

# V A R I A

SEBASTIÁN MORO Y LEDESMA y ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: "Validez de los contratos y testamentos afectados por la guerra y la Revolución".—1941. Madrid. 125 páginas.

Los autores hacen en este libro un estudio exegético de la Ley de 5 de noviembre último, acuciados, según confiesan, por dos ideas contrarias: la de investigar seriamente el contenido de dicha disposición y la de retrasarse lo menos posible en la publicación del trabajo para acoplarlo al ritmo y rapidez de la Ley promulgada. Aunque han intentado una conciliación de las posibilidades en juego, basta una simple lectura de los comentarios para convencerse de que las aficiones y conocimientos de sus autores les llevan con marcada preferencia al campo de la técnica civil, ya cuando intentan determinar la naturaleza jurídica de la Ley, que califican de excepcional, singular y provisoria (en cuanto va dirigida a liquidar las situaciones jurídicas creadas por el Movimiento Nacional), ya cuando pasan revista a los vicios del consentimiento, ya en las consideraciones que dedican al concepto del tercero, ya en las pinceladas con que dibujan el perímetro del artículo 464 del Código civil, ya en la exposición de los efectos atribuidos a la cláusula *rebus sic stantibus*, ya cuando, en rápido esquema, consignan las notas del préstamo hipotecario con amortización. Pero tampoco faltan investigaciones de tipo más práctico como la realizada para fijar de un modo matemático los plazos concedidos por el artículo 8.º y los beneficios otorgados por el artículo siguiente, la concordancia de los preceptos comentados con los de otras leyes y la sobria exposición de la Parte Procesal.

A la luz de tales principios y construcciones será necesario discutir ahora, toda vez que se ha prorrogado la vigencia de la Ley hasta el 10 de agosto, los siguientes problemas:

1.º La retroactividad de estos preceptos excepcionales, ¿se aplicará cuando los pleitos hayan terminado por sentencia firme o los préstamos hayan sido satisfechos íntegramente antes del 5 de noviembre de 1940?

2.º ¿Quedan vigentes las disposiciones con que se ha amparado a los Bancos y Cajas de Ahorro contra las reclamaciones formuladas por los cuentacorrentistas, que por violencia, dolo, sustitución ilegal, etcétera, ven mermados los depósitos o saldos a su favor existentes el 18 de julio de 1936?

3.º Los documentos de giro falsificados, amañados o *impuestos*, ¿se hallan incluidos entre los *contratos* a que se refiere el artículo 2.º?

Los abogados encontrarán en la densa doctrina de la obra publicada por los Sres. Moro y Hernández Gil sólidos apoyos para resolver cuantos casos se les presenten en el ejercicio de la profesión.

J. G.

SONNEKALB (HELMUT): "Hat der Gläubiger unter Umständen eine andere als die geschuldete Leistung als Erfüllung anzunehmen?" (Tesis doctoral de Jena).—70 págs. Weida en Turingia, 1939.

Como el título indica, el problema que el autor estudia es el de si un acreedor tiene que recibir en ciertos casos como liberatoria una prestación distinta de la convenida. Para ello examina en primer lugar los conceptos de prestación y pago, fijándose a continuación en la figura jurídica de la *datio in solutum*, que presupone siempre, a su juicio, un convenio entre acreedor y deudor (califíquese de uno o de otro modo, ya como novación, ya como acto de disposición lucrativo, ya como contrato real, etc., etc.); pero el tema que se propone el autor es diferente: se trata de saber si hay ocasiones en que, sin necesidad de consentimiento del acreedor, puede el deudor pagar con prestación no pactada, e incluso incurrir en mora el acreedor si no la acepta.

En Derecho romano recuerda la *Lex Julia* de César, dictada después de la guerra civil y para aliviar a los deudores empobrecidos por ella, pues con arreglo a su texto se redujo casi en una cuarta parte el importe de las deudas, que además podían saldarse entregando sus

bienes el deudor, pero con la estimación de época anterior a la contienda. Asimismo cita los dos pasajes que en las novelas justinianas se refieren al *beneficium dationis in solutum*. (Novelas 4 y 120.)

En el Derecho germano menciona los sucedáneos de la moneda, poco frecuente entonces, que habían admitido las diversas Leyes, y que solían consistir en ganado, productos del campo, telas, etc.: el propósito era, como en tiempos de Justiniano, dar facilidades al deudor infeliz, pues la adquisición del dinero no resultaba empresa cómoda las más de las veces.

