la anterior, ha de ser adquirido antes de éste.

Este párrafo segundo ha sido interpretado por el Tribunal Supremo (Sent. de 14 de mayo de 1903) declarando que los efectos de esta disposición no pueden alcanzar a convertir en válidos los actos nulos con arreglo a la ley en cuyo tiempo de vigencia se realizaron.

Creemos, no obstante nuestra crítica, que la falta es, más que nada, de técnica en la declaración legal, porque el pensamiento que late tras las palabras de la disposición, de la distinción en caso de un origen anterior a la ley nueva, del reconocimiento legal por la ley antigua o por la ley nueva, responde a una distinción real, y el no reconocimiento por la ley nueva no puede referirse a una prohibición de ésta que implique condena expresa de la anterior, sino a la simple prohibición de su posterior repetición con efectos, como lo demuestra, reforzando nuestra opinión, la disposición siguiente, que dice:

Segunda. "Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia, serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas "ad cautelam", los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse después de regir el Código sino testando con arreglo al mismo."

- Dejando aparte la cuestión del peligro para marcar la fecha base del sometimiento a una u otra ley, de equiparar otorgado o con fecha cierta a escrito o con fecha que puede simularse, eludiendo entonces, aun bajo el imperio de la nueva ley, la prohibición de futuro de ésta, creemos, como antes dijimos, que es esta disposición desarrollo del supuesto de la anterior, de actos reconocidos por la ley antigua y no

reconocidos, prohibidos por la moderna, no con prohibición de la que llamamos condenatoria o excluyente, sino con prohibición simple, de sus efectos como jurídicos en ejecución futura. Todos los casos que enumera la regla segunda, que antecede, están en el Código prohibidos, pero no condenados, y por ello establece que los hechos con anterioridad surtirán sus efectos según la ley entonces vigente.

Creemos que en materia testamentaria, que es la de los casos que enumera, como el supuesto de la disposición, a pesar de no estar expresado, es el de supervivencia del testador, pues hecho el testamento antes del Código y muerto el causante antes también, no hay cuestión sobre la validez y efectos de lo hecho; en el supuesto, pues, de vivir aún el testador, respecto a los efectos de una ley nueva posterior al otorgamiento, debe distinguirse: el caso en que la nueva ley se refiere a la forma, caso bien resuelto en la disposición al decir que valdrá lo hecho con arreglo a la ley antigua y que lo posterior habrá de conformarse a la ley nueva, y el caso de referirse al fondo o contenido de la disposición, en cuyo caso, debiendo ser juzgado éste por la ley vigente, a la muerte del testador, pudo darse un plazo, amplio si se quiere, pero un plazo para testar con arreglo, en el fondo, a las disposiciones del Código, y pasado aquél, disponer que no surtirán efecto las disposiciones que no fuesen admitidas por éste, aun contenidas en testamentos anteriores, porque vivo el testador, no hay ningún derecho adquirido que pueda oponerse como tal a la vigencia de la nueva ley, máxime dando un plazo para acomodarse a ella. No obstante, quizás por unirse al respeto a lo ya hecho el respeto a la libertad, tan esencial en el testamento, para que no pudiera creerse al testador forzado por la ley, optaron por admitir los efectos de las disposiciones antes válidas, aun no admitidas por la nueva ley..

El criterio, demasiado restringido, que vemos tan marcado en estas disposiciones, se acentúa con la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1896, que reconoció que habiendo un testamento hecho antes del Código civil con una cláusula "ad cautelam", no queda derrogado por un testamento posterior hecho válidamente después del Código y con arreglo a los preceptos de éste, pero que no hizo referencia a dicha cláusula.

ANTONIO MARÍN MONROY

Notario.

Las obligaciones hipotecarias de ferrocarriles (*)

(Conclusion.)

