

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVIII

Septiembre de 1942

Núm. 172

La crisis del contrato

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—EL INDIVIDUALISMO Y EL FENÓMENO DE LA CODIFICACIÓN EUROPEA

De la revolución que en el mundo del pensamiento produjo el liberalismo rusóniano no se libró, naturalmente, el Derecho civil. Las ideas de igualdad y libertad jurídica que consagraban los principios del liberalismo más exaltado, constituyen la base y la esencia de las legislaciones influídas por el Código napoleónico. De este espíritu no se emancipa nuestro Código civil.

Para la ley que había de regular las relaciones entre los hombres, no existían más sujetos de derecho. No hablan los Códigos liberales del hombre considerado desde el plano superior existencial de su vida humana. No existen agricultores, fabricantes, empresarios, trabajadores manuales, obreros o empleados. Sólo tienen importancia para el Derecho aquellos sujetos a los que se da una capacidad civil determinada y a los que se reconoce dentro de ella una plena y absoluta libertad.

“El mundo jurídico—dice Radbruch (1)—es concebido como un tejido de obligaciones recíprocas aceptadas voluntariamente; como una red de contratos libres, como un gran mercado único, en el cual (bajo la influencia del pensamiento económico de Adam Smith) todo puede convertirse en mercancía. La libertad contractual es uno de los pensamientos básicos del Derecho patrimonial.”

(1) Radbruch: *Introducción a la ciencia del Derecho*

En general, el fenómeno de la codificación en Europa aparece en un momento crucial del pensamiento y, sobre todo, de las realidades político-sociales de los pueblos. El Derecho—con frase de Radbruch—descansa todavía con ambos pies sobre el plano del pensamiento jurídico burgués-liberal, romanista-individualista; pero ocasionalmente alarga ya la mano, titubeante, a las nuevas concepciones de tipo social.

Este fenómeno de fines de siglo abre un paréntesis a la política liberal, con trascendencia en las legislaciones civiles, que está llamado a cerrarse definitivamente en esta hora: "Que asistimos al final de una época—decía José Antonio en *Tradición y Revolución* (1)—es cosa que ya casi nadie, como no sea por miras interesadas, se atreve a negar. Ha sido una época, ésta que ahora agoniza, corta y brillante. El siglo XIX—desarrollado bajo las sombras tutelares de Smith y de Rousseau—, creyó, en efecto; que, dejando las cosas a sí mismas, producirían los resultados mejores en lo económico y en lo político."

"El liberalismo—insistía José Antonio—es la burla de los infelices. El obrero aislado, titular de todos los derechos en el papel, tiene que optar entre morirse de hambre o aceptar las condiciones que le ofrezca el capitalista, por duras que sean. Bajo el régimen liberal se asistió al cruel sarcasmo de hombres y mujeres que trabajaron hasta la extenuación durante doce horas al día por un jornal mísero, y a quienes, sin embargo, declaraba la ley hombres y mujeres "libres" (2).

Ahora bien: la nueva concepción social de la economía, la idea de que el Estado tiene el deber de intervenir y regular el libre juego de las energías para proteger al débil económicamente, no había llegado—dice Radbruch—todavía a imponerse en los cultivadores del Derecho privado.

Así, el Código civil alemán nació bajo las influencias contradictorias de Gierke, defensor exaltado del individualismo romanista, y Antonio Menger, que combatía el liberalismo económico del proyecto.

"Considerando el modo cómo se ha originado nuestro sistema del Derecho privado—decía Menger (3)—, no puede maravillar a nadie el que en todas las cuestiones fundamentales, nuestro Derecho civil haya escogido soluciones aceptadas por el egoísmo individual."

Si las consecuencias de este egoísmo individual se dejan sentir en

(1) José Antonio: *Breviario del pensamiento español*.

(2) José Antonio: "Luz nueva en España", Ob. cit.

(3) Menger: *El Derecho civil y los pobres* Trad Posada, pág. 78. 1898

todo el ámbito jurídico privado—Derechos patrimoniales y Derechos de obligaciones—, será forzoso reconocer que estos dos amplios sectores bajo los que se estructura la vida civil de cada pueblo, se hallan en tránsito de revisión.

En cuanto a los Derechos patrimoniales, la modificación experimental ha sido más notable. El hecho de considerar la propiedad como función social deroga los supuestos tradicionales del "jus abutendi" y acota en límites de estrecha restricción los poderes del individualismo romanista.

En el Derecho de obligaciones esta realidad de la hora actual plantea el problema de lo que podría llamarse crisis del contrato.

REALIDAD DE LA CRISIS CONTRACTUAL.—EL CONCEPTO DEL CONTRATO SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL.—SUS REQUISITOS.—LA CRISIS DEL CONTRATO EN EL TRIPLE ÁMBITO DEL CONSENTIMIENTO, EL OBJETO Y LA CAUSA

Expuesta en el anterior epígrafe la doctrina clásica del individualismo en el fenómeno contractual, correspondeños ahora señalar, siquiera de un modo brevísimo, las características de lo que muy certeramente se ha llamado la "crisis" del "contrato".