El Derecho común mantuvo la posición romana, aunque algunos escritores hayan entendido que las dos novelas expresadas quedaron sin vigor entonces, a pesar de la recepción.

En cambio, los Derechos territoriales alemanes repudian unánimemente el *beneficium*, y el mismo criterio impera en las Codificaciones particulares, en el *Code Napoléon* (artículo 1.243), en el primitivo Código federal suizo de Obligaciones (artículo 98), etc., etc.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio del B. G. B.? Antes de abordar la cuestión, el autor procura deslindar campos, apartando a un lado dos instituciones limítrofes, a saber: *obligación alternativa*, en que vale la clásica fórmula *duae res in obligatione, una in solutione*, y en donde por virtud de una ficción se considera *a posteriori* que el contenido de la obligación, concretada mediante la elección hecha por el deudor, fué desde un principio el que después ha quedado establecido, y la *dación en pago*, que ya antes analizó. En realidad, ni una ni otra figura orientan el problema planteado: la segunda, porque exige voluntad del acreedor, según se dijo; la primera, porque supone elección por el deudor, previamente estipulada.

El B. G. B. ofrece, esparcidos, diversos casos que permiten al deudor cumplir con una prestación distinta de la pactada, pero que pueden reconducirse a la figura jurídica de la llamada *facultas alternativa*, que consiste, como es sabido, en que siendo una sola la obligación contraída, puede el deudor, sin embargo, pagar mediante otra prestación diferente, es decir, que según la fórmula tradicional hay *una res in obligatione, pero duae res in solutione*. Y esta hipótesis puede presentarse o por precepto legal o por acuerdo establecido entre las partes, bien en el momento de crearse el primer vínculo, bien en fecha posterior. Ejemplos de carácter legal son los que brindan estos textos: el § 251, II (indemnización de daños en metálico y no mediante repa-

ración del objeto, cuando ésta suponga costo excesivo), el § 528 (alimentación del donante empobrecido, en vez de restituir la donación el donatario), etc., etc. Ejemplos de pacto: pago por medio de efectos y no en metálico, como al principio se convino, etc. Es de notar que en todos estos casos el acreedor ha de aceptar la prestación sucedánea, y si no lo hace, incurre en mora.

Pero los supuestos de verdadero interés para el problema suscitado por el autor son realmente otros, y él pretende construirlos sobre la base de ciertos principios generales, que giran fundamentalmente en torno a la idea de que no cabe abusar en el ejercicio de los derechos. Por eso invoca como primera regla la contenida en el § 226 (no se debe admitir el ejercicio de un derecho cuando sólo se pretende con ello causar daño al prójimo), y en el mismo sentido menciona el § 242 (el deudor ha de cumplir la prestación como lo exijan la buena fe y los usos establecidos), y otros preceptos del B. G. B. Mas, aparte de esos correctivos de índole genérica, aduce textos y casos para demostrar que el criterio ha de ser el de no gravar en forma demasiado onerosa al deudor, de acuerdo con el moderno sentido social y de comunidad. Así, v. gr., y sin repetir situaciones ya examinadas, la sustitución de una servidumbre de paso (§ 1.023), el pago en especies de una deuda alimenticia (§ 1.612), etc. De todo ello, y refutando la posible objeción de que se trata de casos especiales, quiere el autor inducir la regla de que hay como un pensamiento básico en el legislador, a saber: el de que no puede exigirse con tal rigor la prestación, que resulte onerosísima para el obligado, siquiera no se formulase la norma en esos amplios términos para evitar la inseguridad jurídica.

De otra parte, y con el mismo propósito, el autor evoca el caso de la imposibilidad de prestación, aludiendo al ensanchamiento que ese concepto de la imposibilidad experimenta cuando no se reduce a la esfera material, sino que se extiende a "imposibilidad económica" (v. gr., el § 2.170, II, que autoriza para satisfacer el valor del objeto legado cuando su adquisición exigiera desproporcionado dispendio). Por lo demás, tiene que confesar que no es fácil sentar directrices generales, pues cada situación ofrece sus características, si bien sugiere estas orientaciones: que el deudor se halle en verdadera dificultad y ofrezca de hecho, y no nominalmente, la prestación sustitutoria; y que ésta sea para el acreedor de un valor esencialmente análogo a la conveniencia, sobre todo, porque pueda llenar la misma finalidad que él persiguiera.

Termina el trabajo reconociendo que todo él se inspira en soluciones de equidad, y que por ello mismo ha de procederse con extremada prudencia. Ahora bien, consideraciones de una buena política del Derecho aconsejan que se utilicen las cláusulas generales de la Ley (el famoso § 242, por ejemplo), pues sin desconocer sus riesgos, es notorio que hoy "no puede mantenerse el derecho subjetivo del acreedor como concepto central del Derecho de obligaciones".

Como habrá podido advertirse, la tendencia responde a preocupaciones actuales del Movimiento Nacional Socialista alemán. Parece como si, queriendo romper con la ideología liberal, y con el respeto casi idolátrico a la seguridad jurídica y al texto literal de la Ley, se quisiera espiritualizar el mundo de la contratación, creando este árido campo de intereses egoístas con el soplo vivificador de un sentido más humano y más social, que atienda preferentemente a estímulos de ordenamiento colectivo y de conveniencia pública. La duda que inevitablemente surge, empero, es la de si el B. G. B., tan impregnado de técnica y tan saturado de otras preocupaciones, brinda soluciones favorables para el nuevo punto de vista. Y buena prueba de ello es la necesidad sentida en Alemania de reemplazarlo por una Codificación popular de signo contrario.

N. P. S.

DR. HORST HORSTMANN: "Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche" (Investigaciones sobre la aplicabilidad de normas obligacionales a las reclamaciones reales).—*Abh. aus d. gesamt. Handelsr.*—13

Para un ordenamiento jurídico que distinga tan rigurosamente los derechos reales de los personales o de crédito, como el alemán, resulta interesante el problema de escoger los preceptos del libro 2.º (obligaciones) que son aplicables cuando se ejercita una acción real. El autor, que, como discípulo de Heck, concede a la distinción clásica de los derechos patrimoniales y a las discusiones sobre su naturaleza poca utilidad, no deja, sin embargo, de reconocer que en ella han acumulado su saber varias generaciones de juristas y que responde a exigencias de la vida social. Sobre todo si nos encontramos con un Código civil como el B. G. B., no hay más remedio que estudiar cuáles preceptos del Derecho de obligaciones pueden ser invocados al decidir cuestiones

del Derecho de cosas. El legislador ha dejado el problema a la jurisprudencia, y algunos han creído resolverlo de un modo general, afirmando que el Derecho de obligaciones es aplicable siempre que no contradiga la naturaleza de las acciones reales. Pero esta norma supletoria no es práctica, y según Horst Horstmann tampoco es única, de suerte que hay necesidad de examinar caso por caso las circunstancias y precedentes de las situaciones jurídicas creadas. Así, el artículo 242, que introduce el principio de buena fe en la regulación de los contratos (artículo 1.258 de nuestro C. c.), no se aplicará directamente cuando una persona que ha vendido parte de su finca para instalar una fábrica de briquetas, reclame después contra la inmisión de humos, y se llegará a suponer que hay más bien una renuncia a la acción correspondiente. Tampoco se aplica el párrafo 2.º del art. 249 (pago en dinero de los daños causados a una cosa) en los supuestos de perturbación posesoria, porque aquel precepto está dictado con la vista puesta en las acciones u omisiones culposas y no en las molestias causadas por los imponderables. De gran importancia es la cuestión relativa a si el acreedor (dueño) puede exigir, en la hipótesis de que la prestación resulte imposible, lo recibido por el deudor como indemnización o como precio (por ejemplo: el comprador de buena fe de un anillo robado lo ha vendido a una tercera persona, que lo perdió). La dificultad se halla en que el dueño únicamente puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el no poseedor cuando hay dolo.

El autor sostiene que es imposible llevar todos estos aspectos a un común denominador, y por esto el problema de la aplicabilidad no puede resolverse de un modo general, sino que debe ser planteado y contestado según las circunstancias del caso.

GIACOME-PERTICONE: "Sui principi generali del Diritto privato" (Sobre los principios generales del Derecho privado).—*Arch. giur.*, 124-2.

Después del convenio universitario de Pisa, que llegó a establecer el dilema: los principios han de ser de interpretación (*interpretativos*) o de orientación (*programáticos*), se ha encendido de nuevo la discusión, y algunos autores entienden que si se fijan legislativamente los primeros, padecerá el desenvolvimiento de la conciencia jurídica, y si se trata de los segundos, no corresponde su formulación a los juriscón-

sultos. El autor les da el valor de líneas directrices, de principios *conectivos* que después de la codificación cumplirían la tarea de poner de relieve los pensamientos informadores y fijarían los *puntos* trascendentes (fuentes, orden público, tutela del derecho, derecho subjetivo, autonomía individual). Estos *órganos respiratorios* corresponden a un plano más alto que los principios generales del artículo 3.º del Código civil italiano, que han de invocarse para llenar una laguna del Derecho (véase el artículo 6.º del Código civil español, *in fine*). Sobre estos principios del ordenamiento jurídico, los que el autor busca *operan* en la legislación o en la interpretación, alumbran la naturaleza o finalidad de las instituciones y ponen de relieve las líneas de su futuro desenvolvimiento. Y mientras en las Cartas constitucionales figurarán los principios que regulan la estructura y las funciones de los Poderes y órganos del Estado, tendremos en el Derecho privado los que corresponden: 1.º *Al sujeto jurídico* y su autonomía (capacidad, validez del contrato, responsabilidad, buena fe, abuso del derecho, repetición de lo indebido, prescripción). 2.º *A la familia*, como núcleo fundamental de la nación (potestad marital, filiación, adopción, tutela, patrimonio, dote), y luego las declaraciones de principios relativos a la sucesión, testamento, donación, etc.... 3.º *A la propiedad*, por ejemplo: "La disposición y el goce de los bienes a título de propiedad o posesión quedan tutelados. Los derechos correlativos deben ser ejercitados de conformidad con las funciones sociales que el Estado confiere." Seguirán las declaraciones sobre la extensión de la propiedad, actos de emulación, limitaciones por utilidad pública, etc. 4.º *A la hacienda*, como la definición de la empresa (que ya resulta de la "Carta del Lavoro"), el interés del comercio, la responsabilidad, la convención, las interferencias con el orden público y las buenas costumbres, la equidad en sus relaciones con el enriquecimiento torticero.

Y el autor se detiene, creyendo haber demostrado la posibilidad y la dificultad de la tarea. Todavía añade una *coletilla* (in cauda venenum, dice): "La tarea debe ser artística, y en este terreno la fantasía creadora, la poesía, tiene un fuero indiscutible."

*Einrichtung und Fuehrung des Schiffsregisters und des Schiffbauregisters.* Av. d. R., J. M., von 23-XII-1940. (Ordenanza para la organización y régimen del Registro de buques de 23 de diciembre último.)

Consta de 61 artículos y ocho capítulos, que desenvuelven: I. La competencia de los funcionarios y la organización con referencia a la Orden de 19 de diciembre de 1940 y a la Ley de jurisdicción voluntaria.—II. Modo de llevar el Registro.—III. Disposiciones generales de carácter procesal. Testimonios y copias.—IV. El Registro de buques, según el apéndice o modelo número 1, que contiene una portada (Juzgado de Stettin—Registro de buques—, tomo 7, hoja núm. 325), la sección primera, dedicada al buque (nombre, señal, medidas, etc.), la segunda, referente a los propietarios, y la tercera, en donde se inscriben las hipotecas, usufructos y derechos de garantía sobre las partes del buque.—V. La inscripción de buques de navegación interior, con sujeción al apéndice número 2.—VI. El certificado del buque (modelo núm. 3), cuya expedición, modificaciones, duplicado e inutilización se regulan; el extracto testimoniado del mismo (apéndice núm. 4), la certificación de abanderamiento (apéndice núm. 5) y la carta o título naval (apéndice núm. 6).—VII. El registro de construcciones (modelo núm. 7).: y VIII. Las disposiciones finales sobre vigencia del nuevo régimen desde 1.º de enero de este año.

Basta echar una ojeada a este Reglamento para hacerse cargo de los defectos capitales de nuestro Registro de buques. El Reglamento de 1919 confunde la *publicidad* de comerciantes y sociedades, que es más bien una *publicación* que ha de hacerse a los cuatro vientos y utilizando la Prensa periódica o los Boletines de inscripción, con el régimen registral de buques, de donde ha nacido el *Acta Torrens*, y permite, si no impone, la expedición ilimitada de certificados representativos de la propiedad del buque. Ahora bien: desde el momento en que este documento lleva, en cierto modo, incorporados los derechos inscritos y puede servir para realizar operaciones de extraordinaria importancia, hay que regular con sumo cuidado su formalización, contenido y adiciones, así como la expedición del duplicado por extravío o destrucción y la de otro certificado nuevo por cambio de Registro, anulando el antiguo. .

LA REDACCIÓN.