VII. — RÉGIMEN FERROVIARIO DE 1924

Llegamos con esto al radical cambio que introdujo el Decreto de 12 de julio de 1924 relativo al régimen ferroviario. Sin necesidad de penetrar en las características de la intervención del Estado en la explotación de ferrocarriles, de los auxilios prometidos a las Empresas, de los organismos ideados para revisar y unificar las líneas y formular los planes generales de adquisición de materiales y de obras de ampliación o mejora que debieran realizarse, y, en fin, sin entrar en el estudio de los métodos adoptados para evaluar los "capitales del Estado", el "valor de los establecimientos" y los "capitales reales de los concesionarios", ni del mecanismo para fijar las tarifas en los períodos transitorio, provisional y definitivo, nos basta al objeto ahora perseguido sentar dos afirmaciones de suma importancia:

Primera. El Estatuto Ferroviario constituyó para las Empresas que solicitaron su ingreso en el régimen y fueron admitidas por el Gobierno, con arreglo a la tercera de las disposiciones transitorias, un estado de derecho que consagró ciertas situaciones económicas (sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo Central de 28 de febrero de 1930).

Segunda. El hecho de que el Estado haya dejado incumplidas muchas de las obligaciones asumidas con la promulgación del nuevo régimen de ferrocarriles no le autoriza para resolver contra los propios

(*) Véase el número anterior de esta REVISTA, en el que se han deslizado las erratas siguientes:

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
529	6	dos millones	dos mil millones
529	5 por el fin	concesión	condición
531	21	con lo que	con los que
532	26	traba la ejecución	traba de la ejecución
539	10	flonkurse	Konkurse
541	12	portant atteinte	portant atteinte

actos cuando éstos apareciesen formalizados auténticamente y no se refirieren a materias o bienes esencialmente necesarios para la explotación.

Admitido el ferrocarril del Norte como Empresa de activo saneado, era necesario fijar el valor real de sus concesiones, con arreglo a la base IX, apartado 2.º, y como los bienes y derechos así evaluados eran los que, según la base XIV, quedaban sujetos a reversión, se determinó con toda precisión que en esta última no se comprenderían las concesiones y labores mineras, las reservas en metálico o valores siempre que se hubiesen constituido con beneficios no repartidos, los terrenos sobrantes, y otras propiedades y derechos del concesionario no relacionados con la explotación, y el metálico afecto a la explotación e incluído en el valor real de establecimiento.

Para cumplimentar estas disposiciones se ordenó en 26 de febrero de 1925 la remisión por las Compañías del importe total de las reservas, consignándose detalladamente el de las reservas destinadas única y exclusivamente a la amortización del capital acciones.

Poco tiempo después, la Real orden de 27 de junio de 1925 dispuso que las reservas de las Compañías continuarian figurando como tales al ingresar aquéllas en el Estatuto Ferroviario, pero sin que puedan disponer de ellas para repartirlas como beneficio a los accionistas hasta el momento de liquidar el Estatuto por rescate o reversión. El Estado, añadió, intervendría con arreglo al Estatuto la administración de esas reservas, que deberán estar constituidas en valores de fácil realización. Y como la Compañía del Norte presentara una instancia interesando se declarase que no estaban comprendidas en la citada Real orden de 27 de junio las reservas voluntarias que pudiera constituir con fondos procedentes de beneficios no repartidos correspondientes a la liquidación del ejercicio de 1926, la Real orden de 4 de mayo de 1927 dispuso que la repetida Real orden sólo es aplicable a las reservas que las Compañías tenían constituidas con anterioridad a su ingreso en el régimen estatuido por el Decreto-ley de 12 de julio de 1924; que la Compañía del Norte podía constituir nuevas reservas destinándolas a la regularización de dividendos futuros o a cubrir cualquiera contingencia; que estas reservas estarán representadas por efectivo metálico o por valores de fácil realización, y, por último, que al comenzar el período definitivo del Estatuto se determinaría la aplicación que habría de darse a las nuevas reservas no invertidas en los fines indicados.

