

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 FENÓ-
MENO DE LA CODIFICACIÓN EUROPEA

De la revolución que en el mundo del pensamiento produjo el liberalismo rusioniano 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 influidas 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 asistiésemos 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 infortunados. El obrero aislado, titular de todos los derechos en el papel, tiene que optar entre morir 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 trance 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, correspóndenos 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 trance 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, véase 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 acre 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, sustituiase 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 sustrae 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 sitia por hambre.

El obrero aislado, titular de todos los derechos en el papel, tiene que optar entre morir 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 mísero, 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 nacionalsindicalista 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 aun 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 pollicitatio.—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 didascálica 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, salvo 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 influidas 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 concurre 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 decláranse válidas y judicialmente exigibles, cuando se formularon a favor de una ciudad o se hacen con un motivo justificado—*ob iustam 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 aceptado. 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 Thür, 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". Trad. 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-marroquí 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 determinadò, 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 transcrito llégase a la consecuencia de la falta absoluta de cualquier forma contractual.

Oertmann 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 recepticias y no recepticias 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) Oertmann: 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 exigírsele 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 exteriorizadora 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 id., 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 comercial y bilateral.

Y hay quien quiere llevar estos contratos de adhesión al campo del Derecho público. Ciertamente es que 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—como 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.)

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 décimotercera:

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 quizá estudiemos 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, jesuita 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 equivoco 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, que 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 Bonnetcasse, 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 el 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 que 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 regule 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 surtirían 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, quizá 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 derogado 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 (*)

(Conclusión.)

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 | Konkurse | 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 incluido 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 continuarían 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 incluido 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. Ciertamente 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 se 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

amos particulares hayan
registros de la Propiedad
do determinado en los
pero con las referencias
yamen y éste no hubiera
án libres de toda res-
to de que al liquidar el
efectos.

o hipotecados especial-
gaciones, sólo tendrían
fectiva la deuda garan-
tos que la integran. El
puesto que las "anua-
do caso afectas, según
os obligacionistas y al

as Compañías han de
y deudas que puedan
otación. Ciertamente es que
de 24 de enero, "para
rá tomar a su cargo,
ción de las obligacio-
disfrute, haciendo en
. Pero entonces exis-
personal impuesta por
erá sustituido por el
a con la responsabili-
procedimiento sumario
de la hipoteca anterior

explotación, aunque
ad si no están inme-
potecarias; pero esto
leyes que desde hace
que cuantos bienes
ídica responden del
hipotecas tácitas y
1.875 del Código

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

2.º Mayores dificultades encierra la cuestión cuando la reserva ha sido materializada o individualizada en valores específicamente determinados, con indicación de clase, serie, número y demás características, porque admitidas en nuestro Derecho la prenda sin desplazamiento, las cesiones fiduciarias y las reservas de dominio, pudiera apoyarse sobre estos precedentes la afección de los títulos-valores a fines determinados. Así parece deducirse de la frase "reservas destinadas única y exclusivamente a la amortización del capital acciones" empleada por la Orden de 26 de febrero de 1925, y de la indicación relativa a que "no podrán las Compañías disponer de ellas para repartirlas como beneficio a los accionistas hasta el momento de liquidar el Estatuto por rescate o revisión", hecha en la Real Orden de 27 de junio siguiente, así como de los preceptos de la Real Orden de 4 de mayo de 1927, que distinguen dos clases de reservas: las anteriores al ingreso de las Compañías en el Estatuto y las constituídas con posterioridad para regularizar dividendos o cubrir contingencias que pudieran reflejarse desfavorablemente en las cuentas de explotación. Sin embargo, estas declaraciones, que en algunos periodos fueron mandatos legislativos, pueden hacerse valer más contra la Administración pública que contra los acreedores de las Compañías admitidas al régimen, sobre todo si el Estado no ha proveído a su reintegro o pago, ni aquéllas están en condiciones de llevarlo a cabo. A tenor del artículo 154 del Código de Comercio, "la masa social, compuesta del fondo capital y de los *beneficios acumulados*, será la responsable, en las Compañías anónimas, de las obligaciones contraídas"..., y si bien pueden distinguirse varias situaciones jurídicas de los beneficios, según aparezcan únicamente en la cuenta de pérdidas y ganancias, o hayan sido aprobados, o se pongan a disposición de los accionistas, o en realidad estén compensados mediante abonos en cuenta corriente, es indudable que cuando se decida, no su reparto, sino su *acumulación*, quedan sujetos a las responsabilidades del negocio. Echávarri, en el comentario al artículo citado (II-259), afirma que "las ganancias que se reparten entre los socios y aun aquellas destinadas a los fines de compra de acciones, no pueden reputarse como acumuladas al capital".

Difícil será perfilar, frente a los acreedores en el caso de quiebra, este derecho de separación cuando no se ha constituido a favor de los accionistas un derecho real o la Ley no les conceda un privilegio de persecución o prelación. El repetido art. 154 impone a las reservas, dice Garrigues (242-1.º) el destino de reforzar la garantía de los acreedores sociales. "A diferencia del fondo capital, las reservas estatutarias están a la libre disposición de la sociedad, son capital propio, no capital vinculado por los acreedores e inmovilizado para su satisfacción (las reservas pueden ser repartidas en cualquier momento entre los accionistas; el fondo capital, jamás)." Sólo que esta disponibilidad, en el caso ahora examinado, se halla coartada por la declaración explícita de la Real orden de 27 de junio de 1925. Ahora bien, cuando el Estado haya intervenido, con arreglo al Estatuto, la administración de esas reservas, que deberán estar constituidas en valores de fácil realización, ¿podrá sostenerse que hay una prenda *sin desplazamiento* (o sea en manos de la Sociedad), cuya autenticidad es manifiesta, a favor de los accionistas?

Suponiendo que estos elementos del activo, una vez aprobadas las operaciones por el Estado, hubieran sido administrados separadamente o con la intervención estatutaria, el derecho preferente de los accionistas respecto a los acreedores posteriores parece indiscutible. Únicamente cuando las reservas estuviesen afectas a la explotación, el concesionario se vería en la precisión de saldar con ellas el déficit a que se refiere el párrafo penúltimo del apartado I, relativo a las Empresas de activo saneado, en la base 12 del Estatuto, que regula la distribución de productos de las explotaciones.

No resulta tan fácil decidir, en el momento actual, la repercusión en el patrimonio privado, a que alude el Balance, de las obligaciones hipotecarias no amortizadas, porque si bien en el régimen estatutario se debían aplicar los productos brutos, en primer lugar, a satisfacer los gastos de explotación, las pensiones de retiro y, lo que especialmente nos atañe, las cargas financieras (interés, amortización y gastos de servicio de títulos), con arreglo a las bases 10 y 12, todo ello giraba alrededor de una explotación consorcial con fijación de tarifas racionales que no se ha llevado a la práctica. La preocupación del Estatuto era determinar el capital real del concesionario, deduciendo el obtenido mediante la emisión de obligaciones, para otorgarle la retribución o dividendo correspondiente (base 12, I), y reconocer el pa-

patrimonio particular de las Empresas, a 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,

Las 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 construídas, 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 promulgadas 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 distraiga 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

Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Especial de contratación en zona roja

I. DERECHO MATERIAL.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1942.—*Retracto*

El Código civil señala, en su art. 1.524, para el ejercicio del derecho de retracto, el breve plazo de nueve días, los cuales, según el mismo precepto dispone, habrán de contarse desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. Esta concisa expresión preceptiva no ha de entenderse en el sentido de que el plazo para demandar el retracto comienza a correr hacia su vencimiento de caducidad de la acción del retracto desde el momento en que éste tiene noticia del hecho de la enajenación, aunque desconozca los pactos y condiciones de la misma; porque saber de tan elemental manera que una cosa ha sido vendida, no es tener de la venta un conocimiento bastante para determinar la conveniencia de sustituir al comprador en los derechos y obligaciones que integran el contenido contractual. El derecho de subrogación, que es como el art. 1.521 del Código civil, define el de retracto, presupone que el retrayente ha de conocer las condiciones contraídas por el comprador, en cuyo lugar ha de quedar subrogado; doctrina, la que acaba de expresar, que está ya sancionada por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras sentencias, en las de 19 noviembre 1919, 13 diciembre 1930 y 10 junio 1935, en las que, con referencia al comienzo del plazo legal para el ejercicio de la acción de retracto, aparece declarado, en síntesis, que el futuro retrayente tiene derecho a conocer, para poder hacer uso del mismo si le conviene utilizarlo, los pactos y condiciones en que la venta se otorgó; y que la enunciación de la venta no es bastante para dar lugar al ejercicio de la acción de retracto, toda vez que desconociéndose las condiciones en que tuvo lugar, como se conocen por

la publicidad del Registro de la Propiedad, en virtud de la inscripción, mal podrá saber el retrayente si le conviene o no sustituir al comprador en la adquisición de la finca.

SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1942.—*Fraude a la Ley.*

"Instituido y mantenido en la legislación foral navarra el retracto familiar, con el alcance y finalidad de que los consanguíneos a quienes asiste el derecho puedan adquirir para sí, por el mismo precio y condiciones, las fincas que hayan sido vendidas por uno de los miembros de la familia, bien se advierte que las disposiciones que regulan aquella institución y este derecho, como canceladoras del libre ejercicio de la propiedad, de la obligatoriedad y firmeza de los contratos, se han de entender y aplicar restrictivamente, sin que puedan servir de amparo eficaz a acciones que; con fingido y externo acomodo a las mismas, obedezcan al propósito y persigan el fin de que, valiéndose de ellas, logre el vendedor de bienes inmuebles el incumplimiento e ineficacia de lo por sí concertado, mediante una rescisión que directamente no le sería dable conseguir; y cuando así se procede demostradamente y el consanguíneo que demanda el retracto no es sino persona interpuesta, se incurre en la ilicitud del fraude contra la Ley, cuyo sentido se elude, salvando las palabras, conforme lo define la ley 29, del título III, libro 3.º del *Digesto*, aplicable a Navarra, y que según la ley 30 de los mismos título y libro, se comete cuando se hace lo que la Ley no quiere, aunque expresamente no lo prohíba. Si la ley 2.ª del título III, libro 3.º de la Novísima recopilación de Navarra concede exclusivamente a los hijos o nietos del vendedor, y no a éste, derecho a recuperar los bienes raíces por él mismo vendidos, en fraude de ella no amparable se procederá cuando aquél, pesoso o arrepentido de la venta que por su voluntad concertó, proporcione a su consanguíneo, para que ejercite la acción de retracto, los medios y capacidad de obrar, sin los que no le sería posible contraer ni cumplir las obligaciones impuestas a todo retrayente, porque haciéndolo así es su propia voluntad la que quiere y hace posible que el comprador quede privado de los derechos que le había transmitido. Lo que se acaba de apreciar es aplicable al caso que viene sometido a este recurso, porque demostrado en el pleito que antes de la escritura de 27 marzo 1939, D. A. N. manifestó a D. D. V. su de-

seo de que no se otorgara aquélla, y el propósito, que atribuyó a su hija menor de edad, de retraer la finca, habiéndola, para que así lo hiciere, emancipado y hecho donación de las fincas que, como parte del precio de la suya, le había transmitido el comprador, sin que en la misma sentencia se niegue que las 40.000 pesetas que para retraer habían de ser consignadas, tenían igual procedencia, es visto que en la voluntad y en los hechos del propio vendedor radicó y tuvo posibilidad de ejercicio la acción de retracto, que sin aquéllos no hubiese ejercitado la demandante D. M. A. N. M."

La sentencia del Tribunal Supremo sanciona de nuevo la ilicitud del fraude a la Ley. Sólo cuatro días antes de publicar el presente fallo había publicado otro de idéntico sentido (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, págs. 414 a 418).

El primer problema consiste en saber si el fraude a la Ley es admisible en el Derecho español como causa de nulidad del negocio afectado. A primera vista, la noción del fraude a la Ley parece desconocida en el Derecho hispánico, puesto que dicha figura se compone de un doble abuso de derecho (véase REVISTA CRÍTICA, 1942, pág. 417), y el abuso de derecho ha sido rechazado por el Tribunal Supremo, como límite de los derechos subjetivos, en innumerables sentencias (véase REVISTA CRÍTICA, l. c.). Sin embargo, parece que la inflexibilidad con que hasta ahora mantuvo el Supremo Tribunal el adagio romano *qui iure suo utitur, neminem laedit*, empieza a aflojarse, puesto que una sentencia del 13 de junio de 1942, debida a la ponencia de Castán, añade, al enunciar el mentado principio: "Siquiera tal principio jurídico no tenga un valor absoluto y sea atemperado por la doctrina científica moderna, admitiendo la indemnizabilidad del daño ocasionado en el ejercicio del derecho, siempre que éste actúe, por su titular, en forma abusiva." Ahora bien, admitiéndose el abuso de derecho, no hay inconveniente—y al contrario, es muy lógico—considerar también el doble abuso de derecho (el fraude a la ley) como causa de nulidad. Estimamos, por tanto, que la concepción del fraude a la ley, como causa de nulidad por dos sentencias del Tribunal Supremo, desembocará en la lisa y llana admisión del abuso de derecho como barrera del ejercicio arbitrario de un derecho subjetivo.

Siendo ello así, resulta tanto más importante definir bien el concepto del fraude a la ley. En este aspecto podemos distinguir una teoría subjetiva y otra objetiva. La *teoría subjetiva* afirma un fraude

a la ley si una persona hace uso de un precepto jurídico para burlar intencionadamente la finalidad de otro precepto. Lo esencial del fraude a la ley reside para esta teoría en la voluntad maligna e irrespetuosa con la ley; y la finalidad de la doctrina del fraude consiste en el castigo de esta voluntad mala en forma tal que el que esperaba burlarse de la ley "se pasa de listo". En nuestro caso, el padre hizo uso de las prescripciones legales acerca de la emancipación y de la donación para infringir intencionadamente la finalidad de las normas jurídicas respecto al retracto gentilicio. El Tribunal Supremo, revocando la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona, castiga la mala voluntad del padre y declara nulo el retracto ejercido por la hija emancipada. La *teoría objetiva*, en cambio, no enfoca los planes, ideas y pensamientos de las personas, sino meramente la compatibilidad o incompatibilidad de la situación jurídica creada por los interesados, con la finalidad de la ley que se supone burlada. Piénsese, por ejemplo, en una legislación que prohíbe la prenda sin desplazamiento, porque quiere evitar situaciones en las que la apariencia discrepa de la realidad jurídica, y que, por ende, pueden utilizarse fácilmente para engañar a los que se fían de aquella apariencia. En muchos países de semejante legislación, los acreedores se dejan transmitir fiduciariamente la propiedad de ciertos bienes que dejan en depósito al deudor, con la exclusiva finalidad de tener una garantía de sus créditos. Ahora bien; el resultado logrado por la transmisión fiduciaria es precisamente el aborrecido por la descrita legislación, puesto que hace posible al deudor el engañar a nuevos posibles acreedores respecto a su situación económica, teniendo la posesión de bienes cuya propiedad no le corresponde. La teoría objetiva vería por ello, en la transmisión fiduciaria de la propiedad en garantía de un crédito, un fraude de la ley prohibitiva de la prenda sin desplazamiento, no considerando en absoluto las intenciones de las partes. En el caso de autos, la teoría objetiva no admitiría un fraude a la ley. El resultado de las diferentes maniobras que la finca, vendida por el padre, se encuentra en manos de la hija. Este resultado, lejos de infringir la finalidad del retracto gentilicio, se adapta precisamente a ella, puesto que dicho retracto (cuya valoración positiva o negativa es cuestión de política legislativa y no función de los Tribunales) da a los familiares el derecho a conservar las fincas que otro familiar quiere vender. Nos queda saber: ¿cuál de las dos teorías es preferible? No dudamos en dar la

preferencia a la teoría objetiva. Desde el punto de vista teórico y filosófico, el Derecho civil patrimonial no enfoca las motivaciones, sino las realidades exteriores. La teoría de los elementos subjetivos de la antijuridicidad pertenece al Derecho penal y no al Derecho civil. Piénsese, además, que las legislaciones que admiten el abuso de derecho no suelen tener en cuenta meramente la motivación. El célebre § 226 Código civil alemán establece la ilicitud del ejercicio de un derecho, si este ejercicio sólo *puede* tener la finalidad de hacer daño a otro. No basta que el ejercicio, en el caso concreto, tenga tal finalidad. Si, por ejemplo, un acreedor rico pide del deudor pobre el pago de su deuda, no porque le hace falta el dinero, sino sólo para arruinar al último, el § 226 resulta inaplicable, puesto que la petición de un acreedor a que le pague el deudor *puede* tener muchas finalidades decentes. En cambio, si es aplicable el mencionado precepto, si un padre prohíbe a su hijo, con el que se lleva mal, visitar la tumba de su madre, que se encuentra en una finca del padre, ya que en esta hipótesis sólo es concebible como finalidad de la prohibición la de perjudicar al hijo. Desde el punto de vista práctico preferimos también la teoría objetiva por evitar una gran inseguridad del comercio, mucho pleitos estériles y delicadas dificultades probatorias.

SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1942.—*Delitos.*

Hay que observar que, para que pueda ser estimada la responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, es necesaria la concurrencia de diversos requisitos o supuestos, integrados por la acción u omisión, la lesión o daño, la antijuridicidad o ilicitud, la culpa del agente y la relación de causalidad entre el daño y la falta, siendo indudable, por lo que a la ilicitud y la culpa se refiere, que su valoración o calificación suscita una cuestión de derecho que puede ser discutida en casación al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la ley de Procedimiento civil. Es de tener en cuenta, en segundo término, que la ilicitud del acto u omisión productor del daño, y la consiguiente responsabilidad del agente, quedan excluidos cuando a virtud de un derecho subjetivo, tenido por el causante de la lesión, resulta justificado el ataque o intromisión producida en la esfera jurídica, personal o patrimonial, del

lesionado, según tiene reconocido la jurisprudencia de esta Sala, que ha recordado con mucha reiteración la máxima romana "qui iure suo utitur neminem laedit" (*Digesto*, libro I, título XVII, leyes 55, 51 y 155, párrafo 1.º), traducida en la fórmula de nuestro antiguo Derecho "non fase tuerte a otro quien usa de su derecho" (*Partida VII*, título 34, regla 14), siquiera tal principio jurídico no tenga un valor absoluto y sea atemperado por la doctrina científica moderna, admitiendo la indemnizabilidad del daño ocasionado en el ejercicio del derecho, siempre que éste actúe, por su titular, en forma abusiva.

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1942.—*Causa en las letras de cambio.*

Las letras de cambio libradas a su propia orden por el prestamista y a éste aceptadas y pagadas directamente por el demandante, son negocios causales, y, contra lo que afirma el Tribunal de instancia, no ha de entenderse realizada la provisión de fondos por virtud de la cláusula "valor recibido" que figura en dichas letras, porque esta expresión, que en el verdadero contrato de cambio indica la manera como reintegra el tenedor al librador del valor de la letra, en las giradas a la propia orden del librador, carece de significación y alcance jurídico e incumbe a éste probar la causa de la letra; y como esta prueba ni siquiera se ha intentado y los giros obran en poder del aceptante pagador, debe imputarse el valor de los mismos a la única relación debitoria probada en los autos.

SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1942.—*Cláusula "cif".*

Pactado el contrato con dicha fórmula, es indudable que se hizo uso de una cláusula de frecuente aplicación en el comercio, que figura en ciertas compraventas mercantiles en que la mercancía ha de conducirse mediante navegación de plaza a plaza, siendo la palabra "cif", según la sentencia de este Tribunal de 22 de octubre de 1931, abreviatura de las inglesas: "cost, insurance, freight", equivalentes en castellano a: "coste, seguro y flete"; y la misma imprime carácter o condiciona toda la cláusula para expresar que en el precio fijado van comprendidos el coste de la mercancía, el seguro y el flete, o, lo que es

lo mismo, que el pago de esos tres conceptos corre a cargo del comprador, de lo que se deduce que el lugar de la entrega era Sevilla, en cuyo puerto se descargó la mercancía; esto es, que las obligaciones del vendedor consistieron en expedir la misma, formalizar los contratos de transportes y seguro, hasta el punto señalado a cargo del comprador, y poner a disposición de éste los consiguientes documentos, doctrina la anterior reiteración de la sentada en sentencias de 14 de noviembre de 1924 y 22 de junio de 1928, entre otras muchas.

SENTENCIA DE 1.º DE JULIO DE 1942.—*Decreto de 26 de mayo de 1938.*

Al no perseguir la demanda deducida por D. Joaquín Dualde Gómez la finalidad de que el Banco de España reponga en la cuenta corriente que en el mismo tenía abierta, la cantidad que sin su firma fué de ella extraída, como sería preciso, para que, en cumplimiento de los artículos 1.º y 4.º del Decreto de 26 de mayo de 1938, hubiera de quedar sin curso el juicio declarativo instado, es visto que la Sala de lo Civil de Valencia infringió en su auto de 10 de junio de 1941, por aplicación indebida, aquellos preceptos legales, citados en este concepto al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

II. DERECHO PROCESAL.

SENTENCIA DE 1.º DE MAYO DE 1942.—*Presunciones de hecho.*

Las presunciones no establecidas por la Ley han de descansar sobre hechos probados, y al Tribunal sentenciador corresponde establecerlas con facultad privativa, conforme tiene declarado reiteradamente esta Sala, para determinar el enlace entre los hechos que la originen, ya que ni la inducción ni deducción se hallan sujetas a otras reglas que a las racionales del criterio humano; y así también está ya sancionada por la jurisprudencia, que la presunción fundamental de un fallo recurrido no puede ser combatida en casación sino impugnando fuñdadamente la existencia y realidad de los hechos probados sobre los que aquélla haya sido formada, o demostrando que las consecuencias de ellos deducidas son absurdas o ilógicas.

SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1942.—*Incongruencia.*

En armonía con lo que dispone el art. 360 de la Ley de Enjuiciamiento civil que cuando no sea posible fijar en cantidad líquida el importe de los daños y perjuicios ni siquiera establecer las bases ciertas con arreglo a las cuales haya de hacerse la liquidación, deberá dejarse ésta para el período de ejecución de sentencia; y como, en el presente caso, la parte actora en el suplico de la demanda se limita a pedir una declaración de daños y perjuicios cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia y la Sala sentenciadora se aventura a señalar una cifra que no tiene base en la discusión de autos, es indudable que la sentencia incide en el vicio de incongruencia.

SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1942.—*Apelación.*

Formulando el art. 840 de la Ley de Enjuiciamiento civil un término improrrogable, con arreglo al número 5.º del art. 310 de la Ley, el plazo para la comparecencia ha de contarse para cada uno de los emplazados, conforme al 303, desde el día en que les fué hecho el emplazamiento, por no ser de aplicación el art. 529, pues ese artículo constituye una excepción de la regla general antes indicada, sólo aplicable al término señalado para comparecer a contestar a la demanda, en el que se ha de contar, cuando los demandados fueren varios, respecto de todos desde el día siguiente al en que el último hubiese sido emplazado.

SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1942 —*Reconvención.*

“Si bien en términos generales puede afirmarse que en los litigios que se suscitan con motivo de la construcción, venta y alquiler de las llamadas casas baratas, para los cuales establecen procedimiento especial y determinados privilegios de gratuidad los arts. 69 y 70 del Real decreto-ley de 10 de octubre de 1924, no es permitido al demandado accionar, por tener la reconvención el carácter de demanda, independiente de la principal del pleito, de esta prohibición deben quedar exceptuados aquellos casos en que existe una íntima conexión entre

ambas demandas, por ser igual el título o relación jurídica de las dos, pues cuando tal circunstancia concurre, la materia litigiosa de una y otra será la propia del procedimiento excepcional y ninguna razón de principio podrá justificar que se prescinda de las finalidades prácticas ventajosas que abonan la institución procesal de la reconvencción."

La sentencia del Tribunal Supremo nos parece acertada. Sus considerandos establecen una distinción entre *reconvenciones emparentadas con el objeto del pleito principal* y *reconvenciones sin nexo alguno con aquél*. Como es sabido, esta distinción no se halla en la Ley de Enjuiciamiento civil, que admite toda clase de reconvencción. No obstante, los autores (véanse Prieto Castro, "Exposición del Derecho Procesal Civil de España", tomo I, 1941, pág. 232; Manuel de La Plaza, "Derecho Procesal Civil Español", Madrid, tomo I, 1942, página 376) atacan con más o menos decisión esta admisión ilimitada de la demanda reconvenccional y proponen "de lege ferenda" la exclusión de las reconconvenciones inconexas. Por esta razón debemos llamar la atención de nuestros lectores sobre el hecho de que la presente sentencia del Tribunal Supremo, en un caso especial, excluye, ya "de lege lata", las reconconvenciones inconexas, permitiendo sólo aquellas que guardan una relación con la materia litigiosa del pleito principal. Opinamos, que se debe aplicar la mencionada distinción a otro problema en el mismo sentido y también ya "de lege lata". El artículo 534 de la ley de Enjuiciamiento civil exige del actor extranjero, en ciertas circunstancias, la llamada "cautio judicatum solvi". Se discute si dicha caución ha de exigirse o no del demandado extranjero, caso que entable una reconvencción. Estimamos que esta cuestión ha de contestarse por la negativa, tratándose de reconconvenciones conexas; y por la afirmativa, tratándose de reconconvenciones inconexas, puesto que las primeras constituyen un medio de defensa en sentido amplio y sería injusto permitir que se ataque a una persona, obstaculizándole su defensa, mientras que las segundas constituyen verdaderos nuevos procesos, para los que el extranjero está sometido a ciertas trabas. Podemos aducir a favor de nuestra tesis el § 110, número 3.º, de la Ley procesal alemana, que exige las reconconvenciones de extranjeros de la "cautio judicatum solvi", teniéndose en cuenta que el Derecho procesal alemán admite sólo las reconconvenciones conexas (§ 33 Ley procesal alemana).

SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1942.—*Conflicto jurisdiccional.*

De las alegaciones de las partes se deduce que éstas no discrepan precisamente en la aplicación de la Ley de 17 de mayo de 1940 al caso de autos, ya que el propio asegurado, al evacuar el traslado de instrucción, lo considera comprendido en el art. 8.º de la misma, sino que la discrepancia real está más bien en la determinación de la norma de la Ley aplicable, entre las múltiples que contiene, y en la interpretación que en presencia del caso discutido proceda dar al apartado c) del art. 12; por lo que no ofrece duda que se trata de discrepancias surgidas en la aplicación de dicha Ley, y, por lo tanto, quedan fuera del ámbito de la jurisdicción ordinaria para entrar de lleno en la esfera jurisdiccional del Tribunal Arbitral de Seguros, según dispone el art. 10.

SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1942.—*Competencia.*

La acción en reclamación de bienes reservables es real o mixta y aplicable, por tanto, o el número 3.º ó 4.º del art. 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1942.—*Facultades de la jurisdicción en cuestiones de minería.*

Es notorio que ni el art. 55 de la Ley de 6 de julio de 1859 ni el 26 del Decreto-ley de Bases de minería, que se dicen infringidos, han intentado limitar las facultades que a los Tribunales incumben en materia de apreciación de pruebas, de tal modo que se vean constreñidos a estar y pasar por las declaraciones que en determinados casos corresponde hacer a la jurisdicción administrativa, puesto que ambos, por el contrario, para la indemnización de daños remiten la cuestión a la tasación de peritos, conforme a las leyes comunes, cuando no se llegue a un convenio sobre el particular. Tampoco limita las facultades de los Tribunales en el presente caso el art. 121 del Reglamento de 16 de junio de 1905. Finalmente, no es posible sostener, que a la Administración venga atribuida, no ya la facultad de decla-

rar la existencia del daño, lo que puede tener explicación, sino la fijación, por modo irrefragable, de sus causas y la determinación, no susceptible de rectificarse, de las personas o entidades responsables, por culpa, negligencia o dolo; de donde resultaría que a los Tribunales no es dado revisar, en uso de su indiscutible soberanía, la relación de causalidad que es base de la imputación ni pueden hacer otra cosa, si semejante interpretación prosperase, que fijar cuantitativamente el importe de la indemnización y distribuirla entre los responsables, tema en cierto modo subalterno, si se les sustrae la más trascendente de sus facultades, que es declarar que existe o falta una voluntad de Ley y sacar de esa declaración todas las consecuencias útiles para la solución del caso que se les haya sometido.

SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1942.—*Cosa juzgada.*

En el litigio anterior doña Dolores Solá, en representación de su hijo menor Ricardo, solicitó se declarase que éste es hijo natural del fallecido D. Joaquín Brujas y tiene derecho a los beneficios que a los de su clase atribuye el art. 134 del Código civil, o sean, llevar el apellido del padre, recibir alimentos del mismo y percibir en su caso la correspondiente porción hereditaria, habiendo dirigido su demanda contra los, para la actora, ignorados herederos del presunto padre; y personadas en los autos en concepto de tales herederas D. E., D. O. y D. C. B. S., con ellas se siguió el juicio, que terminó por sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Barcelona, en cuya parte dispositiva, si bien se declara al hijo menor natural del difunto D. Joaquín Brujas reconociéndole el derecho a usar el apellido paterno, no se hace pronunciamiento relativo al pretendido derecho a alimentos, porque—según expresa el último de los Considerandos de la aludida resolución—tal derecho quedó extinguido por fallecimiento del padre natural. Firme la repetida sentencia, al actuar en el presente litigio doña Dolores Solá en concepto de representante legal de su citado hijo Ricardo, invocando la condición a él reconocida de hijo natural de don Joaquín Brujas y dirigir su acción contra D. E., D. O. y D. C. B. S., a quienes demanda en calidad de herederas del fallecido padre, solicitando se las condene a satisfacer alimentos, aparece manifiesto que entre el caso ahora controvertido y el resuelto anteriormente existe en el particular relativo a la deuda alimenticia cuyo pago se reclama la

identidad de cosas, causas, personas de los litigantes y calidad con que lo fueron, exigida en el art. 1.252 del Código civil para que la presunción de cosa juzgada surta efecto, siguiéndose de lo expuesto que debe prevalecer el motivo primero del recurso.

SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1942.—*Art. 167 Ley de Enjuiciamiento civil.*

No es obstáculo para la acumulación del juicio ejecutivo al concurso la tesis manifestada por el Juez núm. 4 de Madrid, en el auto que deniega la acumulación solicitada, de que ésta no procede cuando los autos ejecutivos se hallan terminados por haber realizado los bienes embargados adjudicándolos al ejecutante y éste se da por pagado de todas las responsabilidades que reclamaba, habiendo dejado por ello de ser acreedor, pues es de observar: 1.º Que por auto de 18-I-1935 el Juzgado núm. 21 de Madrid declaró al Sr. Ponce de León en estado de concurso voluntario de acreedores con todas sus consecuencias legales, decretando la acumulación al juicio universal de concurso de todos los ejecutivos pendientes, entre los cuales estaba comprendido el que se seguía en el Juzgado núm. 4 de Madrid, a instancia de D. A. M. C. 2.º Que a tenor del art. 167 de la citada Ley procesal, no se han de tener por terminados, para efectos de acumulación, los autos ejecutivos, mientras no quede pagado el ejecutante, y, por consiguiente, hay que reputar vivo, en la referida fecha de la declaración de concurso, el juicio promovido por el D. A. M. C., ya que fué posteriormente cuando se decretó, por auto de 4 de marzo de 1935, la adjudicación a favor del solicitante, de determinados derechos del demandado, a lo que siguió la providencia de 2 de mayo del mismo año que declaró terminados los autos. 3.º Que si bien en el Juzgado número 4 de Madrid no se recibió hasta el 18 de junio del propio año 1935 el oficio y testimonio del Juzgado núm. 21 de la misma capital relativos a haberse decretado la acumulación, esta circunstancia no puede tener trascendencia en perjuicio de los intereses del concurso y en una materia que ha de ser estimada como de orden público, dadas las finalidades de alto sentido social que la Ley persigue al establecer el procedimiento colectivo de realización de los bienes del deudor insolvente.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTRATACIÓN EN ZONA ROJA.

I. *Derecho material:*

1. Artículo 1.º de la Ley especial:

a) Sentencia de 9 de julio de 1942 (número 32): "Por lo que afecta a la anulabilidad de los contratos, decretada por el artículo 1.º de la repetida Ley especial, tiene este Tribunal declarado en repetidas sentencias que la invocación en los contratos del Decreto de 14 de agosto de 1936, dado por el Gobierno marxista, obstativo de las enajenaciones de inmuebles, por su carácter prohibitivo, no creó régimen jurídico alguno, sino que se limitó a impedir precisamente el ejercicio de un derecho, no siendo, por tanto, de las disposiciones a que alude el mentado artículo." (Véase *Revista Crítica*, 1942, p. 422, acerca de jurisprudencia análoga del Tribunal Especial.)

b) Sentencia de 1.º de julio de 1942 (número 27): "La otra causa que se aduce en la demanda como de anulabilidad del contrato cuestionado, conforme a lo establecido en el artículo 1.º de la Ley, referente a haberse celebrado el contrato al amparo de la Ley de 3 de febrero de 1937, dictada por el Gobierno ilegítimo, que estableció una disposición contraria al contractual régimen subsistente en 18 de julio de 1936, al suprimir la limitación de la capacidad civil de la mujer casada para contratar, debido al cual doña M. V. M. pudo hacerlo sin la licencia de su marido, no es más estimable; porque lo mismo en el documento privado de 5 de marzo de 1938, que en la escritura otorgada en 18 de igual mes y año, aparece explícita la intención de los contratantes de ajustarse, como lo hicieron, en todo a las formalidades y prescripciones legales vigentes en 18 de julio de 1936. ya que, además de desacatar el Decreto rojo prohibitivo de la enajenación de bienes inmuebles, cuidaron de hacer constar que la señora doña M. V. M. tenía amplia licencia marital, otorgada ante Notario, y que ofrecía aportar, manifestaciones éstas innecesarias entonces, de haberse atendido a la disposición roja citada, intención confirmada también por la prueba practicada, que demuestra que para justificar la no presentación de la licencia marital, y con el propósito de convencer al demandado que la tenía y presentaría, doña M. V. M. entregó a éste las cartas que había recibido de su esposo, autorizándola para resolver lo que "mejor creyera en todo", en la primera, y ratifi-

cando en la segunda la libertad completa en que la dejaba, documentos éstos que, cualquiera que sea su valor y eficacia confirmatoria, en orden a la validez o nulidad del contrato impugnado por razón de la incapacidad de la mujer para otorgarlo, son elementos probatorios, reconocidos por el demandante, que han de tenerse en cuenta en esta litis para demostrar que el contrato se quiso celebrar con sujeción al régimen legal vigente en 18 de julio de 1936."

2. Artículo 2.º

a) Las sentencias del 4 (número 28) y del 9 (número 30) de julio de 1942 estiman la existencia de una intimidación a los efectos del artículo 2.º, sin ofrecer interés doctrinal.

b) Las sentencias del 1.º (número 27) y del 9 (número 32) de julio de 1942 niegan los supuestos del artículo 2.º de la Ley especial, sin merecer tampoco, en este aspecto, una reproducción.

3. Artículo 6.º

La sentencia del 4 de julio de 1942 (número 29) sienta la siguiente doctrina: "Los derechos que crea o reconoce la Ley de 5 de noviembre de 1940 tienen, cada uno, su modalidad específica, que requiere, para hacerla efectiva, del ejercicio de la acción adecuada, porque están concedidos en contemplación de situaciones o casos distintos, y como en realidad, aunque con otras palabras, lo que se pide en este pleito es que, a pesar del incumplimiento de las obligaciones contractuales del actor, no se tenga por resuelto el contrato. la acción ejercitada no puede ser otra que la que se deriva del artículo 6.º de dicha Ley, distinta de la establecida en el artículo 8.º de la misma, para obtener la suspensión de los plazos estipulados, porque mientras aquélla tiende al cumplimiento del contrato o a su resolución, la segunda se encamina a prolongar la duración del mismo, a cuya existencia y exigibilidad está subordinada, por lo que carece de aplicación tanto a los casos en los que las obligaciones ya están cumplidas, como a aquellos en los que se haya desistido de exigir su cumplimiento. El derecho que se concede en el precitado artículo 6.º—como excepción al principio general de resolución de las obligaciones bilaterales establecido en el artículo 1.124 del Código civil—al contratante que incumplió su obligación a oponerse a la resolución del contrato, ha de entenderse en el sentido de que puede ejercitarse lo mismo excepcionando, si es demandado, que accionando en otro caso: pero está condicionado con la carga de probar que el motivo del in-

cumplimiento fué la situación desventajosa en la zona roja, en términos suficientes a impedir o dificultar gravemente la prestación a que se hallaba obligado, requisito cuya realidad no aparece acreditada en el conjunto probatorio obrante en el pleito, pues si bien en una certificación aportada a los autos consta que el actor estuvo detenido desde el 1.º al 3 de agosto de 1936 en la prisión de San Lorenzo del Escorial, sin que se exprese la causa de ello, cierto y probado es que dicho actor no estimó ventajoso para sus intereses el contrato que tenía concertado con la Compañía Industrial de Panificación y eludió voluntariamente el cumplimiento de las obligaciones pactadas de aquel modo en circunstancias que impusieron a aquélla la necesidad de hacerse cargo de las obras y de continuarlas por su cuenta, y como quiera que, siendo esto así, es improcedente la pretensión de que se condene a la Compañía demandada a que deje continuar al actor las obras, de las que, como queda apreciado, hizo él voluntaria dejación."

II. Derecho procesal:

1. Incompetencia de jurisdicción:

Véase Sentencia de 9 de julio de 1942 (número 32): "Aun en la hipótesis de que hubiera sido justificada la veracidad de la predicha condición de que el pago había de efectuarse en billetes del Gobierno Nacional, sin que así se pactase para inducir dolosamente al actor a la celebración del contrato, el hecho de no haberlo cumplido el demandado entrañaría a favor del demandante una acción derivada del incumplimiento del contrato, que es ajena, en absoluto, a la esfera de la ley de 5 de noviembre de 1940, y de posible ejercicio sólo ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria." La sentencia del 9 de julio de 1942 (número 31) no ofrece especial interés.

2. Incompetencia territorial:

La Sentencia del 14 de julio de 1942 (número 33) trata de una demanda, formulada ante el Juzgado de Primera instancia de La Bisbal contra el Banco Hipotecario de España, en la cual se pide que se consideren suspendidos los plazos pactados en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Esta acción es de naturaleza personal. Por tanto, se le aplican las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil art. 18, párr. 3.º, Ley Especial). Según la regla 1.ª del artículo 62 de la ley Procesal, corresponde el conocimiento del juicio al Juez de Primera instancia número 2 de Madrid, donde ha de efectuarse el pago del capital y de los intereses del préstamo.

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de noviembre de 1938.

Esta Resolución reitera la conocida doctrina que dice que los liquidadores carecen de personalidad, como agentes que son de la Administración, para impugnar los acuerdos de ésta aunque afecten a sus participaciones por la aplicación del impuesto.

Esta doctrina está sancionada repetidamente por el Tribunal Supremo y múltiples decisiones del Tribunal Económico-Administrativo Central, tales como las de 13 de mayo y 4 y 11 de noviembre de 1930 y 7 de mayo de 1935, haciendo aplicación del artículo 9.º del Reglamento de Procedimiento económico-administrativo de 29 de julio de 1924. Los funcionarios—como lo son los Liquidadores en su condición de tales, según los artículos 156 y 163 del Reglamento del impuesto—carecen de personalidad para impugnar acuerdos de la Administración, salvo en los casos en que inmediata y directamente se vulnere un derecho que en particular les esté reconocido.

Aparte de este punto, que era el sustancial por referirse a la personalidad del reclamante, tiene la Resolución de que se trata una modalidad que merece destacarse. El Liquidador, al recurrir contra el fallo del Tribunal provincial, basaba su apelación en un error de hecho padecido por éste, y en su consecuencia el recurso entablado fué el extraordinario de nulidad que autoriza el artículo 105 del citado Reglamento de Procedimiento, entre otros casos, cuando en la resolución recurrida se comete error de hecho.

El Tribunal Central, después de razonar su decisión basándose, como antes hemos dicho, en la falta de personalidad, acoge especial-

mente el punto referente a la nulidad y dice que el Reglamento en ese artículo 105 refiere exclusivamente a la representación del Estado y a los particulares la facultad de interponer ese recurso extraordinario, y añade que los funcionarios públicos no están incluidos, conforme al artículo 9.º antes mencionado, en el concepto genérico de "particulares", término que con propiedad—dice—sólo es aplicable a los contribuyentes.

COMENTARIOS. — En definitiva, pues, todo el nervio del razonamiento del Tribunal descansa en la llamada falta de personalidad, de acuerdo con el tecnicismo empleado por el Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas.

Tal es, efectivamente, la nomenclatura que en el artículo 9.º emplea, diciendo que "los funcionarios carecen de personalidad para impugnar los acuerdos de la Administración", excepto en el caso de que se trate de derechos que particularmente les estén reconocidos; pero no parece dudoso sostener que tal tecnicismo no es el más apropiado, dado que desentona con el que normalmente admite la ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sienta al distinguir y diferenciar los conceptos de personalidad y acción. Nos parece que según ese criterio el término apropiado debiera ser el de "acción" y no el de "personalidad", porque, realmente, hablando conforme al tecnicismo procesal, el litigante que reclama derechos que dice ser propios y en nombre propio, no se puede decir que carezca de personalidad. En cambio, sí puede adolecer de falta de acción, y adolece, en efecto, cuando la deficiencia está en el título o causa de pedir. Y esto es precisamente lo que en el caso ocurre, a nuestro parecer: de lo que el Liquidador carece realmente es de acción, es decir, de ese título o causa, porque los Reglamentos no se lo reconocen.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de diciembre de 1938.

EL TIPO BENEFICIOSO CORRESPONDIENTE A "ENSANCHE DE LA VÍA PÚBLICA" NO ES APLICABLE A UN PROYECTO DE URBANIZACIÓN EN EL QUE NO SE SIGUIERON LOS TRÁMITES SOBRE EXPROPIACIÓN FORZOSA.

EL PRECIO FIJADO A LOS BIENES EN CONTRATO POSTERIOR AL QUE ES OBJETO DE LIQUIDACION NO PUEDE SERVIR DE MEDIO COMPROBATORIO.

SI UN DOCUMENTO PRIVADO SE ELEVA A ESCRITURA PUBLICA Y ESTA ES LA QUE SE PRESENTA A LIQUIDACION, EL PLAZO DE PRESENTACION SE CUENTA DESDE LA FECHA DEL PRIMERO, AUN EN EL CASO DE SER PRECEPTIVA LA CONSTANCIA EN DOCUMENTO PUBLICO.

ANTECEDENTES. — En 1933 el Ayuntamiento de S. formó un proyecto de reforma urbana, pero recurrido el acuerdo aprobatorio, fué revocado por el Tribunal Económico-Administrativo provincial en 1934, siendo de notar que el Ayuntamiento reconoció en el pleito que se trataba de urbanización parcial y no de proyecto de mejora interior de población de los regulados en el Reglamento de Bienes. obras y servicios municipales.

En 24 de enero de 1935, y en relación con el expresado proyecto, el Ayuntamiento celebró con doña A. Ch. un convenio en documento privado por el cual ambos contratantes se transmitían recíprocamente ciertas parcelas de terreno valoradas en 5.000 pesetas, y aunque en aquel documento se decía que se elevaría a escritura pública en el plazo de ocho días, ésta no se otorgó hasta el mes de marzo siguiente.

Presentada a liquidación en la Abogacía del Estado en 8 de abril, fué liquidada por el concepto "Permutas" al 5 por 100, con multa por no presentación en plazo y elevando a más de 100.000 pesetas la base liquidable. Para ello se fundó el Liquidador en que el día 6 del mismo abril el propio Ayuntamiento había otorgado otra escritura con el Banco de Espada cediendo a éste en permuta parte de las parcelas adquiridas en la permuta con doña A. Ch.; siendo de advertir que en esa escritura de 6 de abril se dice que el proyecto de permuta con el Banco de España había sido aprobado en la sesión del Ayuntamiento del día 2 de enero, fecha del documento privado antes citado.

A la reclamación formulada contra la liquidación se unió certificación del Catastro de la que resultó un valor muy inferior al liquidado, y el Tribunal provincial confirmó la liquidación en todas sus partes. El central, en cambio, modifica el fallo en el sentido de que la base liquidable se fije por los medios normales de comprobación, y en lo demás estima bien aplicado el tipo de 5 por 100 y procedente la multa por estar presentado el documento fuera de plazo.

COMENTARIOS. — La Resolución del Tribunal central razona la

improcedencia del tipo beneficioso del 0,50 por "ensanche de vía pública", fundándose, acertadamente, en que al no existir proyecto aprobado y ejecutivo, no es de aplicar el contenido del artículo 38 del Reglamento, que exige necesariamente ese requisito al decir que haya proyecto "definitivamente aprobado" y aunque la expropiación se haga privadamente y sin seguir los trámites de las disposiciones sobre expropiación forzosa. O sea que se ratifica el criterio reglamentario y jurisprudencial establecido a partir del Reglamento de 1932.

Sobre el punto de si el documento había sido presentado dentro de plazo y sobre la procedencia de la multa impuesta, el Ayuntamiento recurrente alegaba que el plazo de presentación no había empezado a correr hasta el otorgamiento de la escritura, y para opinar así invocaba el artículo 107 del Reglamento, apartado 4), en relación con el 19 del Reglamento sobre contratación municipal de 2 de julio de 1924. Este impone como forma contractual la escritura pública en todos los contratos que "se realicen por gestión o contrato directo", y aquél preceptúa que cuando sea necesario el otorgamiento de escritura pública el plazo se computará desde el día siguiente a su otorgamiento.

Esto no obstante, el Tribunal estimó que era procedente la multa impuesta, y para llegar a esa conclusión interpreta el apartado 4) del artículo 107 en el sentido de que ese apartado es de aplicación al caso de ventas o adjudicaciones hechas en subasta y no cuando se trata de contratación directa entre los interesados, en cuyo supuesto debe regir—dice—la regla general del párrafo 1.º del mismo artículo, o sea la de los treinta días hábiles contados desde el otorgamiento. Y refuerza su punto de vista diciendo que no hay que olvidar que el documento privado origen de la transmisión, otorgado entre ambos contratantes, cae de lleno dentro de las prevenciones de los artículos 48 y 41 del Reglamento, según los cuales la transmisión de bienes muebles e inmuebles es liquidable cualquiera que sea el documento en que conste y cualquiera que sean los defectos intrínsecos o extrínsecos de que adolezca, con lo cual—añade—no es tampoco invocable el artículo 1.280 del Código civil.

Sobre ello hemos de decir, por nuestra parte, que ya el Tribunal Supremo había sentado criterio opuesto en la sentencia de 6 de noviembre de 1925, precisamente con relación a la contratación de las Corporaciones provinciales y municipales, afirmando que por ser preceptiva la escritura pública, desde la fecha de ésta se ha de contar el plazo de

presentación, a lo cual hay que añadir que esa forma de contratación también la impone el Reglamento de contratación municipal antes citado.

Ante esa dispar conclusión entre la Resolución que comentamos y la sentencia indicada, nosotros somos de parecer que la recta interpretación del artículo 107, en sus apartados 1) y 4), es la de distinguir entre la contratación en general y la que efectúen las aludidas Corporaciones.

Aunque la letra de esos apartados conduce a sostener que solamente si se trata de subastas y concursos que requieren la forma de escritura pública es cuando la fecha de presentación se cuenta desde su otorgamiento, sin embargo, en la contratación provincial y municipal debe regir también la misma norma, no obstante lo estatuido en los mentados artículos 48 y 41 del Reglamento y 1.280 del Código civil, porque esa forma de contratación es para esas entidades no solamente requisito necesario, como lo es en determinados casos para los particulares, sino sustancial, hasta el extremo de afectar a la eficacia y validez de lo pactado, de tal manera, que en rigor puede sostenerse que un contrato de esa índole sin el requisito de forma debe ser calificado de ineficaz e inexistente.

El tercer punto que la Resolución comentada enjuició fué el de la base liquidable, y lo hizo con un criterio de más amplitud que el aplicado al punto anterior. Razona así: la valoración que sirvió de base a la permuta entre el Ayuntamiento y el Banco de España no puede utilizarse como medio comprobatorio para fijar la base en la permuta objeto de discusión, esto es, la que el Ayuntamiento convino con doña A. Ch., porque aunque aquélla se originó en un proyecto de acuerdo aprobado por la Corporación en 2 de enero—fecha del documento de permuta motivo de la liquidación impugnada—, el contrato con el Banco de España no se perfeccionó hasta que se otorgó la escritura pública correspondiente, lo cual tuvo lugar el 6 de abril, y, por consiguiente, el acto tributario no se causó hasta esa fecha con arreglo al artículo 48 del Reglamento, que exige que las transmisiones intervivos consten en documento público o privado para ser liquidables; y como la permuta con doña A. Ch. se había formalizado en el documento privado de 2 de enero, es claro—dice la Resolución—que para comprobar esa transmisión no puede servir de base el valor dado a la unidad de medida en la escritura de 6 de abril, porque la transmisión en ésta rea-

lizada es posterior a aquella permuta, y ello implica que el precio en ella fijado no puede ser medio de comprobación para un contrato de fecha anterior, ya que ese medio de comprobación que el artículo autoriza se refiere a la última enajenación de los mismos bienes u otros análogos y no a una anterior.

Es decir, que se da la anomalía o el caso peregrino de que en la misma fecha (2 de enero) se conviene y formaliza una permuta y se inicia otra sobre bienes en parte idénticos, siendo común uno de los contratantes, pero por precios mucho más bajos los de la primera que los de la segunda, y el Tribunal entiende que estos últimos no pueden servir de medio comprobatorio para los primeros, fundado solamente en que el segundo contrato se formalizó algún tiempo después.

La conclusión encajará, sin duda, en la letra del artículo 80 del Reglamento, mas ello no obstante, nos ofrece serios reparos, sobre todo teniendo en cuenta que uno de los permutantes era el mismo.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de diciembre de 1938.

LAS MUTUALIDADES PATRONALES DE SEGUROS DE ACCIDENTES DEL TRABAJO NO ESTÁN COMPRENDIDAS ENTRE LAS EXENCIONES QUE LA LEY DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES MENCIONA, Y PARA QUE LES ALCANCE LA EXENCIÓN DE IMPUESTOS PREVENIDA GENÉRICAMENTE EN EL ARTÍCULO 54 DE LA LEY DE ACCIDENTES DEL TRABAJO Y EL 230 DE SU REGLAMENTO, ES NECESARIO QUE, ENTRE OTROS REQUISITOS, CONCURRA EL ESENCIAL DE QUE SUS OPERACIONES SE REDUZCAN A REPARTIR ENTRE LOS ASOCIADOS LOS RIESGOS SUFRIDOS POR ALCUNO DE ELLOS.

Esta cuestión fué planteada como consecuencia de la adquisición de un inmueble por la Sociedad Mutua General de Seguros de La Coruña, y el Tribunal, después de invocar el artículo 54 de la Ley de Accidentes del Trabajo de 8 de octubre de 1932 y los artículos 230 y 111 a 116 de su Reglamento sobre lo que se consideran Mutualidades patronales, concluye que para que a éstas les sea aplicable la exención del impuesto de Derechos reales es necesario que se cumplan estrictamente los requisitos que esos artículos mencionan, por cuanto la exen-

ción de impuestos a ellas concedida es genérica y no está comprendida de manera concreta ni en la Ley ni en el Reglamento referentes a aquel impuesto

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de enero de 1939.

LAS CANTIDADES DEPOSITADAS EN FORMA INDISTINTA DURANTE EL MATRIMONIO A NOMBRE DE MARIDO Y MUJER SE PRESUMEN GANANCIALES, Y NO ES DABLE ESTIMAR QUE EL 50 POR 100 DE ELLAS TIENE EL CARÁCTER DE BIENES PRIVATIVOS DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE Y LA OTRA MITAD EL DE GANANCIALES.

ANTECEDENTES. — La esposa del causante resultó ser única heredera de éste, instituida en testamento.

Presentados los documentos a liquidación, se incluyeron entre los bienes relictos varios depósitos indistintos a favor de ambos cónyuges, y la Oficina liquidadora, considerando que todo ese caudal tenía la condición legal de bienes gananciales, liquidó por este concepto sobre la mitad de él, y la otra mitad por el concepto de herencia a favor del cónyuge sobreviviente

La viuda formuló recurso contra la liquidación invocando el artículo 77 del Reglamento sobre presunción de propiedad por partes iguales en dichos depósitos indistintos a favor de los titulares y deduciendo que en el caso la mitad de las cantidades depositadas eran bienes privativos suyos y la otra mitad bienes gananciales, de cuya mitad el 50 por 100 (cuarta parte del total) le correspondía a título de ganancial, y el otro 50 por 100 (otra cuarta parte del total) como heredera única del causante.

Reforzaba su argumentación diciendo que el testamento del marido era anterior a las fechas de constitución de los depósitos hechos a nombre de ambos cónyuges, lo cual equivalía, según la recurrente, a reconocer y confesar que la mitad pertenecía a la esposa; que en virtud de los artículos 1.344 del Código civil y 170 de la ley Hipotecaria, la dote confesada por el marido surte el efecto de las obligaciones personales, y que aunque conforme al artículo 1.407 del mismo Código tienen la condición de gananciales todos los bienes del matrimonio,

mientras no se demuestre que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges, es lo cierto que esa presunción cede ante el reconocimiento de propiedad hecho por el marido al constituir aquellos depósitos.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación, fundado en que, de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento en su apartado 3), los bienes adjudicados al cónyuge superviviente en pago de sus aportaciones se considerarán gananciales si esas aportaciones no se justifican debidamente, precepto éste que, como específico, se antepone a la presunción genérica del artículo 77, invocado por la viuda recurrente.

En el mismo sentido se produjo el Tribunal Económico-Administrativo Central, refiriéndose a los preceptos sustantivos del Código civil sobre el régimen de la sociedad legal de gananciales, en armonía con el citado artículo 22 del Reglamento del impuesto: para que la justificación de ser los bienes relictos privativos del cónyuge supérstite sea adecuada, habrá de hacerse por los medios de prueba admisibles en Derecho, y claro está que la simple manifestación de los cónyuges no reúne esos requisitos, ya que ningún valor documental tiene. Esto aparte de que de admitirse la teoría contraria resultaría que quedaba al libre arbitrio de los cónyuges variar durante el matrimonio el régimen jurídico de la sociedad de gananciales y de los bienes de la misma, con evidente posible perjuicio no ya solamente del Tesoro en cuanto al impuesto se refiere, sino de los mismos herederos forzosos.

COMENTARIO.—El tema discutido es evidentemente claro, y por ello nos parece inadmisibile sustentar el criterio de la recurrente ni ante el derecho fiscal ni ante el sustantivo civil; pero tenía la reclamación un último extremo que conviene destacar y del cual se ocupa también la Resolución que venimos comentando. Aquella sostenía una teoría que iba mucho más allá de la amplia interpretación de los artículos citados del Código civil y del Reglamento. Sostenía no ya solamente que la mitad de las cantidades depositadas eran bienes privativos suyos, sino también que la otra mitad eran gananciales y no bienes privativos del marido. Con esto resultaba que, llegada a este punto, prescindía del artículo 77 y convertía en ganancial la mitad de lo que era herencia, con gran ventaja tributaria para ella y con evidente desnaturalización del artículo 22 y también del 77, ambos del Reglamento, e incluso del 1.407 del Código civil. Es decir, que aplicaba el 77 hasta el punto en que la favorecía, y de ahí en adelante volvía a acogerse al 1.407.

Para nosotros no ofrece duda alguna que ese artículo 77 no es

aplicable en ningún caso a los depósitos indistintos en que figuren como titulares marido y mujer, para los cuales rigen específicamente el artículo 1.407, primero, y el 22 después. Si de ellos se prescinde y se aplica solamente la letra del 77, es claro que en tales depósitos correspondería la mitad privativamente a cada cónyuge, pero no es menos claro que dicha omisión no es lícita dentro de una armónica interpretación de esos preceptos legales, como no lo es nunca prescindir de la norma específica cuando existe y atenderse a la general.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

V A R I A

Anuario 1939-40 de la Academia de Derecho Alemán (J. Schweitzer Verlag, Berlín y Munich.)

(Conclusión.)

2) *El objeto de la litis:*

Lent distingue con todo rigor la concurrencia de normas y la concurrencia de acciones.

a) La sentencia que se refiere a una sola acción produce efectos de cosa juzgada, aunque la demanda sólo alegue una norma como fundamento de la acción (siguiéndole la sentencia en este particular) y la segunda demanda se base sobre una segunda norma. Si el primer pleito estuviere todavía pendiente, procede, en la mencionada hipótesis, la excepción de litispendencia. La cosa juzgada no se refiere jamás a los fundamentos de la demanda. La cosa juzgada se extiende sólo a la acción. Ninguna parte, por ende, puede exigir que se dicte una sentencia con determinados considerandos.

Todas estas reglas valen sólo para la concurrencia de normas.

b) Tratándose, en cambio, de una concurrencia de acciones—se puede hablar también de una acumulación de acciones—, la situación es diferente. Si el actor acumula en su demanda dos acciones—por ejemplo, una acción delictual y otra contractual, o una posesoria y otra petitoria—, el Tribunal debe conocer de ambas. Por otro lado, si el demandante sólo desea una declaración respecto a una de ambas, el Tribunal no debe extender la sentencia a las dos, quedando, por tanto, abierto para el actor un segundo proceso para la segunda acción, sin que obste la excepción de litispendencia o de cosa juzgada.

Las consecuencias de la distinción de que hemos partido son consiguientemente las siguientes: en la acumulación de las normas existe sólo un objeto de la litis; en la acumulación de acciones existen, en cambio, dos objetos o más, es decir, tantos como acciones acumuladas. No obstante, este principio requiere una rectificación en su segunda hipótesis. El demandante puede dejar al prudente arbitrio y a la deci-

sión del Tribunal sobre qué de las diferentes acciones quiere apoyar su sentencia, con tal de que dicte el fallo solicitado. En este caso existe un solo objeto de la litis, que consiste en la decisión deseada, mientras que las diversas acciones aducidas poseen un mero valor instrumental. Por esta razón creemos, por ejemplo, que el Tribunal que opina poder condenar a base de la primera acción debe hacerlo sin entrar en el examen de la segunda.

3) *Derecho penal y procesal de la guerra:*

Mencionamos el Decreto sobre medidas extraordinarias referentes a las emisiones de radio del 7 de septiembre de 1939. Este Decreto sanciona dos tipos legales: a) La recepción intencionada de emisoras extranjeras, y b) La divulgación intencionada de noticias de emisoras extranjeras idóneas para poner en peligro la fuerza de resistencia del pueblo alemán. El Decreto se refiere no sólo a alemanes, sino a todos los que habitan el territorio alemán (extranjeros, apátridas, judíos). La emisora no tiene que ser forzosamente una emisora enemiga: basta que sea extranjera. No obstante, el tercer Decreto ejecutivo del 20 de septiembre de 1940 dispone que la recepción de emisoras italianas por ciudadanos italianos y la divulgación de las noticias entre italianos no constituyen infracciones del Decreto de 1939.

El Decreto de 4 de septiembre de 1939 sobre economía de guerra castiga la destrucción, ocultación, o retención de materias primas o de productos de necesidad vital, con tal que haya malicia, para poner en peligro la satisfacción de las necesidades, así como el almacenamiento de dinero. El Decreto no se contenta con una conducta dolosa, sino exige un comportamiento malicioso, para que el delincuente se caracterice como un enemigo de la comunidad.

Es de suma importancia el Decreto de 5 de septiembre de 1939 contra los dañadores del pueblo ("Volksschädling"). El art. 1.º sanciona el saqueo que no sea saqueo en el frente, que ya ha sido previsto por el artículo 129 del Código de Justicia Militar. El artículo 2.º castiga los delitos que se cometen con ocasión y con aprovechamiento de las medidas contra los peligros de la aviación enemiga (por ejemplo, oscurecimiento). El artículo 3.º reglamenta los delitos que debilitan la fuerza de resistencia del pueblo alemán (inundación, envenenamiento de pozos, delitos contra transportes, etc.). El artículo 4.º castiga en una fórmula general a los que se aprovechan de la guerra para realizar delitos.

El Decreto de 5 de diciembre de 1939 se dirige contra los delinquentes violentos ("Gewaltverbrecher"). Un delincuente llega a ser un "delincuente violento" si utiliza armas (hacha, pistola, etc.) u otros medios peligrosos (gas, etc.) al cometer un delito grave, como, por ejemplo, la violación, o durante la persecución a base de un tal delito. Este mismo Decreto permite, finalmente, al Tribunal que castigue en caso de tentativa o de complicidad de idéntica manera que en caso de un delito consumado o tratándose de un autor, refiriéndose esta disposición a todo el ámbito del Derecho penal y no sólo a los "delinquentes violentos".

El Decreto de 4 de octubre de 1939 se refiere a un menor de dieciocho y mayor de dieciséis años, y faculta al Ministerio Fiscal de acusar a tal persona ante los Tribunales ordinarios y al Tribunal de imponer las penas admisibles contra mayores de dieciocho años, si el menor es equivalente a un mayor de dieciocho años conforme a su desarrollo intelectual y moral, y si el carácter del menor exteriorizado por el delito es sobremánera reprochable o si la protección del pueblo requiere tal castigo. Este Decreto tiene efectos retroactivos.

Antes de la ley de 16 de septiembre de 1939, la pena del delito de traición del país podía atenuarse si dicho delito no podía constituir un peligro para el bienestar del Reich. La mencionada ley deroga esta reglamentación con efectos retroactivos, de guisa que actualmente impera en esta materia la pena capital.

El Decreto de 11 de mayo de 1940 reglamenta las relaciones de la población con los prisioneros de guerra. Se prohíbe toda clase de relaciones con los prisioneros, a no ser que el ejercicio de un deber de servicio o profesional o una relación de trabajo las haga necesarias. No obstante, aun en este caso, las relaciones deben limitarse a lo estrictamente necesario.

El Decreto de 6 de mayo de 1940 es de importancia general. Este Decreto abandona el principio territorial y adopta el principio personal: el Derecho penal alemán rige hoy día para todos los alemanes, no importa donde estén ni donde hayan cometido el delito. No obstante, se exceptúa el caso de que un hecho punible según el Derecho penal alemán no lo sea según el Derecho penal del lugar donde se ha cometido; y en que el hecho no constituye un delito según la sana conciencia del pueblo, en vista de las circunstancias especiales imperantes en el lugar de la perpetración del hecho. Por otro lado, el Derecho penal ale-

mán se aplica a todas las personas que residen en territorio alemán. Barcos y aeronaves considéranse territorio alemán, estén donde estén. Se entiende por lugar de comisión del delito cualquier lugar en el que el autor o actuó (delitos de comisión) o debía actuar (delitos de omisión), o, finalmente, el lugar en que se ha realizado el resultado. El Ministerio Fiscal puede prescindir de la persecución de un delito cometido por un alemán en el extranjero, si la persecución es inconveniente desde el punto de vista de la comunidad del pueblo, o si causara dificultades de manera desproporcional.

El Decreto del 29 de marzo de 1940, encaminado a proteger la colección de metales organizada por el pueblo alemán, castiga con la pena de muerte a quien se enriquezca con metales de la colección o con metales dispuestos para ella, o quien sustraiga tales metales a su destino. Este Decreto es la medida legislativa más severa del Derecho penau de la guerra, y posee, además, la particularidad de haber entrado en vigor con su publicación por la radio el 29 de marzo de 1940.

El Decreto del 2 de abril de 1940 limita las comunicaciones con el extranjero. Se entienden por comunicaciones las que se llevan a cabo por medio de cartas, tarjetas postales, telégrafo, transportes, palomas mensajeras, etc. Se prohíbe toda comunicación con el extranjero enemigo. También se prohíben las comunicaciones indirectas, es decir, las que se practican a través de un país no enemigo. En casos especiales, pueden concederse licencias. En cambio, *si se admiten* las comunicaciones con el extranjero no enemigo, a no ser que se trate de noticias acerca de la situación militar, económica o política, capaces de poner en peligro el bienestar del Reich o de los Estados aliados o amigos. Un Decreto de ejecución dispone la limitación máxima en las comunicaciones con el extranjero. Así, se prohíbe, por ejemplo, el envío de tarjetas ilustradas. Por otras razones, por lo demás, obvias, se prohíbe el empleo de toda clase de escrituras secretas, de sobres forrados, etc. Sólo las casas editoriales y las *imprentas tienen permiso de remitir periódicos o revistas*.

El Decreto sobre el procedimiento criminal durante la guerra, del 17 de agosto de 1938, dispone la suspensión de las penas privativas de libertad hasta el final de la guerra respecto a militares y personas civiles de edad militar, para impedir que personas de estas clases se sustraigan al servicio mediante la comisión de delitos.

KLAPPROTH (HANS) : *Das Problem der Vorausverfügungen über den Mietszins* (El problema de la disposición anticipada de rentas).

Uno de los problemas que más ha preocupado a la técnica jurídica alemana es el de los actos de disposición relativos a rentas no vencidas. La solución tiene mucha importancia para el adquirente de la finca que ha de subrogarse en el lugar del arrendador, porque la venta no mata al arriendo (*Kauf bricht nicht Miete*); para el mejor postor en el procedimiento ejecutivo, para el acreedor hipotecario a quien, según el reformado art. 1.123 del Código civil, sólo puede perjudicar la cesión de rentas del trimestre corriente (o si se hace al terminar éste, del próximo), para los que embarguen frutos o rentas y para los interesados en un concurso o quiebra. Como la estipulación de rentas adelantadas, que puede haberse hecho en el mismo contrato de arriendo o en otro posterior, es cosa distinta de la cesión a terceras personas: las opiniones se han dividido al estudiar su validez, y hay quien la sostiene con el Tribunal Supremo (Reichgericht), autores de fama (Staudinger, Oertmann, Enneccerus) y especialistas en la materia (Ruth, Müller, Legart, Weinberg, Roquette, Kieffer-sauer) *erga omnes* o frente a ciertos terceros, y hay quien reputa (como el autor) que el art. 571 del Código civil (a cuyo tenor el adquirente se coloca en el puesto del arrendador) no ha sido correctamente interpretado por aquel Tribunal ni las Sentencias publicadas en estos últimos años defienden o tutelan los intereses de los terceros y del crédito inmobiliario.

LA REDACCIÓN.