La concesión ya no es nueva, ni siquiera en la doctrina española. En 1933 afirmaba el señor Castán: "Los excesos de la autonomía contractual, muy agravada en los tiempos actuales por la supremacía jurídica que la concentración económica concede a las empresas, han de ser corregidos, no sólo asegurando la igualdad entre las partes contratantes, para que la libertad de cada una de ellas esté contrapesada por la igual libertad de la otra, sino además garantizando la justicia (que es también igualdad) en las consecuencias del contrato, facilitando la modificación de éste cuando cambien las condiciones que presidieron su conclusión." (1).

Concretamente, los dos principios fundamentales que informan la teoría del contrato y que están en tránsito de superación, son, de una parte, la libertad contractual, o, en otros términos, la autonomía de la voluntad de los contratantes, y de otra parte, la fuerza obligatoria del contrato una vez formado (2).

(1) Castán *Hacia un nuevo Derecho civil*. Madrid, 1933.

(2) Morim: *La Loi et le contrat*, págs. 51 y sigs.

Pero aún hay más. De un examen ligero de la evolución de las ideas jurídicas, vése cómo la renovación procede de campos—en un sistema hermético—extraños al Derecho privado. Son inicialmente escritores de la economía los que a mediados del último siglo lanzan las primeras diatribas contra la supuesta libertad e igualdad de posición de las partes contratantes. Pero el argumento, cierto en sus bases, era arbitrariamente utilizado. Ni Marx, ni Engels, ni Lasalle, pretendieron crear las bases honestas de una revolución de la doctrina jurídico-privada. Sus lamentaciones tenían el sabor acré del proselitismo político de mala fe y pretendían, no una solución justa y equilibrada del problema; muy al contrario, la desigualdad evidente de los contratantes de muy distinto poder económico, era solamente para estos escritores un arma terrible de disolución y de lucha. Al predominio cierto o supuesto del arrendatario del servicio, sustitúase una dominación total y absoluta por parte del arrendador. De lo insincero de estas posiciones sectarias ha dado buena prueba el fracaso reiterado jurídico y económico del sistema socialista.

Por eso—porque la desigualdad era cierta; porque era justa una reforma de las bases más hondas de un sistema contractual prácticamente en crisis, como enraizado en concepciones de hace muchos siglos—; por eso, repetimos, unas nuevas doctrinas proclamadas por hombres más sinceros y auténticamente honrados, hubieron de insistir en el problema para proponer más justas soluciones. Es la voz autorizada del Fascismo italiano, que, en boca de Mussolini, reivindica la función social y no meramente mercantil del trabajo (1).

Es la voz precursora y cuajada de José Antonio, cuando afirma (2).

(1) Mussolini: "Primer discurso presidencial", 22-XI-1922. "Quien dice trabajo, dice burguesía productiva y clases trabajadoras de la ciudad y el campo. Ni privilegios a la primera, ni privilegios a las últimas, sino amparo de todos los intereses que se armonizan con los de la producción y los de la Nación."

LEY DE CORPORACIONES. art 10.—"En la esfera de su competencia, la corporación tiene facultades para establecer, del modo que indica el párrafo segundo del artículo 8.º, las tarifas de las prestaciones y servicios económicos..."

CARTA DE TRABAJO ITALIANA.—"Declaración XI: Las asociaciones profesionales tienen la obligación de regular, mediante contratos colectivos, las relaciones de trabajo entre los patronos y los trabajadores a quienes representan... Todo contrato colectivo de trabajo debe contener, bajo pena de nulidad, normas precisas sobre... pago de retribución..."—Declaración XII, párrafo último. "La determinación del salario, se sustraerá a cualquier norma general y se confía al acuerdo de las partes en los contratos colectivos."

(2) José Antonio: "Luz nueva en España" "Por otra parte, el liberalismo es

Y es la voz infalible de la Iglesia, que proclama en boca del sabio Pontífice Pío XI la necesidad de protección por el Estado hacia el contratante, que, por paradoja, siendo jurídicamente igual, prácticamente carece de derechos (1).

Y esto que decimos de un contrato, el de trabajo, vale también, aunque por otro género de razones, para otros tipos convencionales

la burla de los infortunados, declara maravillosos derechos; la libertad de pensamiento, la libertad de propaganda, la libertad de trabajo... Pero esos derechos son meros lujos para los favorecidos por la fortuna. A los pobres en régimen liberal, no se les hará trabajar a palos, pero se les sitúa por hambre.

El obrero aislado, titular de todos los derechos en el papel, tiene que optar entre morirse de hambre o aceptar las condiciones que le ofrezca el capitalista por duras que sean.