Y ésta es, con ligeras variantes, la situación jurídica en el momento actual, puesto que la base II de la ley de 24 de enero último, después de comprender en el rescate de las líneas férreas españolas de ancho normal las concesiones, metálico y valores, líneas, terrenos, edificios, obras, oficinas con sus ajuares, talleres con sus máquinas e instrumentos, materiales, acopios, contratos de suministro, productos y derechos de otra índole, incluso concesiones de transporte por carretera obtenidas por ser la Empresa concesionaria del ferrocarril, o sea cuanto constituya el valor real del establecimiento del concesionario, exceptúa:

a) Las concesiones y labores mineras que pertenezcan a la Empresa, aunque los productos de sus labores se consuman en los ferrocarriles.

b) Las reservas en metálico o valores, siempre que se compruebe haberlas constituido con beneficios no repartidos.

c) Los terrenos declarados sobrantes y otras propiedades y derechos del concesionario no relacionados con la explotación, siempre que no los hubiera obtenido por expropiación forzosa o que fuesen del Estado o de dominio público antes de la concesión, y

d) El metálico afecto a la explotación e incluído en el valor real del establecimiento al iniciarse el régimen condicionado por el Real Decreto-ley de 12 de julio de 1924, si la Empresa, al ingresar en él, hubiera aceptado que su importe no figure en el capital sujeto a amortización.

VII. — RESPONSABILIDAD DE LAS RESERVAS

8.^º De los anteriores estudios se desprende:

a) Que las reservas constitutivas del patrimonio privado están exentas del rescate y de la reversión al Estado.

b) Para decidir si se hallan libres de responsabilidad por razón de las deudas contraídas por la Compañía, hay que distinguir ante todo: 1.^º Los bienes inmuebles inscritos en los Registros de la Propiedad como innecesarios para la explotación. 2.^º Los bienes muebles o valores en que se hallan materializadas las reservas. 3.^º Los que hayan sido aportados a otras sociedades o fundaciones, y 4.^º Los que sin haber sido congelados sirvan, en cierto modo, para contrabalancear las reservas legales o voluntarias que figuren en el pasivo.

1.º Cuando los bienes inmuebles que llamamos particulares hayan sido hipotecados con la concesión y en los Registros de la Propiedad se haya inscrito la hipoteca, bien de un modo determinado en los folios especiales, bien de una manera general, pero con las referencias suficientes para que los terceros conozcan el gravamen y éste no hubiera sido cancelado, no cabe afirmar que se hallarán libres de toda responsabilidad financiera y jurídica en el supuesto de que al liquidar el patrimonio apareciesen obligacionistas no satisfechos.

Si los bienes de referencia no hubiesen sido hipotecados especialmente a favor de los futuros portadores de obligaciones, sólo tendrían que responder en el caso de no poderse hacer efectiva la deuda garantizada con el importe de la concesión y elementos que la integran. El Estado, al hacerse cargo de la explotación, ha dispuesto que las "anualidades sustitutivas del disfrute quedaran en todo caso afectas, según las leyes comunes, a las hipotecas en favor de los obligacionistas y al restante pasivo de las Empresas".

Con esto no se ha querido expresar que las Compañías han de quedar en todo caso liberadas de los gravámenes y deudas que puedan hacerse efectivos sobre los bienes ajenos a la explotación. Ciento es que a tenor del párrafo final de la base II de la ley de 24 de enero, "para las Empresas de activo saneado, el Estado podrá tomar a su cargo, íntegramente, el servicio de intereses y amortización de las obligaciones hipotecarias y demás cargas aseguradas en el disfrute, haciendo en las anualidades las deducciones correspondientes". Pero entonces existirá una asunción de deuda, una subrogación personal impuesta por la Ley, y el antiguo deudor (la Compañía) aparecerá sustituido por el nuevo (el Estado), en forma que guarda analogía con la responsabilidad asumida por el comprador de la finca, en el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, respecto de la hipoteca anterior o preferente que haya de subsistir.

Acaso sé arguya que los bienes ajenos a la explotación, aunque no a la Compañía, se pueden enajenar con libertad si no están inmediatamente afectos al pago de las obligaciones hipotecarias; pero esto no es un obstáculo para sostener con todas las leyes que desde hace más de un siglo se vienen promulgando en España, que cuantos bienes formen parte del patrimonio de una persona jurídica responden del cumplimiento de sus obligaciones. Desterradas las hipotecas tácitas y los gravámenes ocultos, y vigentes los artículos 1.875 del Código

LAS OBLIGACIONES HIPOTECARIAS DE FERROCARRIL

civil y 146 de la Ley Hipotecaria, no sólo es necesario que formalizado un documento en que se constituyera a favor de los accionistas el derecho real correspondiente, sino que también es deseable la inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.º Mayores dificultades encierra la cuestión cuando ha sido materializada o individualizada en valores específicos terminados, con indicación de clase, serie, número y demás características, porque admitidas en nuestro Derecho la prenda sin miento, las cesiones fiduciarias y las reservas de dominio, permanecerían sobre estos precedentes la afección de los títulos-valores determinados. Así parece deducirse de la frase "reservas única y exclusivamente a la amortización del capital accionario" pleada por la Orden de 26 de febrero de 1925, y de la indicativa a que "no podrán las Compañías disponer de ellas para tirarlos como beneficio a los accionistas hasta el momento de la modificación del Estatuto por rescate o revisión", hecha en la Real Orden de junio siguiente, así como de los preceptos de la Real Orden de mayo de 1927, que distinguen dos clases de reservas: las anotadas en el Estatuto y las constituidas con anterioridad para regularizar dividendos o cubrir contingencias que puedan reflejarse desfavorablemente en las cuentas de explotación. Sin embargo, estas declaraciones, que en algunos períodos fueron legítimas, pueden hacerse valer más contra la Administración pública que contra los acreedores de las Compañías administradas, sobre todo si el Estado no ha proveído a su reinversión ni aquéllas están en condiciones de llevarlo a cabo. A título 154 del Código de Comercio, "la masa social, fondo capital y de los *beneficios acumulados*, será la que las Compañías anónimas, de las obligaciones contraídas, pueden distinguir variadas situaciones jurídicas de los que aparezcan únicamente en la cuenta de pérdidas y ganancias aprobados, o se pongan a disposición de los accionistas, quedando estén compensados mediante abonos en cuenta corriente dudable que cuando se decida, no su reparto, sino su acumulación quedan sujetos a las responsabilidades del negocio. Echávarri, en su comentario al artículo citado (II-259), afirma que "las ganancias se reparten entre los socios y aun aquellas destinadas a la compra de acciones, no pueden reputarse como acumuladas al

OBLIGACIONES HIPOTECARIAS DE FERROCARRILES

perfilar, frente a los acreedores en el caso de quiebra, este separación cuando no se ha constituido a favor de los derechos reales o la Ley no les conceda un privilegio de preferencia. El repetido art. 154 impone a las reservas, dice (art. 154-1.º) el destino de reforzar la garantía de los acreedores.

"A diferencia del fondo capital, las reservas estatutarias libre disposición de la sociedad, son capital propio, no creado por los acreedores e inmovilizado para su satisfacción; pueden ser repartidas en cualquier momento entre los activos (fondo capital, jamás)." Sólo que esta disponibilidad, en su examinado, se halla coartada por la declaración explícita del orden de 27 de junio de 1925. Ahora bien, cuando el Estado intervendrá, con arreglo al Estatuto, la administración de las reservas, que deberán estar constituidas en valores de fácil realización, podrá sostenerse que hay una prenda *sin desplazamiento* (en manos de la Sociedad), cuya autenticidad es manifiesta, a los accionistas?

iendo que estos elementos del activo, una vez aprobadas las reservas por el Estado, hubieran sido administrados separadamente de la intervención estatutaria, el derecho preferente de los acreedores posteriores parece indiscutible. Uniendo las reservas estuviesen afectas a la explotación, el contrario vería en la precisión de saldar con ellas el déficit lo que el párrafo penúltimo del apartado I, relativo a las Empresas Estatales, en la base 12 del Estatuto, que regula la distribución de los explotaciones.

tan fácil decidir, en el momento actual, la repercusión sobre el privado, a que alude el Balance, de las obligaciones amortizadas, porque si bien en el régimen estatutario se priorizan los productos brutos, en primer lugar, a satisfacer la explotación, las pensiones de retiro y, lo que especialmente importa, las cargas financieras (interés, amortización y gastos de títulos), con arreglo a las bases 10 y 12, todo ello girando de una explotación consorcial con fijación de tarifas que no se ha llevado a la práctica. La preocupación del Estado es determinar el capital real del concesionario, deduciendo el dividendo mediante la emisión de obligaciones, para otorgárselas la retribución correspondiente (base 12, I), y reconocer el pa-

rimonio particular de las Empresas, á las que solamente privaba de algún elemento o medio auxiliar de explotación ajeno a la concesión por los procedimientos legales de expropiación, sin necesidad de que se declarase la utilidad pública. ¿Cómo ajustar este sistema al que sirvió de base para la incautación de las vías del Norte?

3.º Los bienes muebles o inmuebles que hayan sido aportados a otras Sociedades pertenecen a éstas indiscutiblemente, y si no han sido especialmente gravados con hipoteca, no responden de las cargas financieras de las Compañías; pero las acciones en cartera que representen la participación en aquéllas, caen dentro del grupo de valores a que se refiere el apartado anterior. Si se trata de verdaderas fundaciones que más bien implican una obra de beneficencia que un aprovechamiento económico, los bienes transferidos o afectos a las mismas no forman parte del patrimonio concesional ni particular, aunque los derechos de patronato continúen subsistentes.

4.º En fin, los elementos del activo que, sin hallarse *congelados*, contrabalanceen las reservas estatutarias o voluntarias, deberán ser destinados, en la forma acordada, a los fines por aquéllas perseguidos; pero mientras no sean enajenados y figuren en el patrimonio social, responderán del cumplimiento de las obligaciones.

VIII.—LEGISLACIÓN VIGENTE.

9.º La ley posterior deroga la anterior, y no nos atrevemos a sostener que el Estatuto de 1924, cuya vigencia ha sido discutidísima, pueda ser aplicado en la actualidad para otorgar a los obligacionistas el derecho de hacer efectivas sus garantías hipotecarias frente a la comunidad representada por el Estado. Son las anualidades sustitutivas del disfrute las que han de quedar afectas, *según las leyes comunes*, a las hipotecas. El precepto nada tiene de extraordinario, porque, admitida la legitimidad de la anticipada consolidación de la plena propiedad del Estado, como dice el artículo 1.º de la Ley de Bases de 24 de enero de 1941, estamos en un supuesto análogo al que regula el artículo 110 de la Ley fundamental, que extiende la hipoteca al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados. Existe una subrogación real, o sea, se colocan en el lugar jurídico ocupado por los inmuebles,

{ias indemnizaciones debidas por expropiación o incautación de los mismos. Con toda claridad lo consignaba el art. 111, núm. 3.^º, de la misma Ley, al entender juntamente hipotecadas con la finca las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles ocupados por la aseguración de éstos o de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca, o bien *por la expropiación de terrenos por causa de utilidad pública*. La extensión de este concepto y de la subrogación real correspondiente ya aparece implícita en la discutida caducidad e incautación del ferrocarril de Isabel II, de Alar del Rey a Santander (Real Decreto de 6 de mayo de 1868 y Decreto de 9 de enero de 1869), que principió por negar toda personalidad a la Empresa al declarar caducada su concesión, y concluyó por dejar en pie los derechos subjetivos del concesionario y los compromisos que con sus acreedores hubiese contraído.

El problema puede darse por resuelto desde la Sentencia de 12 de julio de 1883, en que figuraba como recurrida la Sindicatura de la quiebra de la Compañía de los Ferrocarriles del Noroeste de España, y donde se consignó la siguiente doctrina: La Compañía ha hipotecado a la seguridad de los créditos que contra ella ostentaba D. José Ruiz de Quevedo, los ferrocarriles de que era concesionaria, y como la cantidad de 10 millones de pesetas que la nueva Empresa debía entregar al Gobierno al entrar en el goce de la concesión, estaba destinada a la antigua Empresa y a sus derechohabientes, en el concepto de pago por la parte de las líneas construidas, constituía una verdadera indemnización comprendida en el art. 111 de la Ley Hipotecaria y no sujeta a ninguna clase de resolución.

De modo que, aun continuando vivas o, mejor dicho, formalmente unidas a la *nuda-propiedad* las concesiones, los obligacionistas no tienen derecho a hacer efectivas las garantías hipotecarias sobre las líneas férreas, sino sobre las cantidades que el Estado vaya entregando.

Cierto es que las primitivas concesiones, otorgadas con arreglo a las disposiciones de 31 de diciembre de 1844, 3 de junio de 1855, 14 de noviembre de 1868 y 23 de noviembre de 1877, han sido modificadas por el Decreto-Ley de 12 de julio de 1924; que el Decreto de Fomento fechado en 30 de Mayo de 1931 respetaba y ampliaba el Consejo Superior de Ferrocarriles y le encomendaba la redacción de un Estatuto definitivo para sustituir al *vigente*; que la Asociación General de Transportes por Vía Férrea obtuvo el reconocimiento de esta

vigencia oficial y oficiosamente; que el art. 4.^º de las leyes proclamadas en 13 de noviembre de 1931, 9 de septiembre de 1932 y 29 de julio de 1933 se refieren a Empresas ferroviarias en consorcio con el Estado; que los Presupuestos consignan cantidades para atender a los compromisos contraídos bajo el régimen consorcial, y, en fin, que el Nuevo Estado presta su apoyo y energías a los actos emanados del Directorio militar; pero no habiendo sido aceptado el sistema por la Ley de 24 de enero de 1941, ni atendidas las reclamaciones formuladas por las Compañías ferroviarias, y antes al contrario, resuelto el asunto unilateralmente por los Poderes públicos, a lo legislado debemos atenernos.

Sin embargo, pocos serán los jurisconsultos que aprueben que de la anualidad teórica de rescate se détraiga el total de las cargas hipotecarias (amortización, intereses y gastos del servicio). Las diferencias entre participación social (acciones) y deuda de la Compañía (obligaciones) es elemental, y el orden de la prelación favorable a estos títulos, indiscutible, mientras a favor de los primeros no aparezca un privilegio o derecho real; pero no debe olvidarse que el llamado capital-acciones aparece en el primer establecimiento mezclado con el capital-obligaciones, como entonces se decía, y basta echar una mirada a las disposiciones legales que regulan la formación del capital necesario, para convencerse de la paridad de destino y de la suerte común que en algunas ocasiones han corrido aquellos títulos.

Los defectos del ordenamiento ideado acaso se puedan remediar calculando la anualidad de rescate con amplio espíritu, adecuado al enorme valor que los ferrocarriles españoles han adquirido y fijando el coeficiente de distribución entre las acciones y obligaciones de la cantidad a que ascienda. Ambos extremos serán probablemente objeto de regulación, y el previsor Gobierno del Caudillo hará lo posible para evitar que se lance al importantísimo volumen de papel ferroviario en brazos de la discordia y la especulación.

JERÓNIMO GONZÁLEZ