

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VIII
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICBRE.
MCMLV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las
opiniones sostenidas por los autores de
los originales publicados.**



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdquez. San Pedro, 32. Madrid.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

Letrado del Consejo de Estado
Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su significación.*—1. El carácter constitucional de la materia.—2. El tratamiento constitucional de la expropiación en Derecho español.—3. La elaboración y los objetivos de la Ley; la exención de las expropiaciones por colonización.—4. Estructura de la Ley. Contenido. Vigencia.—5. Introducción a los principios cardinales del nuevo sistema legal.—II. *La potestad expropiatoria.*—A) *La extensión del concepto de expropiación y su nuevo sentido.*—B) *Análisis de la potestad expropiatoria construida por la Ley.*—1. *Naturaleza.* Potestad y derecho subjetivo. El tema de la justificación del poder de expropiar.—2. *Sujetos.* Expropiante, beneficiario, expropiado.—3. *Objeto.* En especial el problema de los «intereses legítimos».—4. *Causa.* a) Utilidad pública e interés social. b) La causa como destino final y su inserción en el negocio expropiatorio.—5. *Contenido.* a) El *criterium* de la expropiación: privación singular, enriquecimiento, sacrificio no exigible; el acto expropiatorio; la exclusión de las «ventas forzosas». b) Las formas expropiatorias especiales o no plenas y los problemas de su regulación específica.—6. *Ejercicio.* a) La interposición de ley formal y su carácter. b) El procedimiento expropiatorio. c) Ejercicio en estado de necesidad: requisas civiles y militares.—III. *La garantía patrimonial de los administrados.*—A) *La garantía en la expropiación propiamente tal.*—1. *Carácter esencial de esta garantía y sus aspectos.*—2. *La protección frente a la «vía de hecho».* a) Determinación del supuesto. b) Acciones de protección.—3. *La sanción de un derecho a las formas procedimentales.*—4. *La indemnización expropiatoria.* a) La indemnización como garantía. b) Naturaleza: la indemnización como presupuesto legal; el problema en la expropiación urgente y en las expropiaciones no plenas. c) Extensión y criterios de la indemnización. d) Sistema de valoración; acuerdo amigable y su naturaleza; Jurado provincial de expropiación. e) La garantía judicial de la valoración: la acción de lesión y el problema de su titularidad administrativa.—5. *Retrocesión o reemplazo del bien expropiado.*—B) *La extensión de la garantía a cualquier daño patrimonial imputable a la Administración.*—1. *La reforma del sistema de responsabilidad civil en la Administración.* a) El artículo 121 de la Ley. b) Oportunidad de la reforma; el sistema anterior; el derecho comparado; la necesidad del sistema.—2. *El principio de garantía patrimonial como fundamento unitario de la Ley.* a) el problema sistemático. b) El problema dogmático: la teoría de la responsabilidad.—3. *Lesión determinante.* a) La limitación del objeto legal. b) Notas y extensión del concepto.—4. *Imputación* a) Su-

jetos imputables: Estado (el problema de los órganos legislativos y judiciales), entes locales, entes institucionales, concesionarios. b) La situación ius-administrativa del sujeto como presupuesto de la imputación. c) Causas de imputación: comisión material lícita, irregularidad del servicio público, riesgo, enriquecimiento. d) La cobertura de la imputación del funcionario y sus límites; acciones de regreso.—5. *La efectividad de la garantía*: a) Acción de responsabilidad: ejercicio, problemas procesales. b) Indemnización: carácter, medida de la indemnización, valoración, pago.—6. *Las posibilidades del sistema legal*.

I

LA LEY DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954 Y SU SIGNIFICACION

El «Boletín Oficial del Estado» del día 17 de diciembre de 1954 ha publicado el texto de la nueva Ley de Expropiación Forzosa fechada el día anterior. Nos proponemos estudiar los principios (1) de esta importante Ley, que marca decisivamente uno de los aspectos de más trascendencia en nuestra vida colectiva.

1. No será preciso ponderar demasiado la significación que toda ley de expropiación forzosa, por el hecho de su materia, presenta en el marco general de un ordenamiento positivo. Esta significación suele tener desde la Revolución francesa un reconocimiento formal expreso: las leyes de expropiación forzosa son siempre leyes en desarrollo directo e inmediato de principios contenidos en las Constituciones. La expropiación forzosa, como institución, se legitima, se limita, se ordena *in via recta* sobre declaraciones constitucionales formales y solemnes (2).

Históricamente esta particularidad comienza justificándose en la función constitucional de la garantía de los derechos individuales («toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée... n'a pas de Constitution»), entre los cuales la sociedad liberal destaca a primer plano el derecho de propiedad. La expropiación es entonces concebida como el límite último de la propiedad, y en tal sentido será circunscrita estrechamente en sus causas, y regulada estrictamente en su procedimiento y en sus garantías. Sólo por esta reserva constitucional expresa claudica

(1) La «Revista de Administración Pública» prepara un número monográfico dedicado a estudiar y glosar esta nueva Ley en todos sus aspectos. Aunque en futuro, pues, es todavía, según lo que conozco, la única remisión posible para un estudio más circunstanciado.

(2) Pueden verse, sobre las tendencias de constitucionalismo actual en la materia, los trabajos de GEFÄLL: *La socialización en las Constituciones de la postguerra*, en «Revista de Administración Pública», núm. 3, 1950, págs. 361 y ss.; y SERRA PIÑAR: *La expropiación forzosa en los modernos textos constitucionales*, en *Estudios dedicados al Profesor García Oviedo*, I, Sevilla, 1954, páginas 115 y ss.

el derecho de propiedad, entendido como un derecho absoluto y exento. De este modo la historia constitucional de la expropiación forzosa arranca de la misma acta de nacimiento del constitucionalismo moderno, de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, artículo 17, y paralelamente a la configuración del derecho de propiedad como «sagrado e inviolable». «La propriété étant un droit inviolable et sacré—dice literalmente la Declaración—null ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.» Con el tiempo esta concepción de la propiedad decae en la conciencia social y política. Una transmutación esencial se opera entonces en el tratamiento constitucional de la expropiación forzosa. Esta ya no es enunciada como una garantía de la propiedad, ni aludida, por ende, en forma negativa («nadie puede ser privado de la propiedad sino...»), antes bien, pasa a configurarse como una habilitación positiva que legitima la inmisión exorbitante del Estado en el derecho de propiedad, del que se impugna su sentido de reducto exento. Así la regulación constitucional de la expropiación forzosa llega hasta las propias constituciones comunistas.

Con independencia de la transformación institucional que esa apuntada evolución nos revela, lo que ahora nos interesa destacar especialmente es que, en cualquier caso, y ante cualesquiera concepción, la institución de la expropiación forzosa presenta objetivamente un rango constitucional. La expropiación es el límite cardinal del derecho de propiedad privada, aquel punto en el cual su prestancia se abate y cesa.Cuál sea, en definitiva, este punto límite y sus circunstancias y consecuencias es un dato que califica y determina la virtualidad intrínseca del derecho de propiedad. De aquí que esta materia pase a ser inevitablemente uno de los elementos definidores más caracterizados de la organización fundamental de una comunidad, es decir, de una Constitución, esté o no consagrada formalmente.

Hablamos de que la expropiación forzosa es un límite del derecho de propiedad en el sentido estricto de esta expresión, y refiriéndonos al engarce genérico entre las dos instituciones (propiedad, expropiación) y no, como luego precisaremos, a la actualización de la potestad expropiatoria sobre una propiedad determinada. No se trata de prejuzgar en este momento la exacta naturaleza jurídica de la figura, pero sí de rechazar desde ahora su conceptualización política, no como un límite intrínseco, sino como una invasión advenida exteriormente al derecho de propiedad entendido como un núcleo originario y absoluto. Estas claras palabras del gran sociólogo TEODORO GEIGER pueden servirnos para desechar sumariamente tal concepción: «El derecho de propiedad no es dado como un *a priori*..., la ordenación jurídica positiva no *preserva* una relación de propiedad ya existente, sino

que la *crea* y la infunde una forma diferente, condicionada por lugar y tiempo. De ello resulta que es, en el fondo, una insensatez el hablar de «intrusiones de la legislación en la propiedad privada» (como gustan de hacerlo los liberales). Sin una legislación positiva no existiría ningún derecho de propiedad en el que alguien o algo pudieran entrometerse... Si no existe un derecho de propiedad natural, lógicamente anterior a la ordenación jurídica positiva, aquél no puede ser ni preservado ni limitado por el derecho positivo. El único contenido del derecho de propiedad es la suma de las atribuciones de disponibilidad que el derecho positivo otorga y garantiza al llamado propietario... Por tanto, cuando el legislador revoca determinadas atribuciones hasta ahora garantizadas no incurre en una «intrusión en el derecho de propiedad», sino que sustituye simplemente una institución jurídica hasta ahora vigente por otra nueva» (3).

2. En nuestra historia jurídica este tratamiento constitucional de la expropiación forzosa es característico también de la época contemporánea. Esta Ley general de expropiación forzosa que comentamos es la tercera de nuestra historia (4). La primera fué la fechada en 17 de julio de 1836 (5). Vigente a la sazón el Estatuto Real de 1834, esta Ley fué una de las que pretendieron dar

(3) GEIGER: *El dominio de los «expertos»*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 50, 1950, págs. 84 y 85. Es obvio aclarar que la doctrina del derecho natural que se combate en el texto es la de signo racionalista y no la de base católica, que no postula, antes bien lo contrario, la concepción absoluta e individualista del derecho de propiedad.

(4) El régimen anterior al constitucionalismo tiene ahora a nuestro objeto un interés apenas anecdótico. Pueden verse sobre los orígenes hasta el siglo XVII los estudios de CLEMENTE DE DIEGO, publicados en la «Revista de Derecho Privado», 1922, págs. 289 y ss., y 1923, págs. 257 y ss. Se trata, en verdad, de tanto de creaciones nacionales cuanto de una posición general del *ius commune* de Occidente (cfr. el documentado estudio de NICOLINI: *La proprietà, il principe, e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, 1952). La reelaboración del tema por la doctrina del derecho natural y de gentes hasta concluir en el dogma absolutista del *dominium eminens* (que es con el que directamente se enfrentan los revolucionarios franceses), no ha sido estudiada en sus reflejos y aplicaciones españolas, según mis noticias. Sobre esta tendencia en general, G. JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre*, 3.^a ed., Berlín, 1922, págs. 671 y ss. STROETER: *Oeffentlich-rechtliche Entschädigung*, Hamburgo, 1933, págs. 52 y ss.

(5) Reglamento ejecutivo de 27 de julio de 1853. Por cierto que esta Ley recoge la caracterización revolucionaria del derecho de propiedad, artículo 1.º: «Siendo inviolable el derecho de propiedad, no se puede obligar a ningún particular, Corporación o establecimiento de cualquiera especie, a que ceda o enajene lo que sea de su propiedad para obras de interés público sin que...» Acaso en su origen esta fórmula, que tan curiosamente extiende el dogma de la inviolabilidad de la propiedad a las Corporaciones y establecimientos, revele la intención de oponer la garantía del sistema a la tendencia desamortizadora que patrocinaba la oposición liberal. El carácter ordinario de esta Ley no impidió, naturalmente, que leyes posteriores estableciesen la desamortización general. Sobre la significación del Estatuto Real, de que a continuación se habla en el texto, SÁNCHEZ AGESTA: *Historia del Constitucionalismo español*, Madrid, 1955, págs. 213 y ss.

curso a la garantía de los derechos individuales que faltaba, intencionadamente, por la raíz conservadora y realista del Estatuto, en el texto constitucional. Aunque esta circunstancia de nuestra evolución política privó a esta Ley de estar originalmente apoyada en la superlegalidad de una Constitución, sin embargo, a través de su dilatada vigencia este apoyo le será explícitamente prestado por las Constituciones que se sucedieron tras el Estatuto de 1834. La Constitución de 1837, artículo 10, es la primera (6) que expresa la constitucionalización de la materia, a través de una fórmula que va a tener fortuna: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización.» Literalmente repite esta formulación el artículo 10 de la Constitución moderada de 1845, e igualmente la reiteraba, aunque partiendo sus dos párrafos, la Constitución non-nata de 1856, artículos 12 y 13. La Constitución liberal de 1869 implica en la garantía una precisión de procedimiento tomada del modelo napoleónico, la intervención del juez: «Nadie podrá ser expropiado de sus bienes sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutará sin previa indemnización regulada por el juez con intervención del interesado» (art. 14). Este mismo precepto va a ser reiterado por la Constitución federal de 1873, también como la de 1856 non-nata, artículo 16. La modificación de procedimiento que esto significaba sobre la Ley de expropiación de 1836, construida sobre el sistema administrativo y no judicial, dió lugar al Decreto de 12 de agosto de 1869, que se limitó a retocar el viejo texto.

Llegamos así a la Constitución de 1876. El artículo 10 de esta Ley fundamental da una nueva versión de la fórmula tradicional: «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado.» Es en desarrollo de este precepto constitucional (que se transcribió literalmente en el artículo 349 del Código civil) como se dicta la Ley de Expropiación forzosa de 10 de enero de 1879 («la expropiación forzosa por causa de utilidad pública, que autoriza el artículo 10 de la Constitución, no podrá llevarse a efecto... sino con las prescripciones de la presente Ley», art. 1.º), texto prestigioso (7), a cuya larga vigencia ha venido a poner término la Ley que comentamos.

La Constitución de 1931 sigue incluyendo la expropiación forzosa entre las instituciones de configuración constitucional. Su

(6) La Constitución de 1812 únicamente contiene la prohibición de la pena de confiscación de bienes, artículo 304.

(7) Reglamento de 13 de junio de 1879.

artículo 44 efectúa ahora el primer cambio importante de orientación. Si hasta ahora la referencia a la expropiación estaba enunciada en forma negativa, en función y desde la perspectiva de una garantía al derecho de propiedad, ahora, por el contrario, la Constitución da curso a la idea de la expropiación como instrumento de acción positiva: «Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.» Esta norma constitucional no fué luego desarrollada orgánicamente, aunque en alguna ocasión se utilizase la previsión en ella contenida de una ley expropiatoria sin indemnización.

En fin, ya en el sistema actual, el Fuero de los Españoles (cuyo rango constitucional o fundamental está declarado, como se sabe, por la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado, artículo 10) ha insistido en la definición constitucional de la materia estableciendo los trazos significativos que la expropiación forzosa ha de tener en el nuevo derecho. Importan a este respecto las declaraciones contenidas en sus artículos 30 y 32:

«Art. 30. La propiedad privada, como el medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado.

Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y al bien común.

La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruída indebidamente ni aplicada a fines ilícitos.»

«Art. 32. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes.

Nadie podrá ser expropiado sino por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización, y de conformidad con lo dispuesto en las leyes.»

En el Fuero del Trabajo, también de rango fundamental, se contienen igualmente algunos principios sobre el tema en sentido análogo al transcrito artículo 30 del Fuero de los Españoles (Declaración XII, 1).

3. El Anteproyecto de la Ley que estudiamos fué elaborado, por encargo del Gobierno, por la Sección de Administración Pública del Instituto de Estudios Políticos. Se trataba originalmente de refundir en un texto único toda la variada, extensa y casuística legislación que tras la Ley orgánica de 1879, y al margen de la misma, venía haciendo de tema tan fundamental para la vida jurídica de la nación una de las materias más abigarradas e inciertas. Especialmente la promulgación de la Ley de 7 de octubre de

1939, sobre procedimiento de urgencia en la expropiación, y su aplicación reiterada y normal en la práctica administrativa, que contrariaba su propio carácter de remedio extraordinario, había puesto ya en entredicho la Ley de 1879, y hacia ineludible una revisión general del sistema. A la vez era forzoso dar curso a las nuevas concepciones impuestas por las leyes fundamentales del Estado, así como a las exigencias derivadas de las nuevas técnicas administrativas y de la propia evolución social. La oportunidad de la nueva Ley, fué, finalmente, utilizada para tratar en ella de un tema cuyo defectuoso tratamiento venía siendo una de las taras más graves de nuestro derecho positivo, el tema de la responsabilidad civil de la Administración por daños ocasionados a los patrimonios particulares. Los propósitos inspiradores de la reforma no han podido ser más ambiciosos, ni de mayor alcance.

Evidentemente, el nuevo texto legal acierta a expresar en buena parte el alto propósito inspirador de la reforma. Estamos en presencia de una Ley poco común por su audacia innovadora y por su altura técnica (8). Sin hipérbole puede decirse que esta Ley

(8) En el «Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid», marzo-abril, 1954, se publicó un rápido comentario del Proyecto cuando aún estaba en las Cortes, que firman MAESTRE AZNAR y GARGOLLO CORÓN, págs. 31-34. Afirman estos señores que la lectura del Proyecto «sugiere un sinnúmero de comentarios, casi todos ellos desfavorables al nuevo texto». La única prueba que aducen en apoyo de juicio tan grave, está circunscrita a tres extremos particulares: complejidad del sistema de expediente individual para cada uno de los propietarios, defensa del criterio del tercer perito frente al del Jurado que en materia de valoración impone la Ley, y lamentación de la privación de la vía gubernativa en la fijación del justo precio, dada la irrecurribilidad de las decisiones del Jurado, que son inmediatamente residenciables ante la vía contenciosa. La primera de estas observaciones y su desarrollo denota con claridad que los autores no han parado mientes en el procedimiento especial del tit. III, cap. I, «expropiación por zonas o grupos de bienes». La segunda observación es, desde luego, materia opinable; más adelante se expondrá cómo este extremo precisamente constituye, a nuestro juicio, una de las más positivas aportaciones de la Ley. La crítica final sobre la exclusión de la vía gubernativa en el justiprecio, hasta tal punto está fuera de lugar, que viene a calificar como gravosa para el expropiado lo que es, sin duda alguna, una de las más fuertes garantías con que la Ley ha favorecido su posición. La Ley, por de pronto, ha privado a la Administración de la facultad que le reconocía el liberal sistema de 1879 de fijar unilateralmente el justo precio, y la ha sometido en este extremo a la decisión de un Jurado en el seno del cual no posee la mayoría; hasta tal punto se afirma este sometimiento que una posible disconformidad de la Administración sobre esta decisión habría de instrumentarla como una impugnativa judicial, exactamente como el particular, posibilidad no imaginable en el sistema anterior. Es claro que la exclusión de la vía gubernativa es una simple consecuencia de este criterio sustancial de privar a la Administración de la disponibilidad sobre la fijación del justo precio, y se comprende que difícilmente puede merecer este criterio el juicio de gravoso para el expropiado. Por lo demás, aunque no obedeciese a este motivo siempre sonaría extraña esta calificación cuando se trata de facilitar de inmediato al particular una instancia de revisión objetiva y neutral, pues la vía gubernativa está concebida ordinariamente en beneficio de la Administración y constituye para los particulares más bien una carga que se les impone para acceder a la vía contenciosa (arts. 1.º y 2.º de la Ley de lo contencioso-administrativo), según se prueba—si es que fuese preciso—por el desuso de las alzadas en aquellos países en

ha de marcar época en la historia de nuestro Derecho Administrativo. Si excluimos la legislación local, que por motivos concretos ha sufrido en España una evolución independiente, podemos decir que acaso esta Ley de 16 de diciembre de 1954 es la primera en todo el siglo XX que puede parangonarse por la intención constructiva y por su misma perfección formal a las grandes leyes administrativas del siglo XIX, que a la par que acertaron a establecer nuestro régimen administrativo, creándole casi *ex nihilo*, parecen haberle prestado un carácter definitivo y permanente, dada su continuada vigencia no obstante la importante transformación de sentido que desde entonces ha experimentado la vida del Estado (9). En el campo del Derecho comparado se presenta la nueva Ley española como una de las más completas en la materia, y acaso como la de un contenido más general (10).

que son facultativas y no preceptivas (BONNARD: *Précis de Droit Administratif*, 4.^a ed., 1943, pág. 314). Es sorprendente que al lado de la inconsistencia de estas críticas (con las cuales pretenden nada menos que «realzar el prestigio de nuestra Corporación», pág. 31) hayan pasado totalmente desapercibidos a estos señores los aspectos más importantes de la Ley. Por cierto que este «Boletín» parece persistir en esta última actitud; en el editorial que dedica a la Ley, una vez promulgada en el número noviembre-diciembre, 1954, se refiere a las palabras de la Exposición de Motivos sobre la responsabilidad por daños causados por la Administración como si se tratase de un propósito futuro y comenta: «Plausible empeño que sería de desear que pronto tomara cuerpo» (pág. 4). Así la innovación acaso más radical de la Ley ha pasado inadvertida para la docta publicación.

(9) En otro lugar (*Programa del Seminario sobre problemas actuales de la Administración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, 1950-51) observamos sobre este punto: «El régimen administrativo español no responde a un proceso firme y sostenido de desarrollo... Liquidados los supuestos del régimen ilustrado, hubo de acometerse de nuevo la tarea de reedificar la Administración desde los cimientos, y es un hecho que ese esfuerzo dió vida a las formas más salientes del régimen administrativo sobre que aún vivimos. Es, en efecto, posible reconocer la actitud constituyente del periodo sin más que poner atención en una serie de fechas cuyos efectos llegan directamente a nuestros días: 30 de noviembre de 1833, JAVIER DE BURGOS promulga el Real Decreto que establece la actual división provincial del territorio y firma su *Instrucción a los subdelegados de Fomento*; 1 de enero de 1845, Ley Pidal para la reforma de la Administración; 2 de abril de 1845, Ley Mon de reforma fiscal; 6 de julio de 1845, Ley fundamental del Consejo Real o de Estado, etc., etc. De hecho esta actitud prosigue hasta la Restauración y consigue entonces perfilarse como definitiva. Hacia el decenio del 70 se sitúa la fase de más intensa elaboración de los contenidos del nuevo régimen administrativo, y nuestra inmediación histórica con esa fase se descubre sin más que recordar que conservan su vigencia formal muchas de las leyes promulgadas por entonces y, desde luego, las que encarnan los rasgos capitales de nuestro actual régimen. Pero esta dependencia nuestra, a la altura histórica de 1950, es, al mismo tiempo, indicio seguro de que aquella actitud creadora quedó, en gran parte, sofocada, y en todo caso pone de relieve cómo desde el punto de vista de nuestra Administración nos hemos encontrado sumergidos súbitamente en la atmósfera peculiar de los problemas del siglo XX cuando aún estábamos muy lejos de haber extraído los últimos jugos al impulso reformador del 800.» Publicado en «Revista de Administración Pública», núm. 3, 1950, págs. 351 y ss. Vid., también en análogo sentido, mi prólogo a la edición de OLIVÁN: *De la Administración Pública con relación a España*, Colección «Cívitas», Madrid, 1954.

(10) Entre los proyectos en marcha por el organismo de reforma adminis-

Sobre si se ha cumplido o no el propósito de refundir en un texto único todas las normas reguladoras de la actuación expropiatoria no cabe juzgar exactamente en este momento, ya que la nueva Ley prevé en su disposición final tercera que habrá de dictarse un Decreto para determinar el alcance exacto de la cláusula derogatoria de la Ley expresando «cuáles de las disposiciones vigentes sobre expropiación forzosa habrán de continuar en vigor». Sin embargo, una grave quiebra de esa intención unificadora luce ya en el texto de la misma Ley. Nos referimos al artículo 97 que declara exentas del régimen de la Ley «las expropiaciones por causa de colonización y de fincas mejorables», las cuales «se regularán por su legislación especial incluso en lo relativo a los órganos, medios de valoración y recursos». Esta excepción flagrante de una de las actividades expropiatorias más caracterizadas, y más extensas cuantitativamente, fué acordada en las Cortes (11),

trativa en Italia, figura un anteproyecto de Ley delegada para refundir en un texto único las regulaciones de la expropiación de inmuebles y de muebles, las ocupaciones temporales, las requisas de todo género, las servidumbres administrativas y otros derechos reales, las limitaciones externas de la propiedad por razones administrativas y las prestaciones obligatorias de cosas y servicios. Vid. la justificación, relación del proyecto, texto de la Ley de delegación (con cinco arts.), observaciones—no favorables en general—de los distintos Ministerios, en *Presidenza del Consiglio dei Ministri. Stato dei lavori per la riforma della pubblica Amministrazione* (1948-1953), Roma, Instituto Poligráfico dello Stato, 1953, t. I, págs. 80 y ss., y III, págs. 461 y ss. Es, evidentemente, otro criterio que el de la Ley española, debido más a razones de sistematización externa que al desarrollo de un principio orgánico. La dirección de estos trabajos por LUCIFREDI (vid. *infra*, nota 35) explica también bastante del criterio propuesto, que en todo caso es puramente enunciativo, pues el texto del proyecto es una delegación casi en blanco para confeccionar la disposición refundidora. La Ley española está más cerca, como se dirá, de las posiciones del Derecho alemán, aunque no legislativas, sino predominantemente jurisprudenciales y doctrinales.

(11) El Proyecto de Ley enviado por el Gobierno, que está publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 454, de 11 de enero de 1954, respetaba ya buena parte de la autonomía del Ministerio de Agricultura; pero imponía la aplicación de la nueva Ley en cuanto a los criterios de valoración y al régimen de recursos, que extendía lógicamente, como indicaremos en el texto, a la fijación de precios máximos y mínimos. El criterio del proyecto era respetar las particularidades orgánicas que fuesen precisas, pero unificar al menos los dos principios centrales de la valoración y de las garantías; este criterio permanece, en general, y es aún visible en la Ley en la mayoría de los procedimientos especiales regulados en el Título III. Véase a continuación en el texto la justificación dogmática de este criterio unificador de la Ley. Últimamente LAMO DE ESPINOSA, que sostuvo en las Cortes la enmienda al proyecto de Ley en este punto, acaba de publicar un trabajo, *La expropiación forzosa de fincas rústicas por causa de interés social en la jurisprudencia* («Revista de Estudios Agro-sociales», 10, 1955, págs. 7 y ss.) en el que intenta justificar el criterio adoptado; después de decir que sólo «aparentemente» (!) se ha roto «el principio de unidad que se perseguía», enumera nada menos que catorce razones que en su sentir justifican la dirección seguida; *non multa sed multos*; de tal cúmulo de justificaciones la mayoría «construyen el maniqueo» para luego complacerse en su refutación; así se deja suponer que el Proyecto intentaba derogar la totalidad de la legislación especial de expropiación por colonización, cuando es lo cierto que sólo extendía su criterio unificador a la valoración y a las garantías judiciales, como hemos dicho; se ofrece una caracterización con-

y constituye a mi juicio algo difícilmente justificable que ha afectado en forma importante a las posibilidades confiadas a la nueva Ley. Sólo en la comodidad de los órganos técnicos, y aún en la simple rutina, puede justificarse que un propietario haya de recibir un precio distinto por la expropiación de sus fincas, según se realice por un Ministerio o por otro, y que su sistema de garantías sea igualmente distinto en uno y otro caso. La unidad de referencia de la institución expropiatoria es la propiedad y no el órgano que la ejercita, el cual sólo puede pretender, si acaso, a particularidades de procedimiento, pero no substanciales. En este caso esta discriminación apareja otras consecuencias específicas, todas negativas: la pervivencia del ineficiente (y peligroso) sistema de valoración por peritos, la partición de la competencia jurisdiccional sobre la misma materia entre las Salas contencioso-administrativas y quinta del Tribunal Supremo (12), la limitación del amplio

vincional de la Ley nueva, como cuando se dice sorprendentemente que «la aspiración a unificar toda la legislación expropiatoria se contradice en la propia Ley al adoptar criterios distintos en cuanto a valoración según se trate de expropiaciones por causa de utilidad pública o por interés social», o también que la expropiación por interés social se configura «únicamente como expropiación-sancción, lo que desnaturaliza el concepto de interés social como causa determinante de expropiación», confundiendo totalmente lo que es un «procedimiento especial», y como tal integrado en el Título III de la Ley (en el cual todavía se hace la salvedad de «además de en los casos en que haya lugar con arreglo a las leyes», art. 71), con las normas generales del Título II (vid. más adelante en el texto). Excluidas, pues, estas posiciones dialécticas, quedan de la tesis de LAMO DE ESPINOSA las siguientes razones positivas: en cuanto al sistema de valoración, que la Ley de 1946 es el precedente de la Ley de 1954, lo cual, evidentemente, aunque fuese exacto, que no lo es, no constituye un argumento sustancial para que aquélla mantenga su particularismo; que los criterios de valoración de la Ley de 1946 «son más ágiles y sobre todo más realistas que los señalados en la nueva Ley», argumento apodictico, y que si fuese verdadero hubiese justificado una enmienda total a la nueva Ley, pero de ninguna manera una partición de la materia, y mucho menos una partición que tiene como base los distintos órganos de gestión y no la naturaleza del objeto; que el Consejo del Instituto Nacional de Colonización, que preside el Ministro, es un «órgano colegiado que no cede en competencia ni en garantía de acuanimidad al Jurado Provincial de Expropiación», argumento claramente equivoco, pues es claro que no se dilucida ninguna cuestión de autoridad y honestidad personal, sino un sistema, el de la decisión administrativa unilateral, frente a otro sistema, el de una instancia neutral e independiente a cuyo pronunciamiento la propia Administración queda sujeta; por mucha que sea la «ecuanimidad» del Consejo del Instituto, y su carácter colegiado, creo que no será discutible que es un órgano administrativo puro. Los dos últimos argumentos sobre el régimen de garantía judicial y sobre el sistema de precios máximos y mínimos se analizan en la nota siguiente y en la 14.

(12) En el mismo sentido, MONTERO: *La expropiación por causa de interés social en la Agricultura*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 5 abril 1952, pág. 1346. Es absolutamente indiscutible la disimilitud esencial entre esta aplicación del recurso de revisión ante la Sala 5.ª en materia expropiatoria y la aplicación normal de dicho recurso en materia de arrendamientos rústicos; así como es también absolutamente indiscutible la identidad total entre ese recurso en materia expropiatoria y los ordinarios contencioso-administrativos de que entienden las Salas 3.ª y 4.ª del Tribunal supremo (GUATA: *Administración institucional y recurso contencioso administrativo*, «Revista de Administración Públi-

sistema de garantías que a favor del expropiado ha acertado a imponer la nueva Ley, etc. De la continuación del sistema de valoración por el criterio de los precios máximos y mínimos fijados a discreción por Decreto, sin garantía ulterior (Ley de 21 de abril de 1949, art. 4.º, i, y art. 16), debe decirse llanamente que atenta contra el principio constitucional del artículo 32 del Fuero de los Españoles, que al garantizar una indemnización objetiva impone forzosamente la necesidad de arbitrar una instancia de revisión judicial (13) del *quantum* fijado por la Administración (14).

ca», II, 1953, pág. 63). LAMO DE ESPINOSA, en el trabajo citado en la nota anterior, pretende ahora que la singularidad del recurso de revisión consiste en que «permite a la Sala—al facultarla para resolver libremente y en conciencia—el apreciar cualquier circunstancia que pueda influir en la siempre compleja tarea de justipreciar una finca, lo que no resulta posible en la vía contencioso-administrativa, pese a la tendencia jurisprudencial de estos últimos años que ha violentado la rigidez de esta jurisdicción» (pág. 10). Ignoro cómo ha podido llegar este autor a tal conclusión, sobre la que insiste aún en el resumen final del trabajo (pág. 63: «La política agraria española... ha concedido [al juez] unas facultades que ni el liberalismo, con todo su endiosamiento y división de poderes, ni ningún otro sistema político le confirió: la facultad de resolver en conciencia»). En otros lugares la explicación de la singularidad del recurso constituye claramente un *idem per idem* (págs. 14 y 16).

(13) En el Derecho constitucional comparado se encuentra definido expresamente con cierta frecuencia la facultad de abrir la vía judicial para someterla toda discrepancia sobre la cuantía de la indemnización expropiatoria. Así, por ejemplo, la establecía la Constitución de Weimar, artículo 153, de donde lo ha tomado la actual *Grundgesetz*, de Bonn, artículo 14, 3: «Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen». Es de notar que esta cuestión es independiente del criterio general seguido sobre la cuantía de la indemnización. Así, este mismo precepto citado no contiene la garantía tradicional del precio justo o intrínseco, aceptando cualquier modulación («por medio o sobre la base de una ley») que valore en conjunto «los intereses de la generalidad y los de los particulares». Cabe entender, por consiguiente, que el criterio de justicia en el precio queda remitido a dos garantías formales: mandato solemne de la ley y revisión judicial, sin que asegure por sí ningún valor material determinado. Entiendo que esta conclusión, que es la que prevalece entre las tendencias actuales, es válida para una interpretación constructiva del artículo 32 del Fuero, que únicamente asegura la «correspondiente indemnización de conformidad con lo dispuesto en las leyes», e invocando el principio general de garantía de la ley frente a los órganos públicos del artículo 17 del mismo Fuero. Vid. nota siguiente.

(14) Sobre la peligrosa tendencia de lo que llama «paternalismo administrativo» en la regulación de la agricultura ha hablado reciente y autorizadamente F. DE CASTRO, en *El Derecho agrario en España. Notas para su estudio*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, 2, 1954, págs. 387-8. Personalmente podría llegar a admitir la justicia de una ley que impusiese indemnizaciones inferiores al valor objetivo de los bienes expropiados (Vid. nota anterior y recuérdese cómo José Antonio PRIMO DE RIVERA aceptaba la expropiación sin indemnización en el caso de los señoríos jurisdicciones, que «por una obra casi de prestidigitación jurídica se transformaron en señoríos territoriales», y la imposibilidad de realizar una Reforma agraria digna de tal nombre expropiando por los precios exactos: Discursos a las Cortes, de 23 y 24 de julio de 1935, *Obras completas*, Madrid, 1942, págs. 437 y ss., especialmente págs. 440-1, 448 y ss.); pero me resisto a aceptar que un tal pronunciamiento pueda quedar al arbitrio de los órganos técnicos, casuísticamente, por libre y absoluta discrecionalidad. Es innecesario observar que la aprobación por el Consejo de Ministros del Plan

El propio texto de la Ley ha ofrecido en su capítulo I del título III el ejemplo del cómo pueden cohonestarse perfectamente las necesidades técnicas de una expropiación de grandes zonas con las garantías de que inevitablemente, y según el mandato del Fuero, debe revestirse la actividad expropiatoria. *A fortiori* cualquier exigencia de eficacia inmediata puede encontrar su cauce en la misma Ley a través de su artículo 52.

4. La Ley se desarrolla a lo largo de 128 artículos más tres disposiciones finales y una transitoria. Este contenido se reparte en cinco títulos: el primero, refiere los «principios generales», el segundo el «procedimiento general» de expropiación, el tercero los «procedimientos especiales» (y aquí se distingue la expropiación por zonas o grupos de bienes, por incumplimiento de la función social de la propiedad, la que afecta a bienes de valor artístico e histórico, la realizada por Entidades locales o por razón de urbanismo, la que dé lugar a traslado de poblaciones, la que tenga por causa la colonización o las obras públicas, la que se refiera a propiedad industrial, y, por último, la que tiene por causa la defensa nacional y la seguridad del Estado), el título cuarto regula las «indemnizaciones por ocupación temporal y otros daños» (en cuyo capítulo II se regula la indemnización por daños como «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los

técnico de colonización de cada zona, que es donde se incluyen como una particularidad más los precios máximos y mínimos que han de presidir las operaciones expropiatorias, no constituye una garantía eficiente, no sólo porque la naturaleza política de este organismo le impide entrar en tales precisiones, sino también porque en definitiva los interesados pueden desconocer de hecho el contenido del Plan sobre el particular, e incluso su misma existencia, que es sólo sometida a informe de la Cámara Sindical Agraria, que es una entidad representativa de tipo general y no específico; es decir, de las que actúan representaciones políticas colectivas y no individuales y patrimoniales de los propietarios afectados. La simple observación de que por 1.000 pesetas, por ejemplo, y aún por menos, pueda expropiarse una provincia entera, conforme a este sistema, arguye sin remisión contra el mismo, me parece, ante cualquier conciencia jurídica, y se comprende que no es un argumento frente a este juicio el hecho de que hasta ahora no se hayan realizado, en efecto, aplicaciones abusivas de ese carácter; lo que es inadmisibles es que la garantía de la propiedad quede caso por caso a la simple discreción de los órganos administrativos, lo que ciertamente no puede pretender justificarse en necesidades técnicas. LAMO DE ESPINOSA: *La expropiación forzosa de fincas rústicas* cit., indica que la derogación de este sistema, que propugnó el Proyecto de Ley, implicaría «supresión de sus efectos antispeculativos y en perjuicio de los fines de justicia distributiva y social que esta Ley [de 1949] se propone». Los efectos antispeculativos (cuyo logro en ningún caso justificaría abandonar las más elementales garantías positivas de la institución) se combaten en la nueva Ley con el principio común del artículo 36, y nada permite suponer tampoco que el procedimiento especial del capítulo I título III sería inferior en este aspecto al sistema de la Ley de 1949; y de esa abstracta invocación a la justicia debo confesar que no comprendo su intención argumental. Por cierto que es esta la única alusión de este trabajo al sistema de precios máximos y mínimos del que no se considera luego su carácter determinante del justiprecio, exponiéndose los criterios de fijación de éste como si siempre fuesen criterios abiertos.

servicios públicos»), y, finalmente, el título quinto trata de las «garantías jurisdiccionales». Precede al texto normativo una extensa y cuidada Exposición de Motivos.

Sólo este rápido resumen da una idea cabal del contenido material de la Ley y de su amplitud. Teniendo ésto en cuenta, se concluye que los 128 artículos de la Ley no constituyen extensión excesiva. Es, en verdad, una ley que está más cerca de la simplicidad (*simplicitas legum amica*) que del abigarramiento de que pecan tantas leyes modernas. Este criterio de claridad y de certeza es notable también, en general, en las regulaciones materiales que la Ley contiene.

Las disposiciones finales primera y segunda establecen que la Ley entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación; es decir, a partir del día 17 de abril de 1955 y que el Reglamento debe dictarse dentro del plazo de seis meses, ya infringido.

5. Todo régimen de expropiación forzosa, y por tanto el nuevo sistema legal, puede ordenarse alrededor de dos principios esenciales: por una parte, habilita de un modo formal una potestad expropiatoria de la Administración; por otro lado, al definir esta potestad—según ya se ha notado—uno de los límites finales de la propiedad, garantiza consecutivamente los contenidos positivos que reconoce a la misma en relación con la actividad del Estado. Es, en cierto modo, la doble vertiente de todo el Derecho Administrativo: prerrogativa de la Administración y garantía de los administrados (15).

Potestad expropiatoria y garantía de la propiedad, haz y envés de la misma institución unitaria, están justamente en la nueva Ley destacadas con viveza como los ejes efectivos del sistema, a través de una afirmación de su respectiva virtualidad mediante definiciones abstractas y generales, mediante determinaciones legales de «cláusula general» que facilitan su juego como verdaderos «principios». La potestad expropiatoria, en la amplia fórmula del artículo 1.º. La garantía de la propiedad, por su generalización en garantía de todo el patrimonio, que se deduce del mismo artículo 1.º, y por el expreso otorgamiento en su servicio de acciones de protección y, finalmente y, sobre todo, por la formidable extensión que la Ley efectúa de esta garantía al afirmarla, no sólo frente a medidas de despojo directo, sino también frente a cualquier daño que se produzca como «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», según el artículo 121. Con una y otra extensión de tales dos principios la nueva Ley ha sobrepasado audazmente los límites clásicos de las regulaciones de la expropiación, y éste es verdaderamente su mérito mayor, tanto política como técnicamente.

Nuestra exposición va a ceñirse al estudio de estos dos princi-

(15) Cfr. GARRIDO FALLA: *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, en «Revista de Administración Pública», 7, 1952, págs. 35 y ss.

pios fundamentales que presiden el nuevo régimen legal, sacrificando la consideración particular de toda otra cuestión, entre las muchas que la Ley plantea. La intención de este trabajo, que es primordialmente expositiva del alcance del nuevo régimen legal, marcará—como habrá de notarse—los límites de nuestro estudio.

II

LA POTESTAD EXPROPIATORIA

La nueva Ley contiene, pues, en primer lugar, una cláusula general de apoderamiento o habilitación de una extensa potestad expropiatoria a favor de la Administración. Esta cláusula general está contenida fundamentalmente en el artículo 1.º, que dice así: «Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

Quedan fuera del ámbito de esta Ley las ventas forzosas reguladas por la legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior y divisas».

A) LA EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN Y SU NUEVO SENTIDO

Las líneas clásicas de la expropiación forzosa limitaban su extensión institucional en un triple sentido: en cuanto al objeto, bienes raíces (así art. 1.º de la Ley de 1879: «propiedad inmueble»), en cuanto al contenido, transmisión de propiedad (art. 1.456 del Código civil: «enajenación forzosa»), dentro del título de la compraventa), por último, en cuanto a la causa, utilidad directa para una obra pública («utilidad pública», art. 2 de la Ley de 1879: «obras de utilidad pública»). Si ahora no olvidamos la limitación de la actuación administrativa según los dogmas liberales del Estado, obtendremos una imagen cabal del campo propio de la institución expropiatoria tal como fué configurada en el Derecho administrativo tradicional. Su peso real en la economía del derecho de propiedad resultaba, como se comprende, extremadamente circunscrita y mínima. En verdad, sólo el carácter paradigmático de la propiedad territorial propio de la época preindustrial (*res movilis res vilis*) y la sensibilidad que el dogma de la propiedad como derecho absoluto imponía para toda «intromisión» en su círculo exento, han podido justificar la inclusión de institución de

tan limitados efectos en la problemática general del derecho de propiedad.

Esas tres fronteras clásicas de la expropiación forzosa han sido desbordadas en nuestro siglo por la generalidad de los derechos nacionales. Esto es, por de pronto, un hecho. Los profundos motivos de este desbordamiento están en relación con la transformación real de la sociedad y del Estado en este período. No se trata, como a veces se piensa con evidente frivolidad, de modas arbitrarias y ni siquiera de concepciones políticas más o menos partidistas. Con gran agudeza FORSTHOFF interpreta el fenómeno sistemáticamente conforme al esquema racional que puso en juego von STEIN: la razón del acantonamiento estricto de la institución expropiatoria durante el siglo XIX «está en la estructura del Estado de Derecho... y su relación con el mundo social de los bienes... Este Estado no tuvo intención de cumplir respecto de la realidad social una función conformadora... Aun cuando se considere exagerada, por no corresponderse plenamente con los hechos, la contraposición entre el Estado y la sociedad burguesa tan corriente en el siglo XIX y tan importante para la formación de los conceptos del Derecho público, es un hecho que el Estado de esa época no aspiró a dominar, dándole una estructura propia, el mundo social de los bienes» (16). La situación es hoy distinta: «el carácter distintivo de la Administración moderna, aquél que la distingue de la Administración del Estado burgués de Derecho, es su especial relación con el orden social»; así como para esta última el orden social «es una presuposición dada que no se halla a su disposición», para la Administración contemporánea «el orden social no es un dato, sino cometido y objeto de su conformación»; de ahí que «el Estado intervenga alterando las relaciones patrimoniales mediante todo género de disposiciones» (17). La expropiación entonces pasa a ser uno de los instrumentos positivos que ejercitan esta amplia acción administrativa sobre la propiedad en virtud de esa extensa gama de fines.

Es notorio que el Derecho español había llegado a esta situación de generalización de la institución expropiatoria por encima de los límites clásicos. A lo largo de este trabajo tendremos ocasión de referirnos a muchas de estas aplicaciones. La amplia fórmula del artículo 1.º de la Ley que comentamos no ha hecho más que dar expresión a un estado de cosas existente, con la intención de prestarle un cauce técnico y unitario.

(16) FORSTHOFF: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I. 3.ª ed., München und Berlin, 1953, pág. 257.

(17) *Ibidem*, pág. 260, y 51 y ss. Cfr. también mi artículo *Reflexiones sobre los estudios de Derecho*, en «Revista de Educación» núm. 5, dic., 1952.

B) ANÁLISIS DE LA POTESTAD EXPROPIATORIA CONSTRUÍDA POR LA LEY

Para determinar con exactitud la extensión de la amplia potestad expropiatoria definida en el artículo 1.º de la Ley analizaremos separadamente sus distintos elementos: naturaleza, sujetos, objeto, causa, contenido, ejercicio.

1. *Naturaleza.*

Venimos hablando de *potestad* expropiatoria y nuestra intención es asignar a este término, «potestad», un significado específico. Aludimos concretamente al concepto depurado por SANTI ROMANO con este nombre (18). La potestad, a diferencia del derecho subjetivo, no emerge de una relación jurídica concreta, no tiene un objeto específico y determinado, no encuentra enfrente un obligado. La potestad es un poder abstracto y genérico, ordinariamente derivado de *status* legales, y no originable por convenciones negociales, cuyo efecto consiste en la modificación de las situaciones jurídicas existentes (potestades innovativas) o en el mantenimiento, realización o tutela de situaciones jurídicas pre-existentes, sin modificarlas o innovarlas; no tiene una referencia específica a un objeto concreto, no supone, como el derecho subjetivo, especificidad de objeto dominado, sino que se extiende a un marco genérico de posibles objetos; no encuentra enfrente, decíamos, obligados singulares, prestaciones o actuaciones debidas, sino más bien «sujeciones», vinculación puramente pasiva de soportar la realización de sus efectos propios. O, como ha dicho GIANNINI, con expresividad formularia, una simple «situación pasiva de inercia» (19). Para el Derecho Administrativo es una idea

(18) Vid., sobre todo, la voz *Poteri-Potestá*, en los *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano, 1947, donde resume sistemáticamente toda la cuestión, haciéndose cargo de las objeciones que ha suscitado. El concepto está hoy comúnmente aceptado en toda la ciencia italiana del Derecho público, con algunas precisiones, e incluso ha trascendido al Derecho privado (ZANOBINI, VITTA, LESSONA, GIANNINI, MIELE, GASPARRI, ZANZUCCHI, MESSINEO, CROSA, VASALLI, PUGLIATI, ANGELOTTI, ALESSI, SANDULLI, FALZONE, etc.). A esta dirección apunta el concepto de potestad, más difundido entre nosotros, de CARNELUTTI, por cierto, mucho menos preciso y objetivado, *Teoría General del Derecho*, trad. esp., 1941, págs. 177 y ss. El concepto se nutre en buena parte de las infructuosas tentativas de caracterizar definitivamente las figuras de «derechos potestativos», «de conformación jurídica», «sin objeto», etc., y pretende dar curso a las exigencias reales que tales figuras trataban de expresar; el campo de experiencias del Derecho público es mucho más fecundo que el del Derecho privado para la caracterización de tales situaciones.

(19) M. S. GIANNINI: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, I. Milano, 1950, pág. 266. El ejercicio concreto de la potestad puede implicar para los sujetos distintos del titular consecuencias ventajosas, indiferentes o desventajosas; sólo en este último caso, precisa este autor, debe hablarse de «sujeción». Es, por supuesto, lo propio del ejercicio de la potestad expropiatoria por referencia al sujeto expropiado.

cardinal. Mal podría hablarse, aunque se ha hecho (20), de derechos subjetivos de poder público, de un derecho subjetivo a dictar un Reglamento, levantar un impuesto o a castigar a un infractor, por ejemplo. El concepto de potestad (21) cuadra a estas situaciones exactamente y las confiere un carácter dogmático de que ciertamente venían careciendo.

La facultad de expropiar se integra análogamente en una verdadera «potestad» de esta naturaleza. Se trata de una potestad innovativa cuyos efectos se dirigen a extinguir, o desde otra perspectiva a convertir, como luego precisaremos, situaciones jurídicas patrimoniales de las personas sujetas a la misma. Su contenido exacto se delimita a continuación a través del análisis de sus distintos elementos.

El tema clásico de la justificación de la potestad de expropiar no tiene sentido sustantivo. Es un poder concreto que se integra dentro del poder genérico y ordenador del Estado. La justificación del poder de expropiar entra, por ende, dentro de la justificación del poder del Estado en abstracto, y está afectado por los mismos límites. Sólo desde el dogma del carácter originario y absoluto de la propiedad privada pudo cobrar sentido ese tema académico, que en la Edad Media surge por la ausencia de una idea abstracta y general del poder público, herencia de la concepción regalística (las «regalías» como títulos concretos de poder). Para nuestra conciencia actual no tiene más sentido preguntarse por la justificación del poder de expropiar que el que tendría inquirir la justificación del poder estatal de regular las herencias, o la dote, o el contrato de sociedad. Es evidente que no existen como títulos sustantivos esas presuntas justificaciones específicas. Desde un punto de vista jurídico la potestad expropiatoria se justifica *in concreto* por la atribución de la ley, así como más en particular por el efecto operativo de las *causae expropriandi* que la ley tipifique; tema que será examinado más adelante.

2. Sujetos.

Los sujetos de la potestad expropiatoria configurada por la

(20) El caso más caracterizado es acaso el de HAURIOT: *Précis de Droit Administratif*, 12 ed., París, 1933, págs. 11, 20 y *passim*; es cierto que la caracterización de estos derechos como «prerrogativa», como «exorbitantes del derecho común», los situaba al margen de la teoría general de los derechos subjetivos e intentaba en cierto modo, aunque en forma intuitiva, una caracterización sustantiva e independiente, pero en cualquier caso la construcción ofrecía puntos débiles que fueron constantemente aprovechados para que sus contradictores permanentes, DUGUIT y JEZE, mantuviesen su tesis «objetivista»; añadimos a la magna y jugosa polémica que HAURIOT sostuvo a lo largo de su vida con la escuela llamada «realista».

(21) Es curioso recordar que la doctrina administrativa española desde el siglo XIX viene hablando de «potestades de la Administración», aunque ciertamente sin dar un verdadero perfil técnico al concepto. Vid., p. ej., SANTA-MARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., 1894, págs. 54 y siguientes.

Ley que comentamos son tres, respectivamente: expropiante, beneficiario y expropiado.

Sujeto *expropiante* o titular de la potestad expropiatoria es la Administración en cualquiera de sus expresiones territoriales, es decir, concretamente, el Estado, la Provincia y el Municipio (artículo 2, 1); quiere decirse que las personas administrativas no territoriales o institucionales carecen de la potestad de expropiar. Es ésta una importante precisión de la Ley que intenta poner orden donde hasta la fecha no existía, apoyándose para ello en la distinción entre esta figura subjetiva de expropiante y la de beneficiario de la expropiación, cuya confusión (que era absoluta en el derecho anterior, así como en toda la doctrina y en el derecho comparado) evitaba esta medida ordenadora. La atribución única de la potestad de expropiar a las entidades administrativas territoriales no puede estar más justificada. Sólo ellas representan los fines generales y abstractos de la Administración que entran inevitablemente en juego en el ejercicio de la potestad de expropiar. Las personificaciones institucionales o no territoriales de la Administración tienen un carácter organizativo puramente instrumental, para la eficacia en la gestión de servicios singulares y la especialidad concreta de su competencia funcional no justifica, antes por el contrario, atribuirles un poder jurídico de tal gravedad. Este precepto de la Ley tiene un alcance ordenador de indiscutible trascendencia al someter a estas entidades institucionales, cuya proliferación pone en juego la propia unidad del Estado (22), a su papel subordinado e instrumental.

Que la potestad de expropiar pertenezca a la Administración (la Administración como «autoridad de expropiación», «Enteignungsbehörde»), aunque sólo sea en algunas de sus personificaciones, es un dato que califica todo el sistema por contraposición al régimen de aquellos derechos en que tal potestad es reservada a los jueces, debiendo la Administración postular de ellos el ejercicio a su favor; es el sistema francés establecido en 1810 (23), y por esta razón el de muchos países, dado el influjo que el régimen francés ha ejercido en todo el Derecho administrativo. En nuestro derecho este sistema judicial rigió, según vimos, con ocasión de la Constitución de 1869, que lo imponía expresamente. Salvo esta excepción, el sistema de reconocer directamente la potestad expropi-

(22) El concepto es del propio legislador: preámbulo de la Ley de 5 de noviembre de 1940.

(23) La Ley de 8 de marzo de 1810, que reservó a la autoridad judicial la facultad de disponer la transferencia de la propiedad, se debió a iniciativa del propio NAPOLEÓN que pretendió con ello, abiertamente, remitir a los jueces la impopularidad que ocasionaban las medidas expropiatorias. Cfr. HAUKIOU: *Précis*, cit., págs. 871-2. Se trata, en verdad, de un poder nominal en el que está ausente cualquier juicio de oportunidad y que se concreta únicamente en verificar el cumplimiento por la Administración de los trámites legales para llegar a la transferencia final.

toria a la Administración es el tradicional de nuestro Derecho, y la Ley nueva no hace sino continuarlo.

Beneficiario de la expropiación es el adquirente inmediato en la transmisión forzosa que se efectúa, o el que de otro modo se beneficia directamente (mediante un *lucrum emergens* o un *damnum cesans*) (24) del contenido del acto expropiatorio cuando éste no se concreta en una transmisión de propiedad pura y simple. La consecuencia de esta posición es que justamente al beneficiario corresponde el deber de indemnizar que el acto expropiatorio implica, titularidad que no debe ocultar el hecho de que sea la propia entidad expropiante quien, en su función de «titular del trámite», asuma con normalidad la tarea de negociar y acordar la cifra de la indemnización; en algunas ocasiones se reconoce a los beneficiarios una intervención directa en esa fase y aun en todas (cfr. artículos 15 y 17 de la Ley) del procedimiento expropiatorio, pero esta práctica, cuando consiste en sustituir plenamente la intervención del ente expropiante, debe estimarse proscrita por la nueva Ley, como contraria al criterio de independizar las posiciones de beneficiario y de expropiante.

El artículo 2, párrafos 2 y 3 de la Ley, distingue a efectos de la calidad de beneficiario según se trate de expropiación por utilidad pública, en cuyo caso los beneficiarios son siempre entidades públicas (territoriales o no territoriales ahora) o concesionarios de las mismas, y expropiación por interés social, hipótesis en la cual pueden ser beneficiarios, además de personas de ese carácter, simples particulares. En cualquier caso, la calidad de beneficiario debe estar reconocida por la ley, específica o genéricamente, y esto es decisivo.

La distinción entre las figuras del expropiante y del beneficiario, hasta el momento confundidas, es una notable novedad de la Ley, que por cierto no es formulada con el mismo alcance sistemático por ningún otro derecho positivo (25). El aislamiento dogmático de esta figura subjetiva mediante su desglose decidido de la figura del expropiante, facilita técnicamente la generalización de la expropiación forzosa como instrumento de la acción estatal conformadora; es, en este sentido, fundamental para orientar la institución según el mandato del Fuero, hacia el servicio al «interés

(24) NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934, págs. 113 y ss., sobre conceptos de VON THUR. Sobre este tema del beneficio expropiatorio volveremos más adelante.

(25) En alguna ocasión, a lo más, se ha distinguido entre derecho de expropiar, siempre de la Administración y ejercicio de este derecho mediante una concesión explícita a otro sujeto. Así, por ejemplo, WILKIN: *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, 2.^a ed., Bruxelles, 1953, págs. 19-20. Aunque esta distinción es ya progresiva (p. ej., todos los medios de defensa propios del derecho de expropiación son dirigidos contra el poder expropiante no contra el concesionario del mismo, WILKIN, loc. cit.) parece bastante superior y más neta, así como más constructiva en el orden práctico, la distinción que formula por vez primera la Ley española.

social» desbordando el sistema estricto de la «utilidad pública», dentro del cual expropiante y beneficiario han marchado corrientemente confundidos. El problema técnico de la expropiación a favor de particulares, que es normal en el sistema del «interés social», queda resuelto con limpieza, sin necesidad de acudir (*iter inutilis*) al arbitrio de la cesión *ex post* por parte del ente expropiante, que asumiría también el papel de adquirente o beneficiario inmediato.

Por último, el *expropiado*. Es la persona sujeta a soportar el ejercicio de la potestad de expropiación, aquél sobre cuyos derechos recae la expropiación. El artículo 1.º de la Ley no puede ser más genérico en la enunciación de este sujeto: «...cualquiera que fueran las personas o entidades». No contempla la Ley ninguna excepción. En la legislación de requisas militares (que queda ahora englobada en el sistema de la Ley, tít. III, cap. VIII) se preveía la excepción de las prestaciones objeto de la misma a favor del Jefe del Estado, de los agentes diplomáticos y de los extranjeros en ciertas condiciones (art. 8 del Anexo 3.º de la Ley de Bases del Ejército de 29 de junio de 1918). La excepción del Jefe del Estado debe estimarse derogada en virtud de la fórmula de la nueva Ley; las otras dos se regirán por el Derecho internacional en la materia (26), pero no podrán encontrar ya una norma privilegiada en la legislación interna, que se afirma así, por principio, territorial. No cabe duda tampoco de que en la amplia fórmula de la Ley se admite la hipótesis de que la expropiación recaiga sobre personas públicas. En cuanto a la Iglesia, el artículo 16 de la Ley lo prevé expresamente, disponiendo la aplicación del régimen del Concordato, rigiendo en lo demás las normas de la Ley; el Concordato se refiere al tema en el artículo XXII, 6; y establece únicamente dos precisiones: que se oiga previamente a la autoridad eclesiástica (se entiende que su parecer no vincula), incluso sobre la cuantía de la indemnización, y que los bienes a expropiar sean privados previamente de su carácter sagrado; el momento de esa consulta parece que habrá de ser previamente a la declaración de la necesidad de la ocupación (art. 15), dado que es en el capítulo relativo a este trámite donde se encuentra la referencia al Concordato, estando garantizado por el procedimiento general la audiencia sobre la cuantía de la indemnización (arts. 24 y 29).

La cualidad de expropiado es una cualidad *ob rem*, por relación con el objeto real de la expropiación; de ahí que se especifique que la transmisión del objeto de la expropiación implicará la subrogación del nuevo titular en el lugar del anterior (art. 7). Los artículos 3 a 7 regulan los problemas de relación formal con el expropiado en el procedimiento expropiatorio. Se especifica (art. 6) que quienes no puedan enajenar sin permiso o resolución judicial se considerarán, sin embargo, autorizados para verificarlo en los

(26) Cfr. S. FRIEDMAN: *Expropriation in International Law*, London, 1953. con amplia bibliografía; J. MILLARUELO: *Las nacionalizaciones y el Derecho Internacional*, en «Revista de Administración Pública», 3, 1950, págs. 255 y ss.

supuestos de la presente Ley, sin perjuicio de que la indemnización de expropiación se deposite a disposición del juez; precepto que ordena una mera cuestión de titularidad, sin ampliar realmente los poderes de disposición de los aludidos, ya que la transmisión es realizada operativamente por la voluntad unilateral de la Administración (distinto, sin embargo, el caso del concierto expropiatorio o acuerdo amigable a que se refiere el artículo 24 de la Ley, si bien su eficacia, como veremos, se limita a la fijación del precio al estar decidido el efecto transitorio; sólo en tal hipótesis y para estos solos efectos puede hablarse de una ampliación *ex lege* del contenido de la representación legal de tales personas).

3. Objeto.

El mismo artículo 1.º de la Ley especifica que pueden ser objeto de la potestad expropiatoria «la propiedad privada... derechos o intereses patrimoniales legítimos». La fórmula es de la máxima amplitud. Únicamente quedan fuera de la misma los derechos personales y familiares. Esas situaciones patrimoniales pueden, a su vez, ser de derecho privado o de derecho público. La Ley enuncia así una amplísima potestad de sacrificio a favor de la Administración: toda situación jurídica patrimonial, de cualquier naturaleza (real, de crédito, pública, privada) puede ser en principio sacrificada por la Administración; todas son «claudicantes» frente a su potestad expropiatoria (27). No será preciso subrayar demasiado la importancia de este principio.

Tres observaciones deben formularse para precisar la extensión del objeto de la expropiación: qué debe entenderse exactamente por «intereses legítimos» por contraposición a derechos, según la fórmula de la Ley; si se comprenden o no las prestaciones positivas o de hacer entre los objetos de expropiación posible; y, finalmente, si la especificación legal de la propiedad como «privada» excluye de la expropiación las formas de dominio público.

El empleo de la fórmula «intereses legítimos» suscita una grave cuestión. No se oculta que la inclusión de este supuesto entre los

(27) La doctrina italiana habla en tales casos de derechos «affievoliti» o condicionados. Cfr. AMORTH: *Figura giuridica e contenuto del diritto soggettivo affievolito*, en *Scritti in onore de Santi Romano*, II, Padova, 1940, págs. 193 y ss.; DE GENARO: *Diritti affievoliti ed interessi legittimi*, en «Foro amministrativo», 1943, IV, págs. 13 y ss.; ALESSI: *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, págs. 454 y ss. y en su artículo *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo e i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, «Rivista trimestrale di Diritto Pubblico», 1953, págs. 329 y ss. En sentido crítico, GARRIDO FALLA: *Las tres crisis del derecho público subjetivo*, en *Estudios dedicados a García Oviedo*; cit. págs. 177 y ss. El concepto está uniformemente admitido en la doctrina publicística: el «debilitamiento» o condicionamiento de los derechos consiste en que pende sobre su efectividad la facultad administrativa de sacrificarlos, y se acepta la misma extensión de la figura que la que se expone en el texto. La rehabilitación del concepto clásico «derechos claudicantes» puede ser oportuna y la adopto por mi parte en el libro *La revocación de los actos administrativos en Derecho español*, que aparecerá próximamente.

objetos de la potestad de expropiar está pensada más en función de la garantía negativa del expropiado, y concretamente para consagrar su derecho a indemnización, que para habilitar positivamente la posibilidad de que tales intereses sean sacrificados; sobre esto hablaremos luego. Inmediatamente la calificación de «legítimos» matiza el supuesto en sentido restrictivo: no bastan simples intereses.

El concepto de «intereses legítimos», por contraposición al de «intereses simples», ha sido trabajado especialmente por la doctrina italiana, quizá en fuerza a la partición de la materia contenciosoadministrativa según su derecho positivo en dos órdenes jurisdiccionales, y desde luego con vistas al problema de la justicia administrativa (28), (29). Es claro que este concepto no sirve a los efectos que a esta Ley interesan. La propia doctrina italiana acepta que los sacrificios de intereses legítimos en el sentido indicado no dan lugar a indemnización; el derecho italiano exige para esta consecuencia la lesión de derechos perfectos, sin aceptar la extensión que nuestra Ley (30). En el derecho alemán, que viene trabajando tradicionalmente el tema de la «indemnización de derecho público»—*vide infra*—exige también, para que esta indemnización tenga lugar, el sacrificio de verdaderos derechos, y no el de simples intereses (31); sin embargo, ha podido notarse una recien-

(28) Esta afirmación no impone la confusión entre los «intereses legítimos» en el plano del derecho material y el «interés para accionar o recurrir» como concepto procesal en que suele incurrirse entre nosotros; si así fuese, la admisión de la demanda implicaría en todos los casos del llamado «recurso objetivo» su estimación en cuanto al fondo; es decir, cabe perfectamente que se acepte un interés para recurrir y, sin embargo, se desestime la pretensión por no justificarse un interés legítimo en cuanto al fondo, o la violación efectiva del mismo. En el sentido criticado, GARRIDO FALLA: *El interés para recurrir en agravios*, en «Revista de Administración Pública», 9, 1952, págs. 157 y ss.; *Tres crisis del derecho público subjetivo*, cit., pág. 214. Vid. en la propia doctrina italiana, BODDA: *Interesse a ricorrere e interesse legittimo*, en «Foro amministrativo», 1935, I, 1, págs. 48 y ss.; TOSATO: *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimà*, Padova, 1937; ALESSI: *Interesse sostanziale e interesse processuale nelle giurisdizione amministrativa*, en «Archivio Giuridico», 1943; MORONE: *Sulla distinzione fra interesse oggetto del ricorso*, en «Giurisprudenza italiana», 1947, III, págs. 113 y ss.; DEL PRETE: *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, en «Rassegna di diritto pubblico», 1951, págs. 38 y ss.

(29) PICCARDI: *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, en *Studi in occasione del centenario del Consiglio de Stato*, II, Roma, 1932, págs. 189 y ss., y todas las obras generales de Derecho administrativo italiano. Más adelante (III, A, 3) hemos de volver sobre este tema en sentido crítico.

(30) ALESSI: *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 2.ª ed., Milano, 1951, págs. 231 y ss. Contra, ZANOBINI: *Interessi legittimi nel diritto privato*, en «Scritti vari di diritto pubblico», Milano, 1955, págs. 344 y ss., especialmente a partir de la pág. 353; la posición de este autor está forzada por un planteamiento equivocado del fundamento de la responsabilidad civil, según la tesis del ilícito subjetivo, y queda sin sentido desde la doctrina de la lesión objetiva que más adelante se expondrá (*infra*, III, B, 2, b).

(31) FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit., pág. 270; STODTER: *Oeffentlich-rechtliche Entschädigung*, cit., págs. 36 y ss.

te tendencia jurisprudencial hacia la protección de intereses calificados reconociendo que su sacrificio da lugar a un derecho a indemnización (32). En derecho francés, aunque orientado en otra perspectiva, se ha abierto paso igualmente el criterio de que la Administración debe indemnizar la lesión de «intereses legítimos» no constituídos en derechos formales (33). Es, sin duda, a estas direcciones más progresivas a las que apunta la fórmula del artículo 1.º de nuestra Ley, que ha querido impedir una congelación del sistema alrededor de los límites estrictos que resultarían de una alusión única al sacrificio de derechos perfectos. Esta alusión a los intereses legítimos debe entenderse, en conclusión, como un «concepto válvula» cuya modulación se confía a la prudencia de los Tribunales. Quiere decirse que no todos los llamados «intereses legítimos» en otras aplicaciones tendrán cabida en la hipótesis de la Ley; intereses legítimos a los efectos de esta Ley (construcción necesaria, que se remite a la jurisprudencia) serán sólo aquellos sumamente calificados cuyo sacrificio imponga la consecuencia de una indemnización (34). Sólo en este caso en lo que ahora nos interesa, estaremos en presencia de una expropiación en el sentido de la Ley.

En cuanto a si se comprenden o no en la amplia delimitación del objeto de la expropiación las prestaciones positivas de hacer parece que habrá que concluir negativamente. La fórmula del artículo 1.º habla de «privaciones» de la propiedad o de derechos

(32) FORSTHOFF: *Ibidem*, 270-1.

(33) Vid. CHAPÚS: *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, 1954, págs. 461 y ss. y 478 y ss.; el autor sitúa la consagración de esta tendencia en 1951, en nuestros mismos días, pues.

(34) En la propia Ley se encuentra algún ejemplo de intereses legítimos indemnizables, art. 89. En este supuesto, referido a las expropiaciones que den lugar al traslado de poblaciones, quiebra el principio común (que se examinará más adelante) de que el justiprecio se refiere únicamente al valor objetivo de la cosa expropiada, sin incluir el lucro cesante; el principio es, sin embargo, más claro si se observa que las indemnizaciones que ese precepto establece proceden también en el caso, que ha de ser ordinario, de que las personas afectadas no hayan sido expropiadas de ningún bien real (jornaleros, industriales, etcétera). Los casos de los derechos alemán y francés, aludidos en las notas anteriores son, simplemente, la indemnización al propietario de un terreno por alteración del nivel de la calle alledaña, e indemnización por muerte o invalidez a parientes sin carácter de deudores alimenticios, e incluso a no parientes, como concubinas. Es evidente que esta cuestión ha de plantearse entre nosotros más por vía de responsabilidad por daños que por la de expropiación directa (doble juego del art. 1.º que impone la remisión del art. 121, según veremos), y en este último caso lo normal será que el «interés legítimo» se presente al lado de derechos perfectos, aspirando a elevar la indemnización expropiatoria: por cierto que esta aplicación puede entrar en conflicto con el principio de valor objetivo del justiprecio, que luego se expondrá. Mas seguro parece que pueda ampararse en la fórmula legal el poseedor simple del bien expropiado para pretender una indemnización sustantiva, dada la reiteración del artículo 4, 1.º, de la Ley, que considera partes del expediente expropiatorio, a su iniciativa, no sólo a los titulares de derechos reales y de arrendamientos, sino también a los de «intereses económicos directos sobre la cosa expropiable».

o intereses; privación viene a oponerse claramente a prestación de hacer (35): el efecto final se produce operativamente por la voluntad administrativa, sin que se requiera el concurso del expropiado, como es preciso en el segundo caso. El hecho de que el capítulo VIII del título III de la Ley, al regular las requisas militares, comprenda específicamente las prestaciones personales (artículo 101) no arguye en contra de esta conclusión: se trata de un supuesto singular que no puede entenderse comprendido en la fórmula general del artículo 1.º de la Ley, y que justamente ha requerido esa mención legal expresa para hacerse explícito dentro de la hipótesis concreta que ese capítulo regula.

La última precisión en relación con el objeto de la potestad expropiatoria, tal como es delimitado por la Ley, es si es susceptible de entrar en tal categoría una propiedad de dominio público, duda que se suscita por la expresión legal que habla sólo de «propiedad privada». Esta cuestión no afecta, como se comprende, a los concesionarios demaniales o de bienes públicos; su titularidad es la de un mero derecho real de naturaleza administrativa que está ordinariamente, con unos u otros límites, en el comercio de los hombres, y que, por ende, entra indiferenciadamente dentro de la mención legal de los «derechos» que pueden ser objeto de la expropiación. El problema se suscita únicamente en el caso de que una Administración pretenda apropiarse de bienes públicos pertenecientes a otra. El dogma de la inalienabilidad del dominio público, que no es más que un correlato de su afectación pública, impide aquí la aplicación del instituto de la expropiación, supuesto que no siempre la Administración expropiante podrá disponer el cese de esa afectación, y que, aun en el caso de que contase con tal competencia, ésta requeriría ser ejercida substantivamente. He aquí que el tecnicismo de la Ley reservando la expropiación sólo a la propiedad privada es acertado y parte posiblemente de la intención de excluir de la misma los bienes demaniales. La figura jurídica pertinente para regular los cambios de titularidades sobre estos bienes, que implican ordinariamente cambios de la afectación del dominio, no es, pues, la de la expropiación forzosa, sino la de la *mutación demanial* (36); la Ley que comen-

(35) Puede ser entendida a lo más como prestación obligatoria de dar; es la conocida caracterización de las expropiaciones que ha patrocinado brillantemente en Italia LUCCIFREDI: *Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alla pubblica Amministrazione*, I y II. Padova, 1934-5, especialmente II, págs. 36 y ss. y *passim*; construcción que debe examinarse con cautela evidente (la sigue, entre nosotros, GARCÍA OVIEDO: *Derecho Administrativo*, 4.ª ed., I, págs. 229 y ss.) y que por nuestra parte no compartimos, como se precisa en el texto, y más adelante, especialmente al tratar de la naturaleza del acuerdo amigable (texto correspondiente a la nota 118). Cfr. las precisiones críticas sobre la tesis de LUCCIFREDI que hace CARUGNO: *L'expropriazione per pubblica utilità*, 3.ª ed., Milano, 1950, págs. 14-23.

(36) Vid. WALINE: *Les mutations domaniales. Etude des rapports des Administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, Paris, 1925, págs. 173 y ss.; HAURIOU: *Précis*, cit., págs. 795 y 797 y ss.; VILLAR PALASI: *Concesiones administrativas*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IV, págs.

tamos es aquí inaplicable. Distinto, naturalmente, sería el caso de que las propiedades demaniales de que se tratase fuesen previamente desafectadas de su destino público, pues tal desafectación las tornaría en simples propiedades privadas (art. 341 del Código civil) susceptibles en tal carácter de entrar en el régimen común (37).

4. Causa

a) La causa que legitima el ejercicio de la potestad expropiatoria está específicamente tasada en la Ley, como ocurre en la generalidad de los derechos. Esta causa puede ser, o bien la utilidad pública o bien el interés social (art. 1.º), y su presencia específica en el supuesto particular de que se trate debe ser declarada de un modo formal preventivamente (art. 9.º). Es ésta la primera gran garantía que ofrece la institución de la expropiación para su puesta en marcha, garantía que se extrema en nuestro derecho por la circunstancia de que ese pronunciamiento de que la causa existe es materia ordinariamente reservada a una ley, y no a la decisión administrativa, como más adelante hemos de precisar.

La inclusión del «interés social» al lado de la «utilidad pública» entre las causas legitimadoras de la expropiación es aquí la gran novedad de la Ley, novedad que claramente procede del artículo 32 del Fuero de los Españoles que la Ley aplica y desarrolla. Hasta este momento la precisión del Fuero había dado lugar expresamente a dos modalidades de expropiación: una, la regulada por la Ley de 27 de abril de 1946 («expropiación por interés social»), que preveía el caso de «cuando para la resolución de un problema social de carácter no circunstancial se estime necesaria la expropiación de una finca rústica» (art. 1.º) y cuya aplicación se reservaba al Instituto Nacional de Colonización; otra, la establecida por el Decreto-ley de 19 de noviembre de 1948 («por utilidad social») para la ejecución de proyectos de importancia so-

724 y ss.; MARTÍNEZ USEROS: *Imprudencia de servidumbres sobre el dominio público en Estudios dedicados al Prof. García Oviedo*, cit., pág. 161; BAUDRY: *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, 3.ª ed., París, 1953, pág. 9; CARUGNO: *L'expropriazione*, cit., págs. 48 y ss.; CAETANO: *Manual de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., Coimbra, 1951, pág. 621; WILKIN: *Op. cit.*, págs. 15-16. En contra RODRÍGUEZ MORO: *La expropiación forzosa*, Bilbao, 1953, págs. 72 y sigs.

(37) Sobre el régimen de la desafectación de bienes públicos pueden verse las referencias contenidas en mi trabajo *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, incluido ahora en el libro *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho administrativo*, Madrid, 1955. En este concepto de dominios desafectados debe integrarse el supuesto de expropiación de grandes zonas por colonización u obras públicas en que por ley se viene a delegar en las Administraciones expropiantes la facultad de afectación y desafectación de los bienes públicos comprendidos en tales zonas. Cfr. base 27 de la Ley de 26 de diciembre de 1939, art. 2.º, c), del Decreto de 5 de julio de 1944 y arts. 2.º, a); 4.º f); 8.º, 19, 20 y 21 de la Ley de 21 de abril de 1949. En tal sentido habla el art. 96 de la Ley que comentamos de expropiación de los bienes municipales de la corporación «desaparecida como consecuencia de las obras determinantes del traslado de población». Cfr. GIACCIARDI: *Il demanio*, Padova, 1934, págs. 369 y ss.

cial para construir viviendas de renta reducida. La Ley que comentamos generaliza el supuesto, haciendo de este modo normal, dentro de la amplia extensión común de la potestad expropiatoria de la Administración, tal como la vamos describiendo, la operatividad de esta causa formal de expropiación.

Para comprender el alcance de esta innovación debe recordarse la limitación que el concepto de «utilidad pública», como única causa legitimadora de la expropiación, implicaba en el sistema tradicional. Es cierto que nuestras Constituciones del siglo XIX, hasta la de 1876, empleaban, según vimos, una fórmula más inespecífica, la de «utilidad común», capaz en principio de comprender todas las determinaciones. Sin embargo, la Ley de 1836, que rigió durante este período, concretaba el supuesto en el concepto de «utilidad pública», que al ser recogido por la Constitución de 1876 pasa a la Ley de 1879 que hasta ahora ha regido la expropiación, dominando por ende la totalidad de nuestra historia legislativa. El concepto de «utilidad pública» procede de los primeros textos revolucionarios franceses, según vimos (38), y aunque es evidente que podía haber comprendido en sus términos todo motivo de preeminencia del interés público, es un hecho que concretó su significación en el sentido restrictivo de «utilidad directa para la Administración en cuanto personificación del interés público», utilidad inmediata, específica e infungible para el desarrollo de una empresa administrativa (39). La «utilidad pública» se vino así a confundir con «obra pública», o con obra de los concesionarios privados que no sería pública por razón subjetiva, aunque sí en un sentido objetivo y sustancial. Es el concepto que recoge literalmente el artículo 2.º de la Ley de 1879: «Serán *obras de utilidad pública* las que tengan por objeto directo proporcionar al Estado, a una o más provincias, o a uno o más pueblos, cualesquiera usos o mejoras que cedan en bien general, ya sean ejecutadas por cuenta del Estado, ya por Compañías o Empresas particulares debidamente autorizadas.» En análogo sentido la Ley general de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, artículos 114 y siguientes.

La limitación de tal concepto implicaba correlativamente una limitación objetiva del campo de la expropiación a los bienes inmuebles, que por su carácter de infungibilidad y permanencia eran

(38) El concepto de «utilidad pública» significó ya una ampliación sobre el de «necesidad pública» que con una intención más restrictiva utilizó, según vimos, la Declaración de 1789. Incluso otros textos revolucionarios utilizaron la expresión de «absoluta necesidad pública». Sobre la raíz política del concepto vid. BELIN: *L'idée d'utilité sociale et la Révolution française*, I, París, 1939.

(39) El concepto de necesidad para «una empresa determinada de utilidad pública», entendido el término empresa en sentido dinámico, y reduciendo la utilidad pública a la personificación administrativa, es el tradicional del Derecho alemán y expresa, acertadamente, la limitación del concepto («eines, den öffentlichen Nutzen dienendes Unternehmen»). Cfr. FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit., pág. 262; W. JELLINEK: *Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., Berlín, 1931, pág. 402.

los únicos de los que podía predicarse su necesidad específica respecto de las empresas administrativas, ya que en cuanto a los muebles precisos para la gestión pública, supuesto su carácter fungible o genérico ordinario, su adquisición quedaba confiada a los medios voluntarios de la contratación (40).

El desbordamiento de límite tan estricto no ha sido ciertamente obra de la Ley que comentamos, y ni siquiera del artículo 32 del Fuero de los Españoles. La realidad administrativa llevada de su propia dialéctica había precedido, como en tantas ocasiones, a la formulación constitucional. La admisión de una expropiación de muebles, por ejemplo, consagrada legislativamente (legislación de patrimonio artístico, de propiedad industrial, sanitaria, etc.), no cabía ya dentro de aquella estricta justificación. Igualmente todos los casos de expropiación en beneficio de particulares, que casuísticamente han ido apareciendo entrado ya nuestro siglo (41) y que constituyeron acaso la más flagrante transgresión de la concepción tradicional. Los autores llamados a calificar tal situación se inclinaron, o bien a formalizar el concepto de utilidad pública, abstraéndolo de aquella su específica concreción a las obras públicas, o bien a hablar expresamente del surgimiento como causa nueva de expropiación, al lado de la clásica, de un verdadero interés social, nacional o general (42).

La Constitución republicana de 1931 sustituyó, según vimos, el concepto de utilidad pública por el de «utilidad social» con expresa intención de consagrar y generalizar esta tendencia. El Fuero de 1945 ha seguido la vía de respetar la antigua concreción de la utilidad pública, pero erigiendo al lado de esta causa formal otra nueva y más amplia, el «interés social», que instrumenta en definitiva el principio general de subordinación de toda propiedad al bien común que el propio Fuero, así como también el Fuero del Trabajo, según vimos, consagra como norma fundamental del Estado.

(40) Cfr. FORSTHOFF: *Ibidem*, pág. 257.

(41) FERNÁNDEZ DE VELASCO citaba, cuando estaba todavía vigente la Constitución de 1876 (*Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, II, 2.ª ed., 1931, págs. 267-8 y 281), los siguientes casos de expropiación en beneficio de particulares: para ferrocarriles de servicio particular (no de servicio público, pues), los casos de expropiación sanción a los propietarios de terrenos incultos o de bienes ocultados a la Hacienda; la expropiación a favor de industrias privadas y, finalmente, la que tiene lugar para la construcción de casas baratas, incluso la llevada a cabo por particulares. La extensión posterior de estos supuestos es más notoria. La hipótesis acaso más característica es la de la Ley de Solares de 15 de mayo de 1945, anterior también al Fuero de los Españoles.

(42) PIERNAS: *La expropiación forzosa*, Madrid, 1908, págs. 5 y ss.; ALVAREZ GENDÍN: *Expropiación forzosa*, Madrid, 1928, pág. 36; FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Op. cit.*, pág. 267; GARCÍA OVIEDO: *El concepto moderno de expropiación forzosa por causa de utilidad pública*, Madrid, 1927; MARTÍN RETORTILLO: *Nuevas Orientaciones de la expropiación*, Madrid, 1928, pág. 194; RODRÍGUEZ MORO: *La expropiación forzosa*, cit., págs. 92 y ss., y, en general, todos los autores de obras generales.

«Interés social» es, pues, en este sentido cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario según ese principio general. El adjetivo «social», sustituyendo al anterior «público», es certeramente expresivo de la evolución de la institución expropiatoria en el sentido que más atrás notamos: es la sociedad directamente la que se beneficia de, y a la cual revierte, esa actividad expropiatoria, así como en el sistema de la «utilidad pública» este papel era ocupado por un ente público, sin que existiera intención alguna de conformar el orden social. Se hace así patente de qué forma las nuevas técnicas expropiatorias están presididas por una radical transformación de los fines administrativos.

La Ley que comentamos renuncia a ofrecernos un concepto formal del «interés social», así como a delimitar exactamente su campo de aplicación respecto del paralelo de la «utilidad pública». Lo primero se justifica fácilmente en la propia intención que la fórmula «interés social» cumple, según hemos visto, y que pugnaría con un nuevo encerramiento estricto, aunque fuese más amplio que el tradicional, del campo de la expropiación forzosa. Lo segundo, la falta de delimitación entre la utilidad pública y el interés social, se ampara en la correlativa falta de diferenciación de sus efectos respectivos. Utilidad pública e interés social son dos causas posibles de la expropiación, pero ambas se confunden en sus consecuencias en definitiva: dar paso al ejercicio de una idéntica potestad expropiatoria. A través de algunas aplicaciones concretas (por ejemplo, arts. 10 y 71 y ss.) se comprende que la Ley entiende la utilidad pública en el sentido tradicional, en tanto que reserva la causa de interés social a las expropiaciones con una intención conformadora más extensa (43). Una caracterización formal más estricta no sería tampoco posible, pues así como la causa de utilidad pública favorece estrictamente a Administraciones públicas o a concesionarios de las mismas, el interés social favorece a particulares ordinariamente, pero cabe que se interponga también como beneficiario inmediato una Administración; en tal hipótesis, nada excepcional por cierto (es hoy general en la Ley de 27 de abril de 1946, y lo prevé la propia Ley que comentamos en el caso de un «interés social» más incuestionable, arts. 73 y 75), la diferencia entre una y otra calificación se pierde en la esfera de las intenciones finales (44).

b) La *causa expropriandi* (45) ha de precisarse específicamente

(43) FORSTHOFF ha intentado caracterizar en el plano jurídico la actividad administrativa de conformación y correlativamente unos *gestaltenden Verwaltungsakten*. Op. cit., págs. 55 y 173.

(44) En análogo sentido GONZÁLEZ PÉREZ: *La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. «Revista crítica de Derecho inmobiliario», 1955, págs. 257 y ss.

(45) Últimamente GARRIDO FALLA: *Los motivos de impugnación del acto administrativo*. («Revista de Administración Pública», 17, 1955, págs. 11 y ss.) pretende distinguir el fin de los actos administrativos, y aplica en concreto esta distinción a la actividad expropiatoria indicando que el fin es la utilidad pública o el interés social en tanto que la causa sería «la efectiva nece-

en cada expropiación singular, y predicarse, no de la privación en sí, sino justamente del destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien que se expropia. Lo expresa así, con todo rigor, el artículo 9.º de la Ley: «Para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de *utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado*». Esto es fundamental para comprender el mecanismo expropiatorio, y su alcance estrictamente objetivo. La expropiación está siempre en función de una transformación posterior de los bienes objeto de la misma, que no es preciso que sea material (obras, típicamente), que incluso puede bastar simplemente con que sea jurídica (sustitución de un propietario por otro), pero que debe responder a un plan de ordenación para cuya efectividad resulte un obstáculo el estado de cosas que la expropiación se encarga de remover. En virtud de este carácter la expropiación forzosa se nos presenta como un instrumento, y no como un fin, como un elemento dentro de una operación global de poder público que la supera y trasciende. Esto justifica también que la *causa expropriandi* así especificada se inserte en el fenómeno expropiatorio de un modo permanente, y no sólo en el momento previo de autorizar o abrir el ejercicio de la potestad de expropiar. Toda la expropiación queda vinculada al destino invocado como causa expropiatoria. El beneficiario queda gravado con la carga de realizar ese destino, y de esta realización pende en definitiva la validez de la expropiación misma, en cuanto que su incumplimiento inviste al sujeto expropiado de un derecho de retrocesión, reempción o reversión sobre el bien expropiado (arts. 54 y 55), que puede construirse, como más adelante hemos de precisar, como la actuación de un motivo de invalidez sucesiva en virtud del propio juego de la causa. En alguna ocasión la carga de cumplir la afectación causal se refuerza aún más revistiéndose como un deber exigible por la Administración al beneficiario, cuyo incumplimiento, sin perjuicio de los efectos ordinarios, es incluso sancionable por medios penales (art. 74).

5. *Contenido.*

El contenido de la potestad expropiatoria está enunciado en el artículo 1.º de la Ley de manera bastante explícita: se concreta siempre en una «privación singular» de la propiedad o de los derechos e intereses que son su objeto, «acordada imperativamente»,

sidad que la Administración tiene de un bien particular» (págs. 51-52, nota). Sin entrar en el tema general que el autor plantea (su posición recuerda la de la distinción civilista francesa entre causa de la obligación—*cur debetur*—y causa del contrato—licitud del fin perseguido—, que traslada al Derecho público. DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, I, 3.ª ed., 1927, pág. 387), bástenos ahora decir que a nuestro juicio en la materia expropiatoria tal distinción no es necesaria y puede quizá confundir; por relación a una expropiación concreta se trata claramente de dos aspectos del mismo fenómeno. En la exposición que sigue—escrita antes de conocer la tesis de GARRIDO—se subraya esta unidad del fenómeno.

y esta privación puede revestir cualquiera de las modalidades que en el mismo precepto se enumeran: «Venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio». Estamos en presencia de una fórmula de la máxima importancia dentro del sistema de la Ley.

Ya indicamos cómo la expropiación clásica limitaba su contenido a la enajenación plena o transmisiva de los bienes inmuebles que eran su único objeto. Esto no obstante, la misma Ley de 1879 preveía una forma expropiatoria distinta, y en tal sentido anómala dentro del sistema, la «ocupación temporal» con ocasión de confección de proyectos y de ejecución de obras públicas, que regulaba su Título III. Al margen de la legislación general quedaban las requisas militares, navales, de orden público, la militarización de empresas, que constituían con normalidad hipótesis de privación de contenidos parciales de la propiedad distinta de la transmisión definitiva. Estas medidas especiales de privación coactiva se generalizaron más adelante por la legislación administrativa de todo orden, constituyendo una de las facetas de mayor interés, y también menos estudiadas, dentro del tema que nos ocupa. He aquí unos cuantos tipos espigados de nuestra legislación en vigor, que ofrecemos sin ánimo de agotar su catálogo:

— La privación puede consistir en la destrucción pura y simple de la cosa, sin que se produzca su adquisición por la Administración (Instrucción general de Sanidad de 12 de enero de 1904, hoy Ley de 24 de noviembre de 1944, base única del título preliminar; Ley de 18 de diciembre de 1914, artículo 2.º, Reglamento de 26 de septiembre de 1933, artículos 87 y siguientes, hoy Ley de Epizootias de 20 de diciembre de 1952 y Reglamento de 4 de febrero de 1955, artículos 146 y siguientes; Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, artículo 47).

— Tampoco se produce la adquisición por la Administración cuando la carga singular se traduce en una mera cesación de ejercicio de una empresa, típicamente la creación de monopolios legales (Ley de Presupuestos de 30 de junio de 1892, artículo 21, para cerillas; Real Decreto-ley de 28 de junio de 1927, para petróleos).

— El «arrendamiento forzoso», en el sentido en que aquí se trata, como carga expropiatoria, está regulado explícitamente en la legislación de colonización (Ley de 26 de diciembre de 1939, base 22; Ley de 23 de febrero de 1940, artículo 4.º; Orden de 6 de junio de 1940, artículo 11; Orden de 30 de diciembre de 1941; Ley de 16 de julio de 1949, artículos 2.º, 3.º y 4.º; Decreto de 27 de enero de 1950, artículos 2.º y 17) y en otros aspectos de la ordenación de la agricultura, como fines de almacenamiento de cosechas (Decreto-ley de 23 de agosto de 1937, artículo 18, Reglamento de 6 de octubre de 1937, artículo 145; Decreto de 13 de marzo de 1953, artículo 23; Orden de 19 de noviembre de 1953,

artículo 92; Decreto-ley de 10 de agosto de 1954, artículo 10; Decreto de 3 de junio de 1955, artículo 22).

— La legislación sobre repoblación forestal habilita sobre los terrenos privados y a favor de la Administración una «entrega para administración y repoblación forzosa», «expropiación del vuelo» o «consorcio obligatorio» (Ley de 10 de marzo de 1941, artículo 16; Reglamento de 30 de mayo de 1941, artículos 71 y siguientes; Ley de 19 de diciembre de 1951, artículo 4.º; Ley de 7 de abril de 1952, artículo 10).

— Se impone la «prestación forzosa» de máquinas y ganado de labor para los trabajos agrícolas (Ley de 5 de noviembre de 1940, artículos 5.º a 8.º).

— En la legislación de patrimonio artístico y arqueológico se encuentra la figura de la «excavación forzosa» sobre terrenos privados (Ley de 7 de julio de 1911, artículo 4.º; Reglamento de 1 de marzo de 1912, artículo 8.º).

— La «incautación» o «intervención forzosa» de empresas o industrias amenazadas de suspensión o simplemente mal explotadas (Ley de 1 de septiembre de 1939; Ley de 24 de noviembre de 1939, artículo 4.º, apartados e), f), o); Decreto de 4 de noviembre de 1948).

— Más conocida es la figura de la movilización y militarización de industrias (Ley de 29 de junio de 1918, base 6.ª, d); Real Decreto de 21 de junio de 1920; Real Decreto de 30 de junio de 1920; Ley de 5 de julio de 1935; Decreto de 28 de noviembre de 1942; Ley de 12 de diciembre de 1942; Decreto de 10 de febrero de 1943, etc.).

— En la legislación de minas se prevé ya tradicionalmente la ocupación forzosa de los fundos, sin transmisión de propiedad, para la explotación de rocas (hoy Ley de 19 de julio de 1944, artículo 6.º), para la investigación de minerales (ídem, artículo 18; Reglamento de 9 de agosto de 1946, artículos 70 y siguientes) y para la explotación de concesiones (Ley, artículo 40, párrafo segundo; Reglamento, artículos 134, párrafo tercero, y siguientes).

— El Instituto Nacional de Industria cuenta con la facultad de imponer a las empresas privadas «la obligación de ampliación del capital con la participación mayoritaria del Instituto» (Ley de 25 de septiembre de 1941, artículo 7.º; Reglamento de 22 de enero de 1942, artículo 10).

— Por último, muchos de los casos incluidos en la equívoca figura de las llamadas «servidumbres administrativas» deben considerarse sin duda dentro del género que nos ocupa; así, para citar un ejemplo, el de la llamada «servidumbre forzosa de paso de energía» que regula la Ley de 23 de marzo de 1900 y el Reglamento de 27 de marzo de 1919.

— Etcétera, etc.

Todas estas figuras, de diversa configuración y contenido, quedan ahora englobadas en el concepto legal de expropiación, según

la fórmula del artículo 1.º de la Ley que comentamos. Ante la misma, y dada su amplitud, debemos precisar ineludiblemente dos grandes cuestiones: cuál resulta ser el verdadero *criterium* de la expropiación en el régimen que esta Ley inaugura y determinación del alcance de las formas expropiatorias especiales.

a) *Criterium de la expropiación.*—1) Por de pronto, el tecnicismo legal de «privación» («privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos») nos ofrece un apoyo de primer orden en la búsqueda de un *criterium* unitario de la expropiación, tal como en la nueva Ley está regulada. «Privación» supone un ataque (*Eingriff, emprise*) y una sustracción positiva de una integridad patrimonial, de cuya consideración se parte. La «privación», por eso, adviene *ad extra*, es, en el genuino sentido de la expresión, un *despojo* (término de filiación etimológica común con «expropiación») y se opone así al concepto de «limitación», que es un límite inmanente e intrínseco a la propiedad y a todos los derechos. «La propiedad—dice el artículo 348 del Código civil—es el derecho de gozar y disponer de una cosa, *sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.*» Dijimos más atrás que la expropiación forzosa significaba un límite de la propiedad, y esto debe entenderse globalmente, en cuanto a su simple existencia institucional. En la perspectiva singular de cada propiedad expropiada la expropiación no es un límite, sino una privación pura y simple, un ataque exterior en virtud de fundamentos substantivos, distintos de los que sostienen internamente su propio contenido limitado (46).

Al decir privación *singular*, como hace la Ley (47), se avanza más en la precisión del concepto. La limitación, en cuanto se refiere intrínsecamente al contenido objetivo del derecho, es general, abstracción hecha de las situaciones concretas en que ese derecho pueda encontrarse; es adventicia al derecho y, por tanto, participa de su mismo carácter objetivo. La noción de «privación» que apuntamos en el párrafo anterior se perfila notablemente observando que es un fenómeno «singular» y concreto, en cierta manera accidental respecto al régimen interno del derecho expropiado; si la carga fuese general, acompañaría a todos los derechos y, por ende, se haría consubstancial a los mismos, sería una verdadera

(46) Cfr. ZANOBINI: *Corso di Diritto amministrativo*, IV, 2.ª ed., 1945, pág. 185-86. El intento de parte de nuestra doctrina de construir la expropiación como «limitación» de la facultad de disposición o limitación en orden a la sustitución del contenido económico de la propiedad, etc., si plausible en poner de relieve ciertos aspectos de la institución, no resiste dogmáticamente un análisis atento.

(47) El concepto de «privación singular» es tradicional desde el *ius commune* medieval como base de la indemnización expropiatoria. Así, por ejemplo, CASTALDI decía: «Generaliter factum per viam legis... tunc restauratio non requiritur»; en el mismo sentido BARTOLO, DECTO, JASON DE MAINO, etc. Vid. NICOLINI: *La proprietà*, cit., págs. 265 y ss.

«limitación» en el sentido dicho. El ejemplo de los «arrendamientos forzosos» es claramente expresivo. Es evidente que tras de la voluntaria iniciación, hoy todos los arrendamientos rústicos y urbanos son forzosos (en cuanto a la duración, en cuanto a la renta, etcétera); se trata de limitaciones generales que afectan a tales tipos de propiedad abstractamente. Para poder tipificar un «arrendamiento forzoso» como medida expropiatoria, tal como lo hace la legislación especial que hemos citado (aunque incorrectamente, como veremos), tenemos que contar con una privación nueva sobre ese régimen común, y una privación que afecte sólo a singulares propietarios, específicamente. Sin embargo, como criterio único, el concepto de privación singular no es suficiente. Esta insuficiencia ha sido puesta de relieve en el derecho alemán, que viene trabajando sobre el principio general de la «indemnización de derecho público» análogo en su amplitud al que formula ahora la nueva Ley española. La «Einzelakt Theorie», patrocinada durante largo tiempo por la doctrina y por la jurisprudencia, ha sido abandonada (48), pues ¿dónde acaba lo singular y comienza lo general?, ¿cuántos granos componen un montón?, podría repetirse como en la aporía clásica. Si lo sustancial del criterio no es la extensión del daño (especial, general), sino su calificación (desigual, igual), es preciso acudir directamente a estos criterios materiales no necesariamente identificados con aquella proposición cuantitativa.

Es de notar que, supuesto lo que notaremos más adelante sobre el papel de la ley en el ejercicio de la potestad expropiatoria, la cuestión no puede tampoco venir resuelta por el rango formal o por la apariencia normativa o no del acto que dispone el despojo.

Por otra parte, no sólo la extensión, también el grado y la índole de la privación deben determinar si el ataque merece o no la calificación de expropiatorio.

La Ley permite una indagación posterior. Aunque expresamente parece acoger la tesis de la privación singular, hay en ella datos, sin embargo, que autorizan un intento de ulterior precisión. La tipificación de un beneficiario en toda expropiación, como ya avanzamos más atrás, y según lo establecido en el artículo 2.º, nos aporta un criterio diferencial que debe destacarse. Un beneficiario supone un beneficio. La privación de utilidades positivas que el acto expropiatorio implica para el afectado debe traducirse, pues, paralelamente en un beneficio para alguien, bien mediante la atribución directa e inmediata de aquellas utilidades (enriquecimiento, *lucrum emergens*), supuesto normal, y antaño referido en la condición tónica de la adquisición de la propiedad expropiada, bien mediante la cesación o elucidación de una situación dañosa (*damnum cessans*, enriquecimiento negativo) (49). Este dato es fundamental, hasta el punto que ha podido entenderse que él sólo

(48) FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit., págs. 263-4; STOEDTER: *Oeffentlich-rechtliche Entschädigung*, cit., pág. 190.

(49) NÚÑEZ LAGOS: Op. cit., págs. 17 y ss. y 113 y ss.

determina el régimen de la institución en cuanto se concreta en el surgimiento de un deber de indemnizar (50). Donde no hay enriquecimiento, positivo o negativo, a favor de un beneficiario, o de la suma de beneficiarios que eventualmente la Administración personifica, no hay expropiación, sino actos de policía que no dan lugar a indemnización. La concentración parcelaria, en que la transferencia coactiva se hace en beneficio de los propios afectados, no implica tampoco por este mismo motivo expropiación (51).

Así, todos los casos en que la ejecución forzosa mediante actividad de sustitución a costa y riesgo del obligado implica la ocupación forzosa de inmuebles (por ejemplo, y como contrapartida de algunos de los casos de expropiaciones especiales enumeradas más atrás: ocupación y explotación forzosa de montes privados por la Administración para lograr el reintegro de anticipos, Ley de 24 de junio de 1908, artículo 5.º; Reglamento de 8 de octubre de 1909, artículo 45; ocupación forzosa de montes privados para tratarlos técnicamente contra las plagas del campo por omisión del dueño, Ley de 20 de diciembre de 1952, artículo 6.º, etc.) son supuestos en que indudablemente se produce un despojo o privación singular, pero que, sin embargo, al no dar ocasión a un enriquecimiento para nadie, no permiten ser calificados de expropiaciones, con la consecuencia cardinal de que no hacen surgir un deber de indemnización.

En cualquier caso, si es evidente que este criterio es preciso en el caso del enriquecimiento positivo o *lucrum emergens*, también lo es que el otro supuesto del *damnum cessans* o enriquecimiento indirecto participa de una notable imprecisión en muchas de sus aplicaciones. Por eso, un perfecto complemento de este criterio es el que resulta de la perspectiva inversa, de contemplar en lugar del beneficio final el sacrificio actual para el expropiado. Esta es justamente la tesis que priva en el derecho alemán, que es expresa en el principio ya secular del «sacrificio especial», o, más constructivamente y en fórmula más reciente, del «sacrificio no exigible». La «Aufopferungstheorie», en su versión nueva como «Zu-

(50) La aplicación del principio de enriquecimiento sin causa («no teniendo su causa en una operación jurídica distinta del ejercicio del poder de requisición») para fundamentar el deber de la Administración de indemnizar expropiaciones, requisiciones y, en general, todos los llamados daños legítimos, está ya en HAURIQU: *Précis*, cit., págs. 340 y ss. La teoría romana de la *condictio indebiti* jugó también dentro de la construcción del Fisco para justificar en estas hipótesis el deber de restitución pecuniaria. Vid. nota 52. Cfr. FLEINER: *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. esp., Barcelona, 1933, págs. 236-237; ROSENZWEIG, en «Juristische Blätter», 1950, 3, págs. 49 y ss.

(51) BALLARIN: *Introducción al estudio de la ley de concentración parcelaria*, en «Revista de Estudios Agto-Sociales», 4, 1953, págs. 80 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ: *La concentración parcelaria*, en «Anuario de Derecho civil», VI, 1953, pág. 136; PUGLIATI: *La ricomposizione delle proprietà frammentate secondo le nuove norme sulla bonifica integrale*, recogido en el volumen *La proprietà nel nuovo Diritto*, Milano, 1954, págs. 93 y ss. en que se aplica su concepto de la «transferencia coactiva»; vid. *infra*, nota 56.

nutzbarkeitstheorie» (52) considera que existe expropiación siempre que una persona o un sector de personas individualmente determinado es objeto de una carga que por su gravedad y extensión implican un sacrificio no exigible. La nota de la inexigibilidad se refiere naturalmente al contenido patrimonial y excluye sin más del supuesto los fenómenos tributarios y fiscales, así como los casos de ejecución forzosa a que más atrás nos referíamos. La fórmula remite también inevitablemente a la gravedad y extensión del despojo, supuesta la condición ordinaria de súbditos que afecta a los sujetos expropiados. Finalmente, el principio se reconduce a la idea cardinal de la igualdad ante los beneficios y ante las cargas públicas, tradicionalmente puesto en relación con estas cuestiones, y que al tratar del tema de la responsabilidad hemos de examinar críticamente; la generalización de la carga o sacrificio individual se opera a través de la indemnización cuyos fondos proceden (en el supuesto normal de la Administración-beneficiario) del reparto general tributario que nutre la caja pública.

2) Al decir la Ley que comentamos que la privación de que se trata ha de ser «acordada imperativamente», nos ofrece un nuevo matiz del concepto legal de expropiación.

Ha de tratarse de una privación deliberada y querida, producto, por consiguiente, de un acto administrativo declaratorio, más explícitamente de un negocio jurídico, caracterizable típicamente entre los negocios de gravamen o que tienden a la restricción de la esfera de derechos del destinatario. A extramuros de la expropiación quedan entonces todos los supuestos de daños producidos por hechos jurídicos o aun por actos jurídicos no específicamente expropiatorios, indirectamente, que caen dentro de la teoría de la responsabilidad civil de la Administración.

Se entiende, en segundo lugar, que el acuerdo imperativo determinante del despojo ha de proceder de la Administración, precisión que, por lo que más adelante diremos, se cumple cuando parece contenerse directamente en un acto legislativo formal, pero que excluye del régimen legal las llamadas expropiaciones procesales (53) en cuanto son acordadas por el juez. Igualmente debe entenderse que el «acuerdo imperativo» de la privación ha de proceder de la llamada supremacía general de la Administración, no de cualquiera de sus supremacías especiales o instrumentadas en virtud de títulos jurídicos determinados: situaciones de empleo público, concesiones, contratos, reservas de revocación, etcé-

(52) FORSTHOFF: Op. cit., pág. 204; STOEDTER: *Über der Enteignungsbegriff*, en «Die Oeffentliche Verwaltung», 1953, págs. 97 y ss. y 137 y ss.; VON TUREGG: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 2.^a ed., Berlin, 1954, págs. 166 y ss. Para los orígenes de la teoría del «sacrificio especial» dentro de la concepción tradicional del Fisco; MAYER: *Le Droit administratif allemand*, ed. fr., I, Paris, 1903, pág. 61.

(53) LOIS ESTÉVEZ: *Teoría de la expropiación procesal*, en «Revista de Derecho Privado», 1948, págs. 1098 y ss.

tera (54), pues en estas tales situaciones los sacrificios singulares, al comprenderse desde relaciones jurídicas ya constituidas, siguen un régimen propio y aparejan consecuencias también particulares en función de tales relaciones (55).

3) Así enunciado positivamente el contenido de la expropiación, la Ley excluye a continuación determinados supuestos en que podía ser dudosa la calificación precedente, concretamente las llamadas «ventas forzosas reguladas por la legislación especial sobre abastecimientos, comercio exterior y divisas». La naturaleza de estas ventas forzosas, generalizadas en todos los países en las recientes circunstancias extraordinarias, ha sido un tema cuestionadísimo, en el que la exclusión expresa de la Ley nos releva de entrar (56). Es evidente que por «legislación sobre abastecimientos», en el sentido de la Ley, habrá que entender toda la legislación reguladora del mercado, se refiera o no a los abastos en sentido estricto; precisión necesaria porque si el tecnicismo fuese referido a los alimentos, o a la competencia orgánica de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, quedarían fuera de la exclusión legal todas las ventas forzosas de los productos r.o alimenticios cuya regulación económica está atribuida a organismos distintos de esa Comisaría (productos industriales, minerales, forestales, agrícolas no alimenticios, etc.), lo que ciertamente no está en la intención de la Ley.

Dentro de esos límites positivos y negativos la Ley ha determinado el nuevo contenido de la expropiación: cuantas medidas de cualquier clase contengan los elementos examinados son expropiaciones en sentido legal. Quedan, pues, sin valor ante la nueva Ley las discutidas distinciones entre expropiación y requisa (salvo lo ya indicado sobre prestaciones personales, y lo que más adelante precisaremos), expropiación y ocupación temporal, etc., sobre las cuales, por lo demás, la doctrina no era ni mucho menos unánime (57). Una concepción de tal amplitud la encontramos úni-

(54) Sobre el concepto de «supremacía especial», alumbrado por los juristas germánicos, vid., con amplia bibliografía, la reciente monografía de OFFIDANI: *Studi sul ordinamento giuridico speciale. Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*. Torino, 1953.

(55) En contra, GARRIDO FALLA: *La teoría de la indemnización en Derecho público*, en *Estudios dedicados al Prof. Gascón y Marín*, Madrid, 1952, pág. 430. Más adelante se expone con mayor detención cómo estos llamados «daños legítimos» caen dentro de la teoría de la responsabilidad.

(56) Vid. VILLAR PALASI: *Justo precio y transferencias coactivas*. «Revista de Administración Pública», 18, 1955, págs. 11 y ss.; LÓPEZ RODÓ: *Intervencionismo administrativo en materia de subsistencias*, «Información Jurídica», octubre 1944, págs. 16 y ss. Sobre el tema es clásico el estudio de PUGLIATI: *Teoria dei trasferimenti coattivi*, en «Anali Messina», V, 1931, en el que el concepto de «transferencia coactiva» se formaliza independizándolo del de expropiación forzosa que es sólo una de sus aplicaciones; vid. *supra*, nota 51.

(57) Vid. entre nosotros últimamente, RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., págs. 27 y ss.; MESA-MOLES SEGURA: *De la adquisición por causa de utilidad pública*, en *Estudios dedicados al Prof. Gascón y Marín*, cit., págs. 557 y ss. El tema ha sido especialmente debatido entre la doctrina italiana: CARUGNO: Op. cit.,

caamente en el derecho alemán, donde por necesidades técnicas, derivadas especialmente de las fórmulas constitucionales de Weimar, reiteradas en la actual Ley fundamental de Bonn, se ha concluido jurisprudencialmente, con amplio respaldo doctrinal, por formular un concepto formal de expropiación en análogos términos (58), de tal modo, que ha succionado gran parte del extenso contenido reservado a la clásica institución de la «indemnización de derecho público» (59).

b) *Las formas expropiatorias especiales o no plenas.*—La teoría genérica de la «privación singular», tal como acaba de precisarse, y la expresa mención enunciativa del artículo 1.º de la Ley, integra dentro del régimen legal, como ya se ha observado, no sólo las expropiaciones de enajenación plena, sino también aquellas otras que permiten una continuación de la titularidad dominical en el propietario expropiado, y que consisten en la privación de facultades parciales de goce y disposición. El precepto legal enumera en concreto las siguientes formas de expropiación parcial: permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal y cesación de ejercicio.

1) El sistema a que responde esta enumeración de la Ley parece que habría que explicarlo así: las expropiaciones o son definitivas, y en tal caso implicarían «venta» o «permuta», o no lo son, y entonces serán, o bien ocupaciones definitivas, hipótesis que admitirá una caracterización de «censo», o bien transitorias—«ocupación temporal»—, o bien, por último, «mera cesación de ejercicio»; queda sin lugar dentro de este sistema lo que la Ley llama «arrendamiento forzoso» (60), capaz de entrar dentro de la figura genérica de la «ocupación temporal», y cuya mención responde acaso a la intención de integrar una figura legislativa llamada precisa-

págs. 65 y ss.: ZANOBINI: Op. cit., págs. 235 y ss.; LUCIFREDI: Op. cit., págs. 213 y ss., 340 y ss.; LANDI: *La requisizione civile*, Milano, 1938; GIANNINI: *Ablazioni, requisizioni, occupazioni, d'urgenza*, en «Stato e diritto», IV, 1942, todos con más bibliografía; WILKIN: Op. cit., págs. 16 y ss., etc.

(58) Por todos FORSTHOFF: Op. cit., págs. 257 y ss.; se buscaba concretamente el apoyo constitucional de la garantía de la propiedad; declarando expropiación a toda intervención en el mundo de los bienes que debiese aparejar indemnización se procuró la conexión con la norma constitucional que establecía preceptivamente tal indemnización (pág. 258). Este autor distingue únicamente entre «confiscación», medida dirigida directamente contra la persona, y la «expropiación», que se dirige sobre las cosas sin acepción de personas.

(59) FORSTHOFF: Op. cit., pág. 267; STOEDTER: Op. cit., pág. 237 y ss.; GARRIDO FALLA: *La teoría de la indemnización en Derecho público*, cit., páginas 411 y ss.

(60) Esta expresión es incorrecta, pues, primero, ni en su origen una expropiación puede calificarse como un contrato, ya que es un acto de poder, ni mucho menos podría justificarse aquí esa licencia por referencia al efecto final de la expropiación que no es un efecto arrendaticio, es decir, obligacional, ni regido por las normas de esta institución; toda ocupación definitiva o temporal producto de una expropiación constituye inequívocamente un verdadero derecho real con la generalidad de «consecuencias dimanadas de esta calificación. Cfr. *supra*, nota 58.

mente así, según vimos. Pues bien, debe decirse que este supuesto sistema falla en su probable intento de comprender todos los supuestos de «privaciones singulares». En primer lugar, no es exacto que expropiación plena se equipare a expropiación transmisiva: la expropiación para destruir la cosa, de la que hemos referido algunos ejemplos, no necesita explicarse interponiendo una convencional adquisición previa por el expropiante. En segundo lugar, tampoco es admisible la reducción de toda ocupación definitiva a la figura del censo; ocupación definitiva es o puede serlo una servidumbre, cuya creación por vía expropiatoria es incuestionable (61), y a uno de cuyos ejemplos positivos nos hemos referido ya. En tercer lugar, cabe una expropiación parcial con fines de destrucción que no es posible comprender como «cesación de ejercicio» ni mucho menos como ocupación definitiva o temporal; otras expropiaciones de uso, como la ya referida de maquinaria agrícola y animales de labor, no ligadas necesariamente a la imposición de prestaciones personales, tampoco permiten un encaje en los términos de esa sistemática. Finalmente, y sobre todo, es menester recapitular que no son las cosas los únicos objetos posibles de la expropiación, sino también cualquier género de derechos e intereses patrimoniales legítimos, objetos respecto de los cuales todas las figuras expropiatorias parciales que enumera la Ley carecen de sentido; véase como ejemplo la imposibilidad de catalogar entre ellas la forma expropiatoria sobre empresas de capital privado y a favor del INI, que reseñamos más atrás.

El contraste entre la fórmula general de la Ley, que intenta formalizar el concepto de expropiación asignándole un contenido genérico, en el sentido que hemos ya estudiado, y las posibilidades limitadas y circunscritas de formas expropiatorias que resultan de la enumeración que la propia Ley contiene, debe ser resuelto a favor del primer término, fórmula general, interpretando, pues, esa enumeración particular sin alcance limitativo y exhaustivo, como simples ejemplos posibles. La formas expropiatorias son, por tanto, en nuestro derecho *numerus apertus*.

2) La única referencia que, aparte esa enumeración, contiene la Ley de todas esas formas expropiatorias no plenas o especiales es la de los artículos 83, 108, 118 y 119. Esta referencia es evidentemente incompleta, y vemos en ello quizá la mayor imperfección de la Ley. Únicamente está prevista la regulación de aquellas formas expropiatorias que se traducen en ocupaciones temporales, y aun de ellas (aparte de la tradicional ocupación por obras o proyectos) sólo aquellas contadas cuya causa está en lo que el tecnicismo de la Ley llama «interés social por incumplimiento de la función social de la propiedad» (art. 108); quedan aparte la ocupación para excavaciones arqueológicas (art. 83) y la intervención forzosa de empresas a que se refiere el artículo 119 con refe-

(61) Cfr. CARUGNO: Op. cit., págs. 65 y ss.

rencia implícita a la Ley de 1 de septiembre de 1939, a que ya nos referimos. Puede entenderse que la intención de la Ley ha sido remitir al procedimiento general de expropiación la imposición de todas las cargas expropiatorias especiales distintas de las tres que regula. Pero esto permite deducir fácilmente que la Ley ha fracasado en su intento de ofrecer un cauce y unas garantías generales a toda actividad expropiatoria de cualquier tipo, pues es evidente que la generalidad de las expropiaciones especiales, como resulta de un simple repaso de la lista enunciativa que más atrás hemos ofrecido, no podrán acomodarse al complejo procedimiento general, que es un procedimiento pensado sobre el supuesto tipo de la transmisión plena de cosas inmuebles; con ello quedará toda esta importante actividad expropiatoria al margen de la Ley. Acaso el Reglamento ejecutivo de ésta pueda rellenar de algún modo este gran vacío. Bastaría acaso con que, reconociéndose la autonomía de procedimiento para la imposición de estas cargas expropiatorias según su legislación especial, se habilitase una opción a favor de las partes para acogerse al sistema general de justiprecio definitivo que la Ley señala, así como la aplicación en cualquier caso de las garantías jurisdiccionales que establece su título V.

Por lo demás, la regulación de estas formas expropiatorias especiales en el caso del «incumplimiento de la función social de la propiedad», a que la Ley se contrae, no está hecha acaso con la debida claridad. El artículo 118 afirma que «si la ocupación... implicase para el propietario la pérdida temporal de los beneficios que la propiedad ocupada sea susceptible de producir la Administración deberá abonarle una renta». Es claro que no quedan deslindados con precisión los supuestos de la expropiación forzosa y de la ejecución forzosa. La ejecución forzosa puede implicar una pérdida de disfrute efectiva, según dijimos, y esto no obstante, no sólo la Administración no debe indemnización, sino que el propio ejecutado debe abonar las costas de la ejecución («a costa y riesgo») (62), porque no se trata de un verdadero «sacrificio», sino de imponer la eficacia de una obligación preexistente. La confusión está en la Ley latente, si se recuerda que el artículo 108 se refiere el supuesto justamente al caso de incumplimiento de obligaciones legales según el artículo 72, con lo que la casi generalidad de casos previsibles caerán del lado de la ejecución y no del de la expropiación. Sólo la aplicación del *criterium* general de la Ley, saltando sobre el del artículo 118, puede salvar este escollo. La piedra de toque ha de ser aquí, según se dijo más atrás, la existencia o no de un efectivo «sacrificio» o, en la inversa perspectiva, de un plus de beneficio positivo y concreto en favor de persona distinta del expropiado (63).

(62) MAYER: Op. cit., II, págs. 122 y ss.

(63) En el caso de los llamados «consorcios obligatorios» forestales que gravan al propietario de un monte que desatiende la obligación específica de repoblación, según la legislación que se ha citado más atrás en el texto, se trata

3) La alusión a la permuta como expropiación especial en la enumeración del artículo 1.º no está luego desarrollada en la Ley. Por el contrario, el artículo 48, 2, formula un principio general contradictorio de la admisión de la permuta al establecer que «el pago se verificará precisamente en dinero». Ni siquiera esta regla quiebra en el caso de «la expropiación que dé lugar a traslado de poblaciones», ya que *in concreto* este traslado es voluntario (artículo 54), y no se prevé tampoco para los que pidan trasladarse una afección forzosa del precio expropiatorio para la adquisición de propiedades en el nuevo poblado (art. 96).

La permuta es propiamente una forma de pago. En este sentido la permuta no suele imponerse sino reservarse como una opción del expropiado. Así el mismo artículo 48 citado acepta que las partes de la expropiación puedan convenir otra forma de pago distinta de la dineraria. En legislación especial suele encontrarse la figura de la permuta en análogo sentido: por ejemplo, permuta de acciones por obligaciones en las expropiaciones de empresas previstas por la Ley y el Reglamento del INI, ya citados, que queda condicionada expresamente a la aceptación de los expropiados.

Sin embargo, la permuta forzosa, y no facultativa, ha sido también regulada en nuestro derecho y es aún derecho aplicable: el Decreto de 23 de septiembre de 1939, sobre adopción por el Jefe del Estado de localidades destruidas por la guerra (posteriormente se ha aplicado fuera de este supuesto: catástrofes de Santander y Cádiz, zona de las Urdes) autoriza al Estado para imponer en las expropiaciones «la obligación de aceptar como compensación de los antiguos solares otros de valor equivalente situados en la nueva parcelación», así como la afección de la expropiación en dinero a la reconstrucción inmediata (art. 6.º). En estos casos extraordinarios de permuta forzosa puede decirse que la operación expropiatoria extiende su radio, y desde la privación del expropiado en función del posterior destino del objeto de la expropiación, como hemos establecido, alcanza a determinar la suerte posterior de la indemnización expropiatoria, a la que por ende se somete también, y no sólo a la cosa expropiada, a las exigencias de una función social determinada. Es este criterio, y no el de las facilidades de pago para la Administración, el único que puede justificar esta institución de la permuta forzosa o de la afección de la indemnización expropiatoria a una cierta inversión o actividad (64).

de efectivas expropiaciones porque la Administración no se limita a ejecutar a costa del propietario la obligación de repoblación desatendida, sino que le priva de la propiedad de «vuelo» del monte futuro, que es atribuida ordinariamente al Patrimonio Forestal del Estado. Hay, pues, un plus sobre la obligación anterior, plus que es lo que constituye justamente el hecho expropiatorio. El mero cumplimiento de las obligaciones, aun por el sistema de ejecución forzosa, que evidentemente producirá ordinariamente pérdidas al ejecutado, no es nunca una privación, ni, por ende, tampoco, contra el criterio que enuncia el artículo 118, una expropiación.

(64) FORSTHOFF: Op. cit., pág. 267, justifica la indemnización en especie

6. Ejercicio de la potestad expropiatoria.

Hemos estudiado hasta ahora la naturaleza, los sujetos, el objeto, la causa y el contenido de la potestad expropiatoria. Todos los elementos inmanentes de esta potestad quedan analizados y el resultado global arroja la constitución de un poder verdaderamente extenso. La Ley de 16 de diciembre de 1954 ha construido, en efecto, una potestad expropiatoria de una amplitud y de un vigor notables, tanto que no ha de ser extraño que suscite una cierta inquietud, y hasta acaso un posible temor. Para atajar esta impresión peyorativa urge notar que la potestad expropiatoria tan ampliamente concebida en la Ley está luego rigurosamente condicionada en su ejercicio de la forma más eficaz y más solemne.

a) *La interposición de ley formal y su carácter.* — 1) Con acierto la nueva Ley ha desglosado del procedimiento expropiatorio, donde la Ley de 1879 la incluía como una fase más, la declaración de utilidad pública o interés social para elevarla a verdadero presupuesto de la expropiación (cap. I del título II) (65). Lo fundamental de este presupuesto y toda su significación reside en la circunstancia de que su producción se concibe como materia reservada a una ley formal, es decir, como una competencia legislativa y no administrativa. El ejercicio de la potestad expropiatoria queda así condicionada a esa previa *auctoritatis interpositio* de la ley, que abre el campo concreto donde la expropiación puede ser ejercitada.

Es conocida la significación que en el Derecho Constitucional liberal tenía el concepto de «materia reservada a la ley», y en especial dentro de esta reserva los dos grandes contenidos de la libertad y la propiedad (66). Es en virtud de esta concepción como la expropiación, en cuanto ataque frontal a la propiedad, es catalogada entre las materias reservadas, incluso como la cifra de las mismas (67).

En nuestro derecho este principio no ha tenido nunca una aplicación plena. La Ley de 1836 exigía que la declaración de utilidad pública se hiciese por ley sólo cuando la obra de que se tratase fuese a financiarse mediante una contribución específica, remitiéndose en otro caso tal competencia a una simple Real Orden (art. 3.º). Hay que tener en cuenta para juzgar sistema tan abierto que esta Ley parte del esquema político del Estatuto Real, eminentemente realista, y que por ende no se avenía fácilmente a aceptar un con-

en razones de política económica, por ejemplo, el mantenimiento de industrias agrícolas.

(65) Se hubiera resaltado más esta intención si este capítulo se hubiese situado fuera del Título II de la Ley, cuyo epígrafe alude ya al procedimiento.

(66) CARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Madrid, s. d., págs. 170 y ss.

(67) *Ibidem*, págs. 176 y ss. También del mismo autor: *Unabhängigkeit der Richter, Gewährleistung des Privateigentums, Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlin, 1926.

dicionamiento del ejecutivo por las Cámaras; por otra parte, la financiación de obras públicas mediante contribuciones específicas para cada obra era a la sazón un medio normal, que perdura hasta que la reforma fiscal de MON en 1845 acertó a establecer el sistema financiero de unidad de la Hacienda e impuestos generales. En todo caso esta facilidad para declarar la utilidad pública legitimadora de la expropiación perdura tras la superación de esas dos circunstancias, hasta la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877. Es esta Ley la que, dentro de la depuración del sistema administrativo que lleva a cabo la Restauración, establece por vez primera en nuestro Derecho un sistema más restrictivo y más organizado que apunta en definitiva al criterio formal de las «materias reservadas».

El sistema pasa íntegro a la Ley de Expropiación forzosa de 1879. Se entiende que la declaración de utilidad pública es competencia ordinaria de una ley formal, pero se establecen excepciones que en definitiva quiebran el principio en su aplicación práctica: pues es «el juicio del Gobierno» (art. 116 de la Ley de Obras Públicas, art. 10 de la de Expropiación) el que decide si por la falta de importancia de las obras es suficiente que esa declaración sea formulada reglamentariamente; la segunda excepción se refiere a obras no costeadas o auxiliadas con fondos generales, precisión que remite a aquéllas a cargo de las Administraciones locales o de concesionarios, y en las cuales la competencia para declarar utilidad pública se atribuye al Gobernador civil. Pero es el criterio de eximir en ciertos casos del requisito de declaración de la utilidad pública lo que tiene una significación más destacada; se prevé esta exención para aquellas obras aprobadas por Ley; bien a través de planes generales, bien específicamente (art. 114 de la Ley de Obras Públicas y art. 11 de la de Expropiación forzosa), extendiéndose finalmente esta exención a todas las expropiaciones previstas en leyes generales sobre la materia a que hagan referencia (art. 11 de la Ley de Expropiación: «se exceptúan de la formalidad de la declaración de utilidad pública... toda obra, cualquiera que sea su clase, cuya ejecución... estuviere designada en las leyes especiales de ferrocarriles, carreteras, aguas y puertos dictadas o que se dicten en lo sucesivo»). Esta última aplicación, aun concibiéndose como una excepción singular, ha transmutado en rigor todo el sistema a que respondía el principio de las «materias reservadas»; de la expropiación «en virtud de una ley» se ha pasado a aceptarla «en aplicación de una ley», «en base de una ley» (68).

La nueva Ley de Expropiación de 16 de diciembre de 1954 ha aceptado el sistema a que apuntan estos precedentes, recogiénolo más explícitamente, a la vez que extremando las consecuencias de rigor y de orden derivadas del mismo. Puede parecer sorprendente

(68) SCHMITT: *Teoría*, cit., pág. 177.

que una Ley advenida bajo el signo de una generalización de la institución expropiatoria haya extremado las garantías de su ejercicio, constituyendo en esta dirección la Ley más rigurosa y restrictiva entre todas las que han existido en nuestro derecho, pero esto es un hecho que admite fácil comprobación. Parece evidente que ello no puede ser debido a una restauración de las ideas latentes bajo el principio de las «materias reservadas», dado además que en nuestro ordenamiento la libertad y la propiedad, como en la formulación liberal, no constituyen «materias reservadas» a la ley (69).

El sistema adoptado por la Ley que comentamos es simple de exponer. El principio general lo establece el artículo 9.º afirmando que «para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado». Esta declaración compete de modo ordinario a una ley formal, pero es ahora cuando cobra todo su sentido la distinción «en base a una ley», pues es, como dice exactamente el artículo 9.º, el fin a que se afecte el bien expropiado y no la expropiación en concreto lo que debe ser objeto de la calificación. La ley puede declarar específicamente tal calificación (arts. 11, 12 y 13), pero basta con que lo haga de modo genérico, o por categorías de obras, servicios o fines. En este último caso, que ha de ser el normal, se exige como principio un acto de reconocimiento expreso de que la hipótesis particular de que se trata está comprendida en la declaración genérica de la Ley, y la competencia para acordar este acto se atribuye como regla al Consejo de Ministros (arts. 10, 12 y 13). Únicamente cuando se trate de expropiar bienes inmuebles y la causa sea concretamente la de utilidad pública (no, pues, la de «interés social», art. 13) se acepta una excepción de ese sistema general admitiéndose, o bien que la competencia para dictar el acto singular de reconocimiento pertenezca a autoridad inferior al Consejo de Ministros, o bien, incluso, que pueda prescindirse de tal acto singular por entenderse implícita la concurrencia del presupuesto de utilidad pública, precisiones las dos que por su excepcionalidad deberán constar en las leyes (formales) que regulen tales supuestos específicos; por de pronto se prejuzga ya, recogiendo el precedente exacto, que esta

(69) Las únicas «materias reservadas» a la ley formal en nuestro ordenamiento constitucional son las tributarias conforme al artículo 9 del Fuero de los Españoles y las que como competencia del Pleno de las Cortes enumera el artículo 10 de la Ley de 17 de julio de 1942, la mayoría de ellas no fácilmente formalizables. El artículo 12, al definir la competencia de las Comisiones de las Cortes, omite el principio esencial que de hecho nace la exigencia de leyes formales: la congelación del rango, tal como resulta del derecho positivo de cada momento, dada la imposibilidad de derogar o alterar una ley existente con normas reglamentarias; la frecuencia del fenómeno de normas de «degradación», («deslegalización») o de «elevación del rango» formal en la regulación de una materia atestigua concluyentemente ese principio. La Comisión especial prevista en ese mismo artículo 12 no parece que haya funcionado de hecho.

exención alcanza a las obras comprendidas en los Planes Generales del Estado, Provincia y Municipio (art. 10).

El sistema de la Ley es plausible. La reserva de la calificación de la utilidad pública o interés social a una ley formal está justificada. No se trata ya de rendir un tributo extemporáneo al criterio histórico que alumbró esta exigencia. Obsérvese que no es que atribuya a una ley la efectividad de la expropiación, sino, como ya hemos resaltado y con todo rigor afirma el artículo 9.º, la calificación como prevalente *del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado*. El modo normal de tal calificación ha de ser genérico, por categorías de obras, servicios, utilizaciones, como ya hemos visto. La calificación de aquellos fines prevalentes sobre la propiedad privada o derechos patrimoniales que imponen su claudicación como derechos, o, lo que es lo mismo, la posibilidad de su expropiación, equivale a una jerarquización constitutiva del orden social, a una configuración radical de su funcionalismo, que, en primer lugar, exige ser definida y estable, y, luego, por su decisiva transcendencia, debe indudablemente integrarse entre la competencia reservada a los pronunciamientos estatales más solemnes. Esto adquiere extraordinariamente más relieve desde el momento en que la expropiación transforma su sentido desde ser el medio de solventar el conflicto entre la propiedad privada y la exigencia concreta de una empresa administrativa, a ser, como la nueva Ley entiende, un instrumento generalizado de conformación del mundo social de los bienes. He aquí las razones que justifican plenamente la definición de esta materia como competencia de la ley, y que correlativamente la apartan de la posibilidad de someterla al simple oportunismo. Es ésta también la justificación de que en ausencia de aquellas calificaciones genéricas se imponga la necesidad de una ley específica para cada caso, pues lo que quiere subrayarse es que el evento de sufrir una expropiación sobre los propios bienes no pueda quedar al arbitrio discrecional de los órganos administrativos.

Es evidente, según la caracterización que acaba de hacerse, que la *auctoritatis interpositio* de la ley juega un papel de simple presupuesto para el ejercicio de la potestad expropiatoria. La Ley define, ordinariamente de un modo genérico, el campo reservado a la expropiación, marca las grandes líneas jerarquizadoras del orden social de los bienes, para cuya aplicación y ejecución concretas se moviliza el instituto expropiatorio. Por esta razón la ley no constituye una fase del procedimiento de expropiación, ni la necesidad formal de su precedencia, aunque específica, significa que la potestad expropiatoria deje de estar atribuida a la Administración en cuanto tal. Esto se manifiesta con vigor observando que la circunstancia de que haya sido formulada una declaración legal de utilidad pública o interés social no obliga en modo alguno a la Administración a proceder *in concreto* a las expropiaciones correspondientes. Dentro del marco genérico que la ley delimita, y sólo la

ley, como propio de la institución, la Administración ejercita discrecionalmente su potestad expropiatoria (70).

2) Cobra entonces relieve una observación que caracteriza globalmente todo el sistema montado por la Ley que se comenta: este sistema viene a ser en rigor un vasto intento de ofrecer un cauce unitario y formal a toda la actividad expropiatoria presente y futura. La generosa amplitud con que la Ley ha definido todos los elementos integradores de la amplia potestad expropiatoria que construye no tiene otro significado inmediato que intentar comprender cuantas formas expropiatorias puedan ser concebidas por el legislador a fin de que todas ellas se sometan a un sistema común de procedimiento y garantías, que es el que la propia Ley ofrece. Quiere decirse que la Ley no prejuzga aplicaciones específicas de la expropiación, salvo alguna alusión a supuestos concretos. Han de ser leyes particulares las que llenen de contenido este amplio sistema formal. Contra lo que una observación superficial podría dejar suponer, la Ley de 16 de diciembre de 1954 no ha ampliado un ápice las posibilidades particulares de expropiación que se ofrecían ya en nuestro derecho.

El campo reservado a esas leyes particulares es precisamente el de calificar la existencia de causas operantes de la expropiación, es decir, la declaración genérica o específica de utilidad pública o interés social, y eventualmente el de las formas expropiatorias (totales, parciales) procedentes tal como ha quedado expuesto más atrás. Para poner un ejemplo: no conocemos ninguna aplicación en nuestro derecho del censo forzoso como medida expropiatoria, y esto no obstante el artículo 1.º de la nueva Ley lo aúde explícitamente; tal alusión no presenta otra significación inmediata que la de una previsión de una futura ley que justamente pueda determinar una aplicación específica del censo como medida expropiatoria (71). En el caso de la llamada en la Ley «expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad» es aún más claro que la determinación del campo concreto a que la expropiación pueda afectar queda reservada a leyes de calificación material (arts. 71 y 72) (72); y que se trata simplemente, aparte de en-

(70) Sentencias de 21 de abril de 1890, 20 de marzo de 1895, 31 de diciembre de 1949, referidas a la declaración administrativa de utilidad pública de un proyecto concreto. BAUDRY: Op. cit., pág. 24.

(71) Así, por ejemplo, como *superficie forzosa* dentro de la política urbanística. Cfr. JERÓNIMO GONZÁLEZ: *El derecho real de superficie*, en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, II, Madrid, 1948, págs. 264 y ss. La utilización del censo reservativo como instrumento de reforma agraria es también conocida; aunque no con carácter expropiatorio, está prevista por nuestra Ley de Colonización y Repoblación interior de 30 de agosto de 1907.

(72) La mención que el artículo 72 hace de que la declaración «de que un determinado bien o categoría de bienes deben sufrir determinadas transformaciones o ser utilizados de manera específica» puede ser realizada «por Ley o por Decreto acordado en Consejo de Ministros», no debe inducir a la conclusión de que en este supuesto expropiatorio quiebra el principio de interposición de ley formal al permitirse alternativamente que el papel de ésta sea cumplido por un

global supuestos ya existentes, de ofrecer un procedimiento al legislador que arriesgue aquellas calificaciones.

La nueva Ley ofrece al legislador, por consiguiente, un auxilio precioso. Es de esperar que lo utilice en efecto en el sentido que la Ley pretende, evitándose que toda nueva ley de extensión de la potestad expropiatoria, como ha venido ocurriendo hasta la fecha, deba montar por sí misma todo un procedimiento particular de expropiación y un sistema de garantías—o de ausencia de las mismas—también propio. Aparte de esta función instrumental la nueva Ley condicionará también de un modo eficiente—y aquí cabe ya ser más optimista—toda la legislación particular que pretenda establecer medidas expropiatorias sin arrostrar claramente este concepto y sus consecuencias esenciales; la fórmula general del artículo 1.º de la Ley calificará todos los supuestos futuros y les impondrá por de pronto un rango formal en cuanto a su procedencia, según lo que acabamos de exponer, y la consecuencia de la indemnización de que esa fórmula general se beneficia por la referencia que contiene al artículo 32 del Fuero de los Españoles, del que se declara explicitación y desarrollo.

He aquí, y contra todas las apariencias, que la amplitud de la cláusula general de la Ley en cuanto define la expropiación y su extensión ha de revertir en servicio inmediato de la garantía de los administrados.

b) *El procedimiento expropiatorio*.—El ejercicio de la potestad de expropiar, una vez que la Ley ha abierto su campo específico de actuación, está luego sometido a un procedimiento riguroso y estricto que condiciona su legitimidad: la expropiación es un negocio formal. El procedimiento expropiatorio está todo él concebido en función de la garantía del sujeto expropiado (73), y esto justifica que se consagre formalmente como un derecho de este sujeto, según estudiaremos más adelante.

La Ley distingue un procedimiento general (Título II) y procedimientos especiales (Título III). El procedimiento general se desarrolla a través de tres fases sucesivas: declaración de la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de derechos, determinación del justo precio y pago. Al fin de este procedimiento y cumplida su última fase, el efecto expropiatorio se produce, y no hasta entonces, habilitándose la toma de posesión final.

simple Decreto. Se trata de una redacción equivocada que debe interpretarse conforme al principio general del artículo 13 sobre declaración del interés social como causa expropiatoria: «Mediante ley en cada caso, a no ser que ésta u otra Ley hayan autorizado la expropiación para una categoría especial de bienes, en cuyo supuesto bastará el acuerdo del Consejo de Ministros.» El Decreto, pues, no sustituye, sino que justamente aplica en particular la Ley general preexistente.

(73) Cfr. S. ROYO VILLANOVA: *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, en «Revista de Estudios Políticos», 48, 1949, págs. 55 y ss.

Sobre este tema trataremos más adelante, al considerar la naturaleza de la indemnización expropiatoria.

Los procedimientos especiales se tipifican en la Ley según distintos criterios: por la extensión del objeto expropiado («expropiación por zonas o grupos de bienes»), por razón del sujeto («por entidades locales»), por los efectos colectivos que se deriven («expropiación que dé lugar a traslado de poblaciones»), y más frecuentemente por motivo de la causa especial determinante («por incumplimiento de la función social de la propiedad», «de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico», «por razón de urbanismo», «por causa de obras públicas», «por razones de defensa nacional y seguridad del Estado»). Fuera del Título que comprende los procedimientos especiales se regula la «ocupación temporal» (Título IV, capítulo I), que no es más que una forma expropiatoria especial por razón de su contenido, como ya sabemos. Estos procedimientos especiales no son nunca completos, sino de ordinario simples particularidades sobre el procedimiento general, al que por ende suponen como directamente aplicable en cuanto no esté exceptuado por ellos.

c) *Ejercicio en estado de necesidad*.—La presencia de un estado de necesidad inmediato exime al ejercicio de la potestad expropiatoria de los requisitos y procedimiento que de ordinario le afectan. En tal situación, y por las razones propias de la misma (*necessitas suprema lex esto*) (74), la potestad expropiatoria es actuada por la Administración en régimen de discrecionalidad casi absoluta. Es a tal hipótesis de expropiación sin procedimiento formal a la que corresponde propiamente el concepto de requisita (que es el que la Ley utiliza expresamente en los dos casos comprendidos en ella) (75), aunque, como hemos notado más atrás, este concepto carece en el nuevo régimen legal de la significación con que teóricamente suele presentarse, como concepto distinto y aun contradictorio con el de expropiación, dado que el concepto de expropiación es genérico en el nuevo sistema y comprende toda especificación posible por el objeto, por la causa, por el contenido o por el procedimiento.

La Ley regula concretamente dos supuestos típicos de ejercicio de la potestad de expropiar en estado de necesidad: requisas

(74) MAYER: Op. cit., II, págs. 146 y 68; S. ROMANO: *Sui decreti-legge e lo stato di assedio*, etc., recogido en *Scritti minori*, I, Milano, 1950, págs. 287 y 88.; PERASI: *Necessità e stato di necessità nella storia dogmatica della produzione giuridica*, en «Rivista di Diritto pubblico», 1917, I, págs. 269 y 68.; TRAVERSA: *Lo stato di necessità nel diritto pubblico moderno*, Napoli, 1916; BIELSA: *El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y al Derecho administrativo*, Rosario, 1940.

(75) LANDI: *La requisizione civile*, cit., págs. 12-14; LUCIFREDI: Op. cit., págs. 152 y 213; PUGLIATI: *Transferimenti*, cit., pág. 89; ROMANO: *Principi di diritto amministrativo*, 3.^a ed., Milano, 1912, pág. 573. Específicamente en el estado de necesidad, SABATINI-BIAMONTI: *Commento alle leggi sulla espropriazione per pubblica utilità*, II, 3.^a ed., Torino, 1917, pág. 481.

militares y requisas civiles. La requisita militar está regulada, conforme a su tradición propia, por la Sección 2.ª del Capítulo VIII del Título III. La requisita civil, que se refiere a los supuestos de orden público y grandes calamidades (epidemias, inundaciones («u otras calamidades»)), en el artículo 120. Lo peculiar de la institución conforme a los principios indicados, es que la expropiación:

1.º Puede extenderse a cuantos bienes y derechos se juzguen en el acto precisos para atender la situación de emergencia («todo cuanto sirva directa o indirectamente a los fines militares», dice el artículo 101; «hubieren de adoptarse por las autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos particulares», el artículo 120), sin precisión, por consiguiente, de que una ley previa lo autorice específicamente.

2.º Se actualiza sin guardar procedimiento formal alguno, mediante intimaciones inmediatas y aun sin ellas, concretándose en despojos instantáneos o no precedidos de formas rituales, que realizan ordinariamente agentes ejecutivos y no autoridades («sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley», dice el artículo 120, y está implícito en toda la regulación de las requisas militares).

3.º La expropiación no es precedida, por consiguiente, conforme a la regla general, por la evaluación y pago de la indemnización; y

4.º Por lo mismo la requisita, una vez producida, viene a confundirse en sus efectos con la institución de la responsabilidad civil, pues la indemnización se tasa y paga posteriormente a la producción del acto expropiatorio y se concreta en una indemnización por daños ocasionados («toda prestación de requisita da derecho a una indemnización por el importe del servicio prestado, del valor objetivo de lo requisado o de los daños y desperfectos que por su causa se produzcan», dice el artículo 105 sobre requisas militares; «el particular *dañado* tendrá derecho a indemnización... debiendo iniciarse el expediente a instancia del *perjudicado*» el artículo 120).

Fuera de estos casos extremos la Ley regula un procedimiento de urgencia en el artículo 52, que se concreta únicamente en la excepción del principio del carácter previo del pago de la indemnización expropiatoria y que consideraremos al tratar de la naturaleza de este principio más adelante. ¿Es ésta una requisita propiamente tal? No lo es en el sentido extremo que hemos establecido; en primer lugar, porque la urgencia no es por sí misma constitutiva de un estado de necesidad propiamente tal (76), lo que se manifiesta—y es ya la razón decisiva—en que no habilita la extensa discrecionalidad que hemos visto ser característica de este supuesto. Sin embargo, por las razones que veremos cabe considerar que

(76) Cfr. CLAVERO ARÉVALO: *Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo*, en «Revista de Administración Pública», 10, 1953, págs. 50 y siguientes.

en la expropiación urgente se produce una verdadera requisa de uso, pero no sustancial.

¿A quién corresponde la facultad de requisa? En cuanto a las requisas militares, la Ley remite a precisiones reglamentarias (artículo 104), aunque previendo ya la delegación, que ha de ser normal y que puede alcanzar hasta los jefes de unidades mínimas. La autoridad competente para acordar requisas civiles no se determina tampoco en la Ley de Expropiación. Es una facultad que se integra típicamente entre las facultades de la policía general (77) y que en tal sentido corresponde a las autoridades de este carácter, concretamente en nuestro Derecho al Gobernador civil y al Alcalde, según previsión expresa de las leyes de Régimen Local (Ley de 24 de junio de 1955, arts. 264 y 117, *d*) y de Orden Público (Ley de 29 de julio de 1933—adaptada al Fuero de los Españoles por el Decreto de 18 de octubre de 1945—arts. 6, 15, 18, 37), salvo en la hipótesis de estado de guerra, en que estos poderes pasan a la autoridad militar (Ley de Orden Público, art. 58), momento en el cual la requisa civil se confunde con la militar (art. 101 de la Ley de Expropiación).

Un problema específico de las requisas civiles que, aunque no aludido no está tampoco excluido por la Ley, es la posibilidad de atribuir el carácter de beneficiario a personas o entidades particulares que no lo habían solicitado previamente (comp. art. 17), con la consecuencia de una atribución forzosa del deber de indemnización, en una u otra cuantía. Este principio está ya formulado en cuanto a las situaciones comunes de estado de necesidad por el Código penal, artículo 20, regla segunda, y aun en el caso más benigno de la simple gestión oficiosa civil, por el artículo 1.893 del Código civil. Con más consecuencia procede en estas situaciones administrativas, dado que la Administración es gestor exclusivo, y no facultativo como en esas hipótesis, de la seguridad y del orden públicos en función de las cuales actúa la requisa civil. Esta causa de la intervención debe matizar la posibilidad de determinar beneficiarios singulares a efectos de la indemnización; no lo son todos aquellos que se benefician personalmente de las disposiciones policiales de seguridad, sean cuales sean, sino sólo los que se benefician patrimonialmente y de un modo concreto e inmediato, de las requisas efectuadas sobre otros bienes o derechos, precisamente; pues la seguridad personal es un servicio general a que todo ciudadano tiene derecho, en tanto que el sacrificio de una propiedad particular en beneficio de otra propiedad excede ya del contenido de ese derecho a la seguridad.

Encontramos una aplicación de este criterio en el artículo 56 de la Ley de Aguas, para el caso de inundaciones en el que se establece que la indemnización por los daños de requisa civil «correrá, res-

(77) MAYER: *Loc. últ. cit.*; HAURIOU: *Op. cit.*, págs. 593 y ss.; PETERS: *Lehrbuch der Verwaltungsg.*, Berlín, 1949, págs. 382-3; VIRGA: *La potestà di polizia*, Milano, 1954, págs. 156 y ss.

pectivamente, a cargo del Estado, de los Ayuntamientos o de los particulares, según a quien pertenezcan los objetos amenazados por la inundación y cuya defensa haya ocasionado los daños indemnizables» (78). Es quizá deseable que el futuro Reglamento de la Ley de Expropiación precise este régimen excepcional matizando todos sus aspectos y aceptando un reparto de la carga indemnizatoria que pondere cuidadosamente los distintos intereses en juego, pues a través de la somera exposición precedente se deduce que tampoco cabe como regla, según hace la Ley de Aguas, atribuir la totalidad del beneficio de las medidas de requisa a las propiedades defendidas, dado que normalmente en una u otra cuantía hay también un inmediato beneficio común, visible elementalmente en el beneficio de la seguridad de las personas, y aún más generalmente del orden público, entendido en su acepción clásica del «buen estado de las cosas que a todos interesan» (*guter Stand des Gemeinwesens*) (79), y que es justamente la causa operante de la intervención como genuina intervención pública o administrativa.

III

LA GARANTÍA PATRIMONIAL DE LOS ADMINISTRADOS

A) LA GARANTÍA EN LA EXPROPIACIÓN PROPIAMENTE TAL

1. *Carácter esencial de esta garantía y sus aspectos.*

Como ya hemos tenido ocasión de indicar, toda regulación de la expropiación forzosa es una regulación que apareja consecuencias sustanciales en el orden de la garantía de los particulares. Es justamente este carácter el que configura la institución en sus orígenes, según observamos. Aunque la evolución posterior haya acentuado el aspecto de habilitación o investidura positiva de la potestad de expropiar, instrumentando la institución como un medio de acción ordinaria y generalizada, es evidente que aquel carácter continúa hasta el punto de constituir un rasgo esencial y permanente de la

(78) En la esfera local puede valer como principio general que imponga esta solución en todas las demás hipótesis de calamidades públicas, el artículo 451 de la Ley de Régimen Local, que hace forzosa la exacción de una contribución especial «cuando las obras, instalaciones o servicios ejecutados por el Ayuntamiento beneficiasen especialmente a personas o clases determinadas o se provocaran de un modo especial por las mismas, aunque no existieran aumentos determinados del valor»; formulación plenamente aplicable a la requisa civil, fundada en el orden público, cuyo carácter de servicio municipal a estos efectos acepta el artículo 452; normas de evaluación de beneficio más matizadas que la elemental de la Ley de Aguas que citamos en el texto, en los artículos 454, 455 y 467 de la misma Ley de Régimen Local. Al tratar del tema de la responsabilidad civil expondremos esta doctrina del beneficio o enriquecimiento como causa normal de imputación de responsabilidad.

(79) MAYER: *Op. cit.*, págs. 1-2. La fórmula procede de los antiguos cameralistas y, concretamente, de SECKENDORFF.

figura de la expropiación forzosa, sin el cual estaríamos en presencia de una institución distinta. Esta garantía ínsita en la sustancia misma de la expropiación se extiende en un sentido general, asegurando, con unos u otros contenidos, la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción directa del Estado. En concreto, tal garantía resulta:

1.º Del hecho de que la potestad de expropiar es construída legalmente como un poder circunscrito a límites concretos, aunque más o menos extensos, que se funcionalizan específicamente como presupuestos de validez de tal potestad, de modo que sólo dentro de los mismos el ataque al patrimonio privado puede calificarse de poder jurídico; todo el contorno negativo definido por tales límites integra automáticamente una zona protegida, pues al margen de esos límites no existe expropiación, sino «vía de hecho», no un poder jurídico, sino un despojo ilegal contra el cual el ordenamiento reacciona por su propia virtud y eficacia.

2.º Dentro del campo interno que determinan esos límites de la potestad expropiatoria, en el seno del cual la propiedad y los derechos patrimoniales claudican efectivamente, se instrumenta también una importante garantía al marcarse estrictamente un procedimiento de manifestación de aquella potestad, procedimiento que en las grandes líneas de su desarrollo y en cada una de sus fases particulares es elevado a presupuesto de ejercicio de la expropiación, marcándose así de igual modo una zona legítima y otra ilegítima de tal ejercicio, que se refleja también en acciones materiales de garantía.

3.º En la última hipótesis posible de estar dentro de los límites de la potestad expropiatoria y afectado por ella en formas legítimas de ejercicio, la garantía patrimonial se presenta todavía en el efecto jurídico sustancial derivado de aquel ejercicio, que es la indemnización del expropiado; los derechos privados claudican ante la potestad expropiatoria, pero en el lugar de los mismos el titular ve nacer un derecho a la indemnización correspondiente; aun sometido, pues, a la plenitud del efecto expropiatorio, la garantía patrimonial se presenta todavía, pero no ya bajo forma de restitución, sino bajo forma de crédito pecuniario; su objeto se ha convertido jurídicamente desde la integridad *in natura* y específica a la abstracta integridad de contenido económico; en este sentido se viene hablando tradicionalmente de la expropiación como modo de conversión de los derechos.

4.º Por último, consumada la expropiación y guardados en ella esos tres órdenes sucesivos de garantía, aún se tipifica una garantía última reconociendo al expropiado el derecho a recobrar el bien objeto de la expropiación una vez que se ha comprobado que éste no ha sido efectivamente afectado por el beneficiario al fin impuesto por la *causa expropriandi*; aun tratándose ordinariamente de un acto de tracto instantáneo o no sucesivo la expropiación prolonga sus efectos de garantía hasta esa fecha posterior para sancio-

nar definitivamente a través del enérgico efecto de la retrocesión, reempción o reversión, que el bien expropiado cumpla, en efecto, el destino calificado con que la causa de expropiación había justificado ésta.

Estos cuatro círculos sucesivos de garantía patrimonial, y especialmente los tres primeros, son en mayor o menor extensión, como ya se ha dicho, consustanciales con el instituto de la expropiación forzosa. Caben modulaciones de esas garantías e incluso su reducción; hasta es concebible la excepción total de la tercera de ellas en casos aislados como resultado de valoraciones también específicas (privilegio en estricto sentido, aunque odioso, *relaxatio* de la norma común) (80). Sin embargo, si como principio no se producen esos órdenes de garantías, no cabría hablar de expropiación propiamente tal, sino de una institución distinta en esencia. Es el caso histórico del ejercicio incondicionado y absolutista del *ius eminentis*, o la hipótesis de la confiscación o de la socialización generalizada en el proceso de instauración de regímenes comunistas, etcétera.

La Ley que comentamos acoge, e incluso potencia notablemente, este marco de garantías estrictas. Paralelamente a la extensión de la potestad expropiatoria, que hemos estudiado más atrás, la nueva Ley se ha preocupado de erigir un correlativo y más eficiente sistema de garantías, cuya trascendencia efectiva es fácil valorar si consideramos la formidable presencia del Estado en la sociedad de nuestros días. Expondremos a continuación sistemáticamente, conforme al orden indicado, el alcance del nuevo régimen legal sobre esta materia.

2. La protección frente a la «*via de hecho*».

«*Vía de hecho*», en el sentido que aquí nos interesa, es todo ataque a la propiedad, derechos e intereses legítimos que provenga de la Administración, y que, implicando en su contenido una verdadera expropiación, en el sentido que hemos estudiado, no se acomode, sin embargo, a los límites definidores de la potestad expropiatoria, o aun dentro de ellos, no se ejercite precisamente por el cauce procedimental que la ley señala, sino solamente «*de hecho*» (81).

(80) En algunos casos la excepción al principio de indemnización pretende legitimarse en consideraciones que hacen entrar en juego otros principios concurrentes con el de expropiación y que neutralizan sus consecuencias tópicas: restitución de propiedades mal adquiridas, responsabilidades civiles, aplicación del principio de actos propios en cuanto a las declaraciones fiscales del expropiado, recuperación de plusvalías no ganadas, etc., etc.

(81) Sobre el concepto de *via de hecho* (aunque en la jurisprudencia y en la doctrina francesa con mayor extensión), DESGRANGES: *Essai sur la notion de voie de fait en Droit Administratif français*, París, 1937, y allí citados. ADDE, DUFAU: *La voie de fait*, Thèse, París, 1951; MEURISSE: *Teoría de la «via de hecho» administrativa*, en «*Revista de Derecho Privado*», 1950, págs. 577 y ss. DESGRANGES trata de probar que la doctrina de la «*via de hecho*» procede del «*antiguo régimen*», págs. 31 y ss. Este concepto de la «*via de hecho*» y su ré-

Vemos ahora que la amplitud de la potestad expropiatoria, tal como es definida por el artículo 1.º de la Ley, reobra eficazmente—y aun preponderantemente, como ya observamos—sobre el plano de la garantía, pues no sólo la propiedad inmueble, sino toda propiedad y todos los derechos patrimoniales, y aun los intereses legítimos, quedan protegidos a través de este concepto de la «vía de hecho», que a la vez integra no sólo los ataques consistentes en una apropiación definitiva, sino también los que sin tal intensidad contengan cualquier género de «privación singular» en el mismo sentido que el artículo 1.º de la Ley señala, y que hemos analizado más atrás. La «vía de hecho», con tal amplitud definida, queda excluida de la legalidad en nuestro derecho, y frente a ella el particular es armado con acciones defensivas generales, que habilitan una garantía de la integridad patrimonial de los súbditos frente al Estado de una eficacia decisiva.

La acción de protección frente a la «vía de hecho» así entendida está expresamente consagrada por los artículos 124 y 125 de la nueva Ley. Negativamente en el 124, que recoge la fórmula tradicional, aunque ampliada ahora en su significación por la extensión dada al concepto de expropiación. Positivamente en el artículo 125, que remite a «los medios legales procedentes» y hace mención explícita de los interdictos de retener y recobrar. Aunque brevemente, el estudio de la «vía de hecho», en la perspectiva que seguimos, fuerza a considerar al menos dos cuestiones: determinación exacta del supuesto y precisión de las acciones procedentes.

a) Evidentemente, el caso más notorio de «vía de hecho», como está aludiendo su misma expresión, es cuando el apoderamiento por la Administración de los derechos patrimoniales privados se efectúa fácticamente, sin mediar declaración expresa ni procedimiento alguno. Es la hipótesis prototípica.

El concepto, desde este núcleo central, es luego extendido a los casos en que incluso mediando una declaración explícita, y aun un procedimiento más o menos aparente, son absolutamente manifiestas las irregularidades de los mismos (82). Así lo indica el citado artículo 125: «Siempre que sin haberse cumplido los requisitos substanciales de declaración pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa

gimen particular es todavía objeto de polémica. Cfr. COUZINET: *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs*, Paris, 1928, págs. 170 y ss.; DEVOLVE: *Une crise du principe de la réparation des autorités administratives et judiciaires*, en «Conseil d'Etat. Etudes et documents», núm. 4, 1950, págs. 21 y ss.

(82) *Idem* en Derecho francés, DESGRANGES: Op. cit., págs. 97 y 65.; DE LAUBADERE: *Traité élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1953, págs. 324 y ss. HAURIOU llamaba al primer caso «manque de droit» y al segundo «manque de procédures», *Précis*, cit., pág. 27.

objeto de la expropiación.» El concepto adquiere su relieve en cuanto es contrapuesto a la hipótesis de «vicio substancial de forma o violación u omisión de los preceptos establecidos en la presente Ley», a que se refiere el artículo siguiente, para legitimar una simple acción contencioso-administrativa. El supuesto de «incumplimiento de requisitos substanciales» en que el artículo 125 se refiere no comprende, pues, cualquier violación de procedimiento, que están reguladas por el artículo 126, sino precisamente la omisión de uno o varios de los tres concretos requisitos generales que el precepto enumera, a la que deberá de equipararse un aparente cumplimiento de los mismos que merezca la calificación de inexistente o de nulo de pleno derecho, es decir, un cumplimiento con manifiesta y flagrante irregularidad (83). He aquí algunos ejemplos fácilmente imaginables: elusión del requisito de interposición de ley formal, tal como lo hemos estudiado, e intento de suplirlo por simple resolución administrativa, intervención de autoridades con falta absoluta, y no sólo relativa, de competencia, fijación unilateral del justiprecio, al margen del Jurado de expropiación, etc.

En cualquiera de los dos casos («manque de droit», «manque de procédure») es exigida la circunstancia de que la Administración haya pasado al terreno de la ejecución material, o —dada la alusión legal explícita al interdicto de retener— manifieste de modo indubitado, en los términos de los artículos 1.651 y 1.652, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, su propósito de pasar inmediatamente a ese terreno. Es a lo que la expresión «vía de hecho» alude. En cuanto a la intensidad del ataque ha de tratarse de una verdadera *desposesión* formal o virtual («posesión amenazada o perdida», dice expresamente el artículo 125), pero no de un simple daño (84), que tendrá en la Ley, como veremos, sus posibilidades de reacción por el artículo 121 y no por el 125; es decir, esta hipótesis del simple daño nos coloca ante una calificación de

(83) Aplica a este supuesto la categoría dogmática de inexistencia del acto administrativo, DESGRANGES: Op. cit., págs. 97 y ss. VILLAR PALASI ha hecho aplicación, indistintamente, de los conceptos de inexistencia (*Concesiones administrativas*, cit., págs. 708 y ss., especialmente pág. 710) y de nulidad de pleno derecho (*La doctrina del acto confirmatorio*, «Revista de Administración Pública», 8, 1952, págs. 48 y ss., especialmente en cuanto a la «vía de hecho», páginas 53-4), lo que se explica tanto por la excepcionalidad que la doctrina de la nulidad de pleno derecho presenta en el Derecho administrativo como por su equiparación de régimen con los supuestos de inexistencia propiamente tal. Vid. sobre este tema la bibliografía citada por VILLAR y, además, GARRIDO FALLA: *Los motivos de impugnación*, cit. *passim*, y pág. 70-1. FRAGOLA: *L'invalidità degli atti amministrativi*, en «Rivista di Diritto pubblico», 1910, II, págs. 226 y ss.; JEZE: *Les principes généraux du droit administratif*, I, 3.ª ed., París, 1925, págs. 68 y ss.; ALCINDOR: *Des différents espèces de nullités des actes administratifs*, París, 1941; AUBY: *L'inexistence des actes administratifs*, París, 1951; BENDER: *Der nichtige Verwaltungsakten*, en «Deutschen Verwaltungsblatt», 1953, págs. 33 y ss.

(84) Cfr. DE LAUBADERE: Op. cit., págs. 320-1.

responsabilidad civil, pero no de «vía de hecho», con todas las consecuencias de régimen que esto implica, y constituye así el límite del supuesto de que se trata.

Por último, importa precisar, aunque puede ser obvio, que no será «vía de hecho» una intervención de la Administración en el patrimonio de un administrado que se legitime en un título no expropiatorio, capaz de producir la «presunción de legitimidad» de que normalmente se benefician sus actos (85), por ejemplo, un deslinde de bienes públicos, una ejecución forzosa, etc., sin perjuicio de la posibilidad con que cuenta el interesado de impugnar y discutir la legitimidad de estos acuerdos en los términos ordinarios. Esto es decir simplemente que no toda intervención patrimonial requiere el título de una expropiación formal. Ahora bien (y esto ya no es tan obvio), la perfección del sistema de garantía patrimonial ha de evitar que por este cauce de la simple invocación de títulos no expropiatorios se legitime todo posible intento de un despojo efectivo. Para evitarlo basta extender a los acuerdos de este tipo la doctrina general de la inexistencia o de la nulidad de pleno derecho, la «manque de procédure», que nos conduce directamente al núcleo del concepto de «vía de hecho»; cuando la invocación a unos supuestos títulos no expropiatorios de la intervención o la misma ejecución, presenta caracteres de una irregularidad manifiesta y flagrante cesa la presunción de legitimidad y bajo tales títulos no podrá ampararse el despojo real que directamente se pretende; sale a la luz, pues, la realidad de este despojo, respecto del cual es plenamente aplicable el concepto de «vía de hecho» de la Ley, puesto que, en efecto, intenta realizarse —por hipótesis— fuera del cauce expropiatorio, que es exclusivo para todo despojo o «privación singular» que la Administración trate de realizar.

La aplicación del concepto de «vía de hecho» fuera del campo de la propiedad y los derechos reales, a los demás derechos e intereses patrimoniales que pueden ser objeto de la expropiación, según la nueva Ley, deberá ser resuelta por vía analógica desde estos principios generales.

b) En tales términos, toda la especialidad de la «vía de hecho» consiste en abrir legalmente la posibilidad de una reacción por los modos del derecho civil, privando a la Administración de su privilegio de fuero, y sobre todo de la posición favorable que del hecho central de este privilegio deriva. Al ser la «vía de hecho», en los términos clásicos de LAFERRIERE (86), «une sortie des pouvoirs de l'Administration», ésta pierde correlativamente

(85) Por todos, TREVES: *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936.

(86) *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, I, 2.^a ed., Paris, 1896, pág. 478. Es muy acertada la glosa de VILLAR PALASI, en *Concesiones administrativas*, cit., pág. 710.

todos sus privilegios reduciéndose al estatuto de un sujeto de derecho común; es decir, la exorbitación total de los límites que definen su prerrogativa—y no el solo hecho de su uso meramente ilícito— priva a la Administración de los privilegios que acompañan normalmente a esa prerrogativa. La protección frente a la «vía de hecho» resulta así la más enérgica imaginable.

El sistema está íntegramente recogido en el nuevo texto legal que se analiza, artículo 125, el cual luego de establecer el supuesto de la «vía de hecho», tal como acaba de estudiarse, añade: «el interesado podría utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los jueces le amparen, y en su caso le reintegren en su posesión amenazada o perdida» (87). La alusión a «los demás medios legales procedentes» comprende, sin duda, tanto los medios del Derecho civil como los de Derecho administrativo, a arbitrio del interesado; que comprende, en efecto, los primeros resulta, tanto de la confrontación de este artículo con el siguiente, que alude sólo a la acción contencioso-administrativa, como sobre todo de la mención expresa de los interdictos de retener y recobrar, que juega el papel de un argumento *maiore ad minus* si tenemos en cuenta que los interdictos posesorios no pueden utilizarse normalmente contra la Administración; es así patente la intención legal al configurar este régimen especial de protección (la protección civil) frente a la «vía de hecho». Que comprende, finalmente, los medios de protección ordinarios del Derecho administrativo es menos dudoso, dado que la disposición por el administrado de los medios civiles juega como un plus de protección, pero en manera alguna como una carga, y porque, en definitiva, no existe una exclusión legal que autorice a entender cerrado el sistema de la justicia adminis-

(87) El precepto procede de la legislación anterior, artículo 4.º de la Ley de 1879 y artículo 349, § 2.º del Código civil, aunque ha sido manifiestamente ampliado con la expresión «aparte de los demás medios legales procedentes», además de precisado más exactamente en su supuesto de hecho. El Decreto-Ley de 7 de mayo de 1948 reformó el artículo 8.º de la Ley de 7 de octubre de 1939, de expropiación urgente, para excluir de este supuesto de la expropiación una vez hecho el depósito previo, además de los interdictos defensivos, las «acciones posesorias de cualquier clase», ordenando incluso la suspensión y archivo de los pleitos pendientes «ejercitando acciones posesorias». Aunque en forma negativa este precepto nos revela el empleo frente a la vía de hecho de una defensa específica, la del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que es sin duda a lo que se alude con el título equívoco (o más bien inexacto) de «acciones posesorias». Es lástima que la Ley de Expropiación no haya recogido este precedente tanto en su lugar sistemático (exclusión de la ocupación urgente de la calificación de «vía de hecho», art. 52, norma 6.ª) como, sobre todo, en el artículo 125 como medida positiva de defensa frente a la vía de hecho ordinaria. La posibilidad de utilizar este remedio parece comprendida en la amplia fórmula de este precepto («los demás medios legales procedentes») y en los principios dogmáticos de la institución que nos ocupa, pero hubiera sido deseable despejar toda incertidumbre al respecto. El futuro Reglamento podría lícitamente incluir esta precisión que desarrolla lo que en la Ley está implícito. Vid. a continuación en el texto.

trativa, cuyos principios comprenden el supuesto con perfecta normalidad, e incluso prototípicamente, considerado el grado de irregularidad de que se trata.

La exclusión de la acción interdictal contra la Administración es una vieja regla de nuestro Derecho establecida invariablemente por la jurisprudencia de conflictos desde sus orígenes mismos hasta la actualidad, sancionada luego por multitud de leyes especiales, decisiones administrativas, jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, finalmente, recogida en la legislación del régimen local (88). La vigente Ley de Régimen local de 24 de junio de 1955, recoge esta regla en su artículo 403, 2.ª: «No se admitirán interdictos contra las providencias administrativas de las Autoridades y Corporaciones locales en materia de su competencia»; esta doctrina tiene una vertiente positiva, que concreta así el artículo 404 de la misma Ley, recogiendo también la misma tendencia jurisprudencial: «Las entidades locales podrán recobrar por sí mismas los bienes de su pertenencia que se hallaren indebidamente en posesión de particulares durante un plazo que no exceda de un año» (89). Según que consideremos el *ius possidendi* o el *ius possidendi* como título de la ejecución administrativa, la razón de este régimen privilegiado de la Administración Pública será distinta. En el primer caso quedaría justificada *a fortiori* la clásica tesis de SAVIGNI sobre el fundamento de la protección posesoria: la paz social construida mediante la centralización de la coacción en el Estado, condena toda coacción privada, pero no, naturalmente, la propia coacción del Estado, que no sólo es legítima, sino justamente, según el sistema, la única legítima. Cuando la Administración trata de ejercitar un *ius possidendi* sobre sus cosas, entonces la verdadera razón de su inmunidad a los interdictos así como, positivamente, de su exención a la carga de la demanda judicial, está en el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, a su vez consecuencia de la presunción de legitimidad de que se benefician (90).

(88) Puede verse un resumen, aunque fragmentario, de esta jurisprudencia en VILLAR PALASI: *Ops. y loc. cit.*; *supra*, en nota 83; RODRÍGUEZ MORO: *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Madrid, 1949, págs. 163 y ss., y en las notas de GONZÁLEZ PÉREZ a la jurisprudencia de conflictos en «Revista de Administración Pública», núms. 3, 9, 15. Para los orígenes de la jurisprudencia de conflictos en la materia, vid. PELÁEZ DEL POZO: *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Madrid, 1849, págs. 468, 493, 496-7, 525 y ss.

(89) Sobre la improcedencia de este límite temporal en el caso de recobro de posesión en bienes de dominio público me he referido en *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, cit.; amplió las observaciones allí contenidas en un apéndice especial («Posesión y Administración») que se incluye con la reedición de este trabajo en el libro *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, cit., págs. 179 y ss.

(90) Así, específicamente, Consejo de Estado, consulta 5.127 de 14 de diciembre de 1949; esa distinción, que no hemos visto recogida en parte alguna, es fundamental y acierta a explicar por sí sola la razón del régimen particular que ha de

Pues bien, en la «vía de hecho» este régimen quiebra totalmente. La Administración queda sometida expresamente, por determinación de la Ley, y por la propia lógica del sistema, según hemos intentado exponer, a la reacción de los interdictos. La Ley no sólo autoriza, sino que positivamente parece excitar a los Jueces para imponer esta medida de defensa del patrimonio privado. La antigua y constante doctrina sobre la inmunidad interdictal de la Administración la había condicionado expresamente a que ésta obrase «dentro del círculo de sus atribuciones»; es el criterio que recoge el artículo 403 de la Ley de Régimen local al precisar que el beneficio alcanza a Autoridades y Corporaciones cuando actúen «en materia de su competencia» y la Ley de Aguas, artículo 252, que refiere esa exención a «las providencias dictadas por la Administración dentro del círculo de sus atribuciones». Es un modo aproximativo de referir el principio de la «vía de hecho», que se nutre, según vimos, de la doctrina de la ineficacia *ex lege* de los actos inexistentes o nulos de pleno derecho. El artículo 125 de la Ley de Expropiación forzosa ofrece un criterio seguro para esta determinación, que ya hemos examinado, y a él habrá que atenerse en la materia. Por cierto, que esto obliga al Juez a una calificación sumaria de la actuación administrativa con criterio de derecho, y no sólo de hecho, como es la norma en los interdictos (artículo 1.656, en relación al 1.652, de la Ley de Enjuiciamiento civil), en lo que, por ministerio de la ley para este supuesto concreto, debe entenderse ampliado al contenido del proceso interdictal. Hasta tal extremo es llevada la protección patrimonial frente a la acción administrativa.

3. *La sanción de un derecho a las formas procedimentales.*

El artículo 126 de la Ley que estudiamos establece que el recurso contencioso-administrativo podrá interponerse contra la resolución que ponga fin al expediente de expropiación o a cualquiera de sus piezas separadas, con fundamento «en vicio sustancial de forma, o en la violación u omisión de los preceptos establecidos en la presente Ley». Al atribuir una acción en protección de las formas y trámites del procedimiento expropiatorio, la Ley sanciona inequívocamente un verdadero derecho subjetivo del particular en el plano del derecho material, cuya pretensión se dirige contra la Administración, a la que así se impone, con la máxima eficacia técnica —la de atribuir un derecho subjetivo con este contenido al interesado— la observancia rigurosa de tales formas en el ataque expropiatorio contra el patrimonio de los particulares; es bien

según se con el dominio público, según lo indicado en la nota anterior, ya que el recobro de su posesión es, sin duda, la ejecución de un *ius possidendi*, no condicionado temporalmente en su ejercicio, y en modo alguno la imposición de una mera situación fáctica de *ius possessionis*; vid. el trabajo a que me remito en la nota anterior.

claro que utilizamos el concepto de acción en su sentido material y no en el procesal.

La aplicación del recurso contencioso con esta amplitud tiene antecedentes en el artículo 35 de la Ley de 1879, pero la Ley de 1954 ha extendido notoriamente el supuesto reconociendo la procedencia del recurso no sólo contra la resolución final del expediente, sino también contra la de cada una de sus piezas separadas, y fundamentándolo, además de en «vicio sustancial de los trámites» legales, en la «violación u omisión de los preceptos establecidos en la presente Ley», con lo cual ciertamente la protección jurisdiccional queda elevada al máximo grado posible.

Se trata, como se habrá observado, del equívocamente llamado recurso contencioso objetivo, que según la doctrina dominante es el instrumentado al servicio, no ya de derechos, sino de simples intereses legítimos. Hemos avanzado ya nuestra propia calificación: no hay aquí un interés (y mucho menos un mero problema de legitimación procesal, como ha llegado a sostenerse con cierta reiteración entre nosotros, siguiendo la tendencia a degradar el concepto), sino, por expresa e incuestionable atribución de la Ley, un derecho subjetivo perfecto en su contenido como en su estructura técnica. Pesa sobre este tema una grave confusión, agravada entre nosotros por la circunstancia de ser aún tributarios de la doctrina de países donde la cuestión se presenta alrededor de problemas concretísimos de sus sistemas positivos (91). El llamado «interés legítimo» en la justicia administrativa, considerado globalmente, no es más que la extensión de la protección de un derecho subjetivo pleno e indiscutido al procedimiento administrativo—en amplio sentido esta expresión—de disposición sobre el mismo (92). Esto explica que ordinariamente falte la atribución legislativa explícita y que su reconocimiento haya advenido de hecho por un movimiento jurisprudencial (93), sobre todo en cuan-

(91) Cfr. *supra*, texto y nota 29 sobre el caso de Italia.

(92) Cfr. ahora en la misma doctrina italiana, CANNADA BARTOLI: *Il diritto soggettivo como presuposto dell'interesse legittimo*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1953, págs. 334 y ss.

(93) Es el caso de Francia y de Italia y el dato fundamental que justifica el paralelo del juez administrativo moderno con el pretor romano: el derecho administrativo es verdaderamente un sistema de acciones preferentemente a un sistema de derechos, como lo fué el Derecho romano clásico (Cfr. BIONDI: *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, en *Conferenze per il centenario delle Pontette*, Milano, 1931); es justamente esta inversión de perspectiva con relación al derecho privado actual lo que origina en buena parte el equívoco a que en el texto se alude. En España el Consejo de Estado sancionó también esta protección, calificándola tanto de «interés legítimo» (Real Decreto-sentencia 30 junio de 1847) como de «derecho a las formas» (Real Decreto-sentencia de 27 de julio de 1848), desde los orígenes mismos, como se ve, de nuestro sistema contencioso-administrativo, aun bajo el sistema llamado de justicia «retenida». A través de la jurisdicción de agravios, que tiene desde 1944, el Consejo ha reiterado de nuevo esta posición (Cfr. PÉREZ HERNÁNDEZ: *El recurso de agravios*, Pamplona, 1954, páginas 17 y ss.). Sin embargo, el criterio naufragó definitivamente en nuestro sistema contencioso con la fórmula de la Ley de 1888, que exige la lesión de un «de-

to se partía de la concepción limitativa («sistema de lista») de la materia contencioso-administrativa.

Examinado analíticamente este llamado «interés legítimo» es, en su estructura, en su contenido, en su función, en sus efectos, un inequívoco derecho subjetivo real y verdadero. Así se ve indubitablemente en los supuestos, como este del artículo 126 de la Ley de Expropiación forzosa, en que es la ley y no supletoriamente el juez quién atribuye directamente la acción de protección. Se comprende, sin embargo, que no podemos detenernos ahora sobre este tema, que está, sin embargo, en la base del Derecho administrativo actual.

La observancia del procedimiento expropiatorio se impone no sólo en cuanto a sus trámites formales, sino también en cuanto a su duración temporal. Por vez primera en nuestro Derecho la Ley que estudiamos grava a la Administración con una responsabilidad patrimonial por demora en el procedimiento. El artículo 56 establece, en efecto, que si en el transcurso de seis meses desde la iniciación legal del expediente expropiatorio no se ha llegado a la fijación definitiva del justiprecio, la Administración abonará al expropiado una indemnización que se tasa en el interés legal de ese precio, mediante liquidación retroactiva.

4. *La indemnización expropiatoria.*

a) *La indemnización como garantía.*—Hasta ahora se ha considerado un régimen de protección de los administrados que actúa indirectamente, con fines de acantonar con rigor el ejercicio de la potestad expropiatoria