Bajo el régimen liberal se asistió al cruel sarcasmo de hombres y mujeres que trabajaban hasta la extenuación, durante doce horas al día, por un jornal misero, y a quienes declaraba, sin embargo, la Ley hombres y mujeres "libres".

El socialismo vió esa injusticia y se alzó con razón contra ella. Pero, al deshumanizarse el socialismo en la mente inhospitalaria de Marx, fué convertido en una feroz, helada doctrina de lucha. Desde entonces, no aspira a la justicia social. Aspira a sustanciar una vieja deuda de rencor, imponiendo a la tiranía de ayer—la burguesía—una dictadura del proletariado.

Por ello estas ideas plasmaron en los Puntos X y XI de la programática de Nuevo Estado: "Repudiamos el sistema capitalista, que se desentiende de las necesidades populares, deshumaniza la propiedad privada y aglomera a los trabajadores en masas informes propicias a la desesperación y a la miseria.

Nuestro sentido espiritual y nacional repudia también el marxismo..."

Y el XII: "El Estado nacional sindicalista no se inhibirá cruelmente en las luchas económicas entre los hombres, ni asistirá impasible a la dominación de la clase más débil por la más fuerte..."

Reprobamos e impediremos a toda costa los abusos de un interés parcial sobre otro..."

(1) Pío XI: Encíclica "Quadragesimo Anno", pág. 11. "Por lo que atañe al poder civil, León XIII sobrepasó audazmente los límites impuestos por el liberalismo; el Pontífice enseñó sin vacilaciones que no puede limitarse a ser mero guardián del derecho y recto orden, sino que debe trabajar con todo empeño para que "con todo el complejo de leyes e instituciones, es decir, haciendo que de la misma conformación y administración de la cosa pública espontáneamente brote la prosperidad, así de la comunidad como de los particulares." (Enc. "Rerum Novarum"). Ciertamente, no debe faltar a las familias ni a los individuos una justa libertad de acción, pero con tal que quede a salvo el bien común y se evite cualquier injusticia. A los gobernantes toca defender a la comunidad y a todas sus partes; pero al proteger los derechos de los particulares, deben tener particular cuenta de los débiles y de los desamparados. "Porque la clase de los ricos se defiende por sus propios medios y necesita menos de la tutela pública; mas el pueblo desgraciado, falto de riquezas con que defenderse, está peculiarmente confiado al patrocinio del Estado. Por lo tanto, el Estado, debe cobijar con cuidado y providencia peculiares a los asalariados, que forman parte de la clase pobre en general." (Enc. "Rerum Novarum").

cuyo carácter común es ya el constituir, no un acuerdo de voluntades libres, sino el resultado de una tímida y forzada aquiescencia a la declaración unilateral y arrogante de la otra parte. Es el contrato de transporte ejercido en régimen de monopolio por las compañías de todas clases. Es también el contrato de seguro, cuya rigidez se impone por la Administración para la protección eficaz de unos derechos que el mismo asegurado ni el beneficiario de la indemnización sabrían defender. Son los contratos de suministro, figura que del campo fiscal accede por un fenómeno de ósmosis al del Derecho privado, con las mismas características de rigidez que los anteriores. Y son, en general, todas las figuras jurídicas reunidas hoy bajo el denominador común de "contratos de adhesión".

La configuración conceptual del contrato en nuestro Código civil responde al sistema latino clásico y romano. De la formulación de los requisitos esenciales contenida en el 1.261, se deduce fácilmente. Y se completa con los dos principios tradicionales del 1.262 y 1.255, a los que la realidad de la contratación civil ha desbordado. En efecto, tanto el principio del concurso de la oferta y la aceptación, como el de la autonomía de la voluntad, expresan sin duda conceptos que tienen en la actualidad un carácter absolutamente revisables.

Y otro tanto podríamos decir respecto del objeto. A la concepción simplista de la cosa o al servicio prefigurados y ciertos en todos, los tipos del repertorio legal, ha venido a sustituir el concepto de un objeto difuso aún para la doctrina y que origina los contratos mixtos, complejos y atípicos.

Si de este suelo que ya sentimos inseguro nos trasladamos al francamente movedizo de la causa, la turbación de quien contemple nuestros 1.275 y 77 será inmensa. Aun dividida la más autorizada doctrina jurídica al precisar el concepto de la causa, la práctica se ha encargado de aportar nueva confusión, presentándose unos tipos contractuales que funcionan paradójicamente desconectados de todo motivo interno o externo, de toda causación subjetiva y objetiva, y que aducen como título de legitimidad en la vida el más firme y el más claro de todos: la Ley.

Claro es que el nuevo contrato abstracto tiene, como luego veremos, una cierta cabida en nuestro Derecho civil, que probablemente tuvo la intuición clarividente de una práctica contractual abstracta, si es que no de una doctrina.

A) LA CRISIS DEL CONTRATO EN CUANTO AL CONSENTIMIENTO

a) *El concurso de la oferta y la aceptación según el 1.262, Código Civil.—El problema de la voluntad unilateral.—Recuerdo de la pollicitación.—Divergencias entre la doctrina de los derechos latino y germánico.—Estudio del artículo 145 del B. G. B.—La promesa y el artículo 657 del Código Alemán.—Las obligaciones al portador.*

Nuestro Código, de orientación clásicamente romana, o mejor romano-francesa, desconoció necesariamente la doctrina del negocio jurídico tal como hoy se concibe. Por ello desconoció también numerosas figuras convencionales, que, estando destinadas a producir efectos jurídicos, no se avienen con la figura del contrato (los actos potestativos, los convenios reales, los acuerdos, los actos de creación, etc.). y desconoció también la fuerza vinculatoria que hoy se reconoce a la simple voluntad unilateral de obligarse.

Por lo demás, nuestra doctrina sobre el consentimiento, en el contrato es relativamente correcta dentro de los módulos a que responde. Incide, sí, en la afición didáctica reiteradamente manifestada en nuestros legisladores. Al contrario, el Código alemán no define el contrato, y sabido es que en la moderna técnica jurídico-fiscal germana, se tiende hoy a definir la institución negocial en función de su contenido más que por razón de su forma.

No obstante, en cuanto al resto, nuestra doctrina—repetimos—es bastante pura. Basta para comprobarlo decantarla a la luz de uno de los más finos juristas modernos, Von Thur, para comprobar que es exacta.

"Para que exista un contrato, entendida esta palabra en sentido amplio, se requiere, según el Código suizo de las Obligaciones, la declaración de la voluntad concordante y recíproca de las partes contratantes" (véase nuestro 1.254). "El contrato, a diferencia de los negocios jurídicos unilaterales, entraña, cuando menos, dos declaraciones de voluntad: la oferta y la aceptación" (ver nuestro artículo 1.262 C. C.). "A la coincidencia de dos o más declaraciones se da el nombre de consenso" (ratificación absoluta en nuestro artículo 1.261,1) (1).

(1) Von Thur. "Tratado de las obligaciones, t. I, pág. 105. Madrid, Reus, 1934.

Sobreentendida va en nuestros textos la necesidad de que ambas declaraciones sean congruentes, por lo menos en cuanto al sentido (artículo 1.258) y recíprocas.

En cambio, como consecuencia del principio puro del consentimiento, está bien expresa la doctrina de que los contratos sólo producen efecto entre las partes y sus herederos, salva las estipulaciones que se autorizan en favor de tercero, y los negocios por representación (arts. 1.257 y 29).

Nada nuevo, pues, conviene repetir sobre este punto, harto conocido y desarrollado. Pero sí, en cambio, queremos hacer una pequeña alusión al problema de la voluntad unilateral; sistemas latino y germano. Respecto al cual la doctrina y las legislaciones continentales observan la ya clásica dicotomía: legislaciones de tipo latino y de tipo germánico. El primero, contrario a la fuerza vinculativa de la voluntad unilateral de obligarse; el segundo, partidario de ella.

El criterio de las legislaciones influídas por el Derecho Romano está resumido en estas palabras de Pothier (1): "El que ha hecho una promesa puede desdecirse, en tanto no haya sido aceptada por aquel a quien haya sido hecha, pues no puede existir obligación sin un derecho que adquiere la persona con quien ha contratado la persona obligada. Ahora bien—añade Pothier—, del mismo modo que no puedo por mi sola voluntad transferir a alguien un derecho sobre mis bienes si su voluntad no concurre a adquirirlos, del mismo modo no puedo por mi promesa conceder a alguno un derecho contra mi persona hasta que su voluntad concorra para adquirirlo por medio de la aceptación que hará de mi promesa."

La doctrina es correcta dentro del patrón romano. Veamos cómo se regulaba en Roma el poder vinculatorio de la promesa unilateral "Las simples promesas unilaterales—dice Sohm (2)—no aceptadas por la otra parte, y, por tanto, desprovistas de carácter contractual, no engendran obligación alguna. En época tardía, las pollicitaciones declaran válidas y judicialmente exigibles, cuando se formularon a favor de una ciudad o se hacen con un motivo justificado—*ob justam causam*—, o existe ya un principio de ejecución—*coeptum opus*—, o, por último, cuando fuese para un fin piadoso—*votum*—."

Y para que una más perfecta comprobación de la doctrina sea posi-

(1) Pothier: "Obligations", núm. 4. Edit. Buquet, t. II, pág. 5

(2) Sohm: Edic. 1936, pág. 416, nota.

ble, transcribimos el texto latino, que dice textualmente así: "Non semper autem obligari eum qui pollicitur est si quidem ob honorem promiserit decretum sibi, vel decernendum, vel ob *aliam justam causam*, tenebitur ex pollicitatione. Sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus" (1).

Coincidente con esta doctrina, Von Thür (2) afirma: "El Derecho romano y el común exigían, para que el contrato se cerrase, la concurrencia *simultánea* de dos manifestaciones de voluntad coincidentes. Según esto, la parte que hacía la oferta podía libremente frustrar el nacimiento del contrato si su voluntad cambiaba antes de la aceptación. El aceptante no podría estar, por tanto, nunca seguro de que su aceptación cerrase el contrato.

Por el contrario, el sistema germano reconoce el valor vinculatorio de la promesa unilateral no aceptada. Siegel (3) afirma que la voluntad unilateral es la fuente única de todas las obligaciones creadas por los particulares. Hasta el contrato no es, en el fondo, más que dos actos distintos, y cada parte se obliga en el acto único por su sola voluntad. Hagamos notar como inciso que frente a esta exageración Von Tuhr, para sentar la doctrina en sus justos términos, aclara que la oferta y la demanda no pueden estimarse como dos negocios jurídicos unilaterales e independientes, sino como dos declaraciones de voluntad concurrentes a la formación de uno bilateral.

En este mismo sentido se manifiestan en la doctrina francesa Colin y Capitant (4) al afirmar que la voluntad unilateral debe ser incluida entre las fuentes de las obligaciones.

En efecto—dicen—: no hay ninguna imposibilidad lógica en admitir que una persona queda obligada desde el momento en que ha manifestado claramente esa intención, aun antes de que aquel que debe beneficiarse con la obligación haya aceptado la oferta y aun antes de que tenga conocimiento de ella.

Tal es también la doctrina del artículo 145 del Código civil alemán: "El que proponga la conclusión del contrato está ligado por su oferta, a no ser que haya expresado después su voluntad en contrario.

(1) "Digesto", lib. 50, tit. XII

(2) Von Thür: Ob. cit., pág. 137.

(3) "Das Versprechen als Verpflichtungsgrund in Recht". 1873

(4) "Curso elemental de Derecho civil". Trád. De Buen, 1924, r. 3.º, pág. 577

En efecto, en el Derecho alemán, hay que reconocer dos formas de declaración de voluntad: las que a partir de Zitelmann se ha dado en llamar declaraciones de voluntad recepticias y las no recepticias.

Son las primeras—como señala Oertmann (1)—las que han de formularse frente a determinada persona. De que ésta reciba o no aquella declaración depende la eficacia del vínculo jurídico que se trata de crear.

Por el contrario, las declaraciones no recepticias no exigen este requisito. Son relativamente raras, puesto que en la mayor parte de los casos no hay declaración expresa de voluntad en el sentido técnico y sí sólo manifestación de voluntad. Se incluyen generalmente en esta categoría los casos en que el acto de una persona constitutivo del negocio jurídico influye en la esfera jurídica de otras sin que pueda decirse que existe una parte contraria en el Derecho ni, por consiguiente, en la declaración: así sucede—afirma Oertmann—en la promesa pública de recompensa y en el testamento.

Lo importante en este respecto es que la simple oferta se halla revestida por la ley de determinados efectos jurídicos. El más importante de ellos es la irrevocabilidad. Así, las ofertas públicas del artículo 145 del B. G. B. tienen la característica de ser irrevocables. Es decir; se reconoce la fuerza obligatoria que para el propio oferente tienen estas declaraciones de voluntad.

“La eficacia vinculatoria de la oferta se basa—dice Von Tuhr—en la misma idea que ha determinado en el Derecho moderno el reconocimiento y la estructuración de los negocios jurídicos unilaterales” (2).

Para dar mayor estabilidad al comercio jurídico, los Códigos modernos, entre otros el mejicano en sus artículos 1.804 a 1.806, el brasileño en el 1.080 y siguientes, y entre nosotros el Código de obligaciones de la zona hispano-márroquí en sus artículos 223 y 24, coinciden en reconocer la fuerza vinculatoria a la voluntad unilateral.

En este mismo sentido, el Código federal suizo (art. 5.º) prescribe que en las promesas entre ausentes, el que propone determinado negocio se halla obligado a mantener su proposición por el tiempo que haya marcado para aceptar, y si no señaló ninguno, hasta el momento en que puede esperarse la llegada de la aceptación expedida a tiempo y regularmente. Igualmente las promesas públicas, el simple hecho de

(1) Oertmann: “Introducción al estudio del Derecho civil”. Trad. esp., pág. 190.

(2) Von Thur: Ob. cit., pág. 137, nota 3.

exponer las mercancías en un escaparate expresando su precio, es considerado en principio como oferta por los artículos 7.^º y 8.^º del mismo Código Suizo.

Consecuente el Derecho alemán con su orientación vinculatoria de la declaración unilateral de voluntad antes expuesta, lleva a su vigente B. G. B. el artículo 657, a cuyo tenor, "el que por medio de un anuncio público prometa una recompensa al que ejecute un acto y especialmente por la obtención de un resultado determinado, estará obligado a pagar la recompensa al que haya realizado el acto, aunque no haya obrado por aquel motivo".

De la consideración del inciso final del texto transcritó llégase a la consecuencia de la falta absoluta de cualquier forma contractual.

Oermann cita como ejemplos de promesa los de recompensa por el hallazgo de una cosa perdida, premios al descubridor de un delito, concursos científicos bajo la oferta de un premio y las ofertas colectivas de aparatos automáticos (1).

Sobre la fundamentación jurídica de la fuerza vinculatoria de esta promesa en el Derecho germánico, recuérdese lo dicho anteriormente acerca de las declaraciones receptivas y no receptivas de voluntad, y en general la que sirve de base a todos los negocios jurídicos unilaterales (2).

En el Derecho español, la promesa vinculatoria del 657 que comentamos, ni existe expresa, ni siquiera de sus preceptos puede inducirse una construcción aceptable. El artículo 1.089 contiene una doctrina hermética de las fuentes de las obligaciones que no es posible traspasar.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo tuvo ocasión de crear una solución básica en el Derecho español. El caso se planteaba en estos o parecidos términos: se había ofrecido públicamente al que descubriese a determinado criminal un premio de 20.000 pesetas. Lo descubrió un inspector de Vigilancia. El Tribunal sentenciador le negó el premio, basándose en que "es indudable que el inspector no contrató directamente con el oferente, por lo que no puede decirse que mediara una obligación contractual". La sentencia, pues, de 16 de junio de 1916 perdió la oportunidad de construir sobre bases modernas uno de los puntos más fundamentales para la renovación de nuestro Derecho. Renovación que—al decir de los comentaristas de Ennecerus, Pérez y Al-

(1) Oermann: Ob. cit., pág. 261.

(2) A. Von Thur: Ob. cit., págs. 122 y 126.

guer—, sólo la jurisprudencia puede y debe crear en cumplimiento de un mandato amplio, pero inexorable, como el del artículo 6.º del Código civil (1).

Definidas las obligaciones al portador como un documento en el cual el emitente se obliga a una prestación en favor del portador de aquél, su construcción jurídico-doctrinal se ha intentado desde los dos campos clásicos: la teoría contractual y la unilateral.

Representa la primera Goldschmidt, que ve en el momento de la recepción del título por su primer y originario portador un contrato común.

Stobe fundamenta el nacimiento de la relación obligatoria contenida en el título en el acto mismo de su emisión.

Y Kuntze y Cosack, también partidarios de una fundamentación unilateral del título al portador, ven en el acto mismo de creación del título el nacimiento de la obligación para el emitente, que por el simple hecho de expedir el título queda legalmente obligado frente a cualquier portador (2).

Sobre las teorías intermedias a este respecto, puede consultarse la magnífica doctrina de los títulos-valores del profesor Garrigues (3).

Desde el punto de vista legislativo, la obligatoriedad del título al portador se encuentra reconocida en el artículo 793 del B. G. B., que se completa con la excepción del 794. La Exposición de motivos del mismo fundamenta su doctrina sobre la base de una legitimación mínima del portador: "En los títulos al portador, al prometer el suscriptor al tenedor una prestación, no se hace en el sentido de que a éste deba pertenecer, sin más, el derecho de acreedor, lo cual llevaría a concederlo igualmente, no sólo a quien poseyese el título como guardador o encargado, sino hasta al ladrón, contra el general fundamento y finalidad de todo Derecho. Aunque es propio del fin de la ley que el portador pueda reclamar la prestación sin decir cómo adquirió el papel, y que el suscriptor pueda cumplirla sin averiguarlo, cabe alcanzar también aquel mismo fin mediante una forma que permita al tenedor ejercitar el derecho de acreedor en beneficio del suscriptor, y en el suyo propio, pero únicamente en el sentido de que si el mismo suscriptor impugna la facultad del tenedor de disponer del título y niega

(1) Ennecerus: t. II, v. II, pág. 313.

(2) Ennecerus: *Ob. cit.*, pág. 531.

(3) Garrigues. "Curso de Derecho mercantil", t. I, págs. 486 y sigs.

por esto la prestación, tiene, por su parte, que probar la falta de dicha facultad. Tal es el criterio a que obedece el artículo 793. La facultad en sí pertenece al propietario; mas mediante un acto jurídico o por la ley puede pasar a otro (verbigracia: usufructuario, acreedor hipotecario, apoderado), y la excepción de la falta de dicha facultad se concede principalmente, según los preceptos sobre adquisición de la propiedad que más adelante vienen, cuando el tenedor adquirió el título de quien no tenía su propiedad sabiendo esta circunstancia o ignorándola por grave negligencia. Imponer al suscriptor la obligación de hacer valer la excepción, sería incompatible con la índole de la cláusula relativa al tenedor, sin que tampoco lo exija una necesidad práctica.

Si un título legítimamente emitido llega en la circulación a manos del tenedor contra la voluntad del suscriptor, sobre todo por pérdida o robo, se perjudicaría al adquirente honrado de un modo contrario a la seguridad legal indispensable si el suscriptor le negase por este motivo la prestación, pues no puede exigírselle que se entere si el papel circula o no debidamente; lo equitativo parece más bien que soporte los peligros y desventajas correspondientes el que puso en circulación los títulos al portador, y en este sentido resuelve el artículo 794.

Vése con toda claridad cómo este artículo 794 sirvió de base extensora del pensamiento legislativo germano de centrar en el momento del nacimiento del título el de la obligación u obligaciones a que queda vinculado el emitente. En efecto: el que suscribe un título queda por este simple hecho obligado frente al portador del mismo, cualquiera que sea la causa lícita o ilícita de la adquisición.

B). EL ARTÍCULO 1.255 Y EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. — LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN, COLECTIVOS, NORMATIVOS Y DE TARIFA

La doctrina de la libertad absoluta en que el Código deja a los contratantes ya hemos tratado de demostrar que, al menos en uno de sus aspectos, es falsa. Queremos referirnos ahora a la esencia misma del problema. Salvo unas diseminadas, escasas y nada sistemáticas limitaciones a esa funesta libertad, que más que nada responden a un criterio negativo de mera corrección de las lagunas que a lo largo de la historia jurídica se han derivado del egoísmo de los particulares, salvo

éstas, repetimos, no existe en nuestro Código una doctrina orgánica de los límites del consentimiento. La fórmula vaga del orden público, la moral y las buenas costumbres es insuficiente, y la realidad se ha encargado de superarla. Los contratos que en el campo laboral han venido a denominarse "colectivos", los de tarifa, los normativos y los que responden a la fórmula genérica de "contratos de adhesión", han suprimido virtualmente la pretendida libertad de las partes.

"El ideal social—afirma Mossa (1)—arrastra toda relación económica hacia el sentido de lo colectivo, y al sacrificio del interés individual frente a aquel general de la sociedad del Estado. En nombre del Derecho público, o al menos en nombre del interés social, se piden limitaciones a los derechos clásicos de la propiedad, del contrato y de la empresa, que están en realidad justificadas por las necesidades de la vida presente."

"El contrato—continúa (2)—no puede permanecer extraño al movimiento en el cual el elemento social domina sobre el individual. La materia más neta del Derecho económico es, naturalmente, aquella por la cual se organiza en centros de intensa actividad económica la producción y la industria. La concentración de la empresa es la forma superior y última de la organización económica, en la cual el orden jurídico se encuentra ante el problema de la colectividad o comunidad de empresas en relación al individuo."

"Hasta hoy, el movimiento del Derecho de la economía, como el del Derecho del trabajo, ha sido del individuo a lo colectivo."

Los nuevos tipos de contratos han venido a sustituir el principio de la voluntad al servicio del interés privado por el de la "apariencia jurídica", que es sin duda el dogma más impresionante del moderno Derecho económico. El dogma de la declaración se apoyaba siempre sobre el de la voluntad, en cuanto que sin negocio jurídico o sin una específica declaración de voluntad como base no se obtenía un resultado hábil. Al contrario, el alcance verdaderamente revolucionario de la apariencia jurídica tiene una trascendencia tal, que, al decir de Mossa, prescinde de toda voluntad verdaderamente contractual o negocial. En un contrato común, fundado sobre la simple voluntad delegada, no existen efectos jurídicos si no existe una verdadera y sana voluntad

(1) Lorenzo Mossa: "Principios del Derecho económico" Madrid Ed. Signo. 1935, pág. 29

(2) Idem íd., pág. 28.

de las partes. Por el contrario, quien ha dado la apariencia del contrato, sólo por esto queda obligado como si hubiera querido concluir un contrato. "La apariencia no solamente imprime una voluntad ausente, sino directamente una capacidad que puede faltar y aun una causa que todavía no existe" (1).

La fórmula de la declaración protectora del interés individual ha sido sustituida por la más adecuada de "apariencia en interés de la generalidad".

De este modo surge la figura jurídica que Saleilles llama CONTRATOS DE ADHESION, en los que una de las partes fija sus condiciones rígidas e inderogables y la otra no hace sino aceptarlas. Mas para que haya adhesión en sentido técnico no basta que una parte acepte íntegramente la oferta: es preciso que ésta vaya dirigida a una generalidad de personas.

Esa oferta común puede realizarse mediante la fijación de una tarifa unas veces; otras, por la exhibición de cláusulas de antemano impresas; también es el caso de los almacenes de precio único, los servicios a través de contratos automáticos y numerosos más. En el contrato de adhesión hay dos voluntades, pero una es constitutiva y la otra simplemente adhesiva; una se impone, la otra acepta.

Hauriou, Duguit y Saleilles niegan el carácter contractual de este tipo de negocio jurídico, que queda reducido—a su modo de ver—a una simple declaración unilateral de voluntad. Y Mossa, con cierto sentido cáustico, afirma que de contratos no conservan más que el nombre.

Colin, Capitant y Ripert no se avienen a negar su carácter negocial y bilateral.

Y hay quien quiere llevar estos contratos de adhesión al campo del Derecho público. Ciento es que es en este ámbito jurídico donde nace probablemente el contrato de adhesión. Pero no puede negarse que la ósmosis hacia el Derecho privado es hoy perfecta.

Sin tomar posición dogmática en el problema, queremos señalar cómo, en cierto modo, subsiste su naturaleza contractual, porque no en vano hay dos declaraciones de voluntad, aunque de ámbito no absolutamente coincidente: no se dirigen una a otra, sino que la oferta es de carácter general y permanente, y no se extingue por la aceptación

(1) Mossa: Ob. cit., pág. 34.

del "accipiens", y, por el contrario, la aceptación es meramente individual y si se extingue al concurrir con la oferta.

Hay casos también en que la oferta se hace por la empresa mediante la estructuración de unas condiciones generales sin sujeto pasivo todavía, y que más tarde se completarán con las ofertas individuales dirigidas individualmente a través de agentes especiales. Es el caso de las Compañías o Sociedades de Seguros.

Esta categoría de contratos de adhesión no está prevista en casi ninguna legislación por su modernidad. Sin embargo, en nuestro Derecho positivo se prevé su posibilidad en el artículo 385 del Código de Comercio para el contrato de seguro y en el 351 para el de transporte.

Frente a esta modalidad de contrato, en que la declaración unilateral de una de las partes llena toda la voluntariedad del vínculo, han tenido que nacer, por necesidad casi fisiológica, los llamados "contratos colectivos", que si bien es cierto—cómo afirma Mittermayer—salvan al débil del poderoso, no lo es menos que le entregan al poder del grupo.

Estos contratos colectivos revisten numerosas variantes, siendo, no obstante su característica común el carácter "normativo" de que gozan, en el sentido de que no crean obligaciones, sino que se fijan los presupuestos a que después habrán de ajustarse los subsiguientes contratos individuales. Son en este sentido similares a los precontratos, con los que, no obstante, no es posible confundirlos, porque naciendo en éstos la obligación perfecta de celebrar otro contrato posterior, en aquéllos no hay otra obligación que la de ajustarse a sus normas, caso de que se celebren.

Esa misma normatividad hace que, al menos en alguna de sus variantes, puedan denominarse también "de tarifa", presentando dos variantes: los celebrados entre una asociación y un individuo (unilateralmente colectivo) o entre asociaciones (bilateralmente colectivo). En ellos también el principio de la libertad de contratación falla. En el Derecho español hay una referencia legal a estos contratos en el artículo 12 de la ley de 21 de noviembre de 1931, que los llama "pactos de trabajo".

Un problema surge respecto a la eficacia obligatoria de estos pactos. ¿Obligan a todos los de una misma profesión o sólo a los encuadrados dentro de la asociación? De los dos casos hay ejemplos en las

legislaciones europeas: en Suiza sólo afectan a los que contratan, y en Italia a todos, aunque no pertenezcan a la asociación.

En realidad, en este último caso el contrato es una verdadera norma jurídica que sólo puede concebirse como delegación del Poder público para que dichos grupos legislen; esto es, lo que el profesor Valverde llama "descentralización legislativa".

Los autores franceses acuden a distintas doctrinas para explicar la obligatoriedad de estos pactos frente a tercero. Unos dicen que hay un contrato a favor de tercero, realidad difícil de justificar en nuestro Derecho, que sólo admite esa estipulación cuando el tercero resulta favorecido. Otros acuden a la teoría de la gestión de negocios, asimismo ficticia, porque los pactos colectivos no se refieren a negocios actuales, sino eventuales y no desatendidos por sus titulares.

Más correcta es la fundamentación sobre la teoría de la representación legal, atribuida a la corporación en nombre de todos los profesionales, aun no pertenecientes a ella y no representados voluntariamente. En este sentido, el ajustarse a las normas establecidas sería una obligación legal. En España puede justificarse, como antes decíamos, en forma de delegación del Poder público para legislar.

Mencionamos, por último, entre los contratos cuya característica es la desaparición de una auténtica libertad conceptual aquellos que en la doctrina germana son conocidos con el nombre de "contratos de cartell".

PEDRO ROCAMORA
Profesor de Derecho de la Universidad Central.

(Concluirá en el próximo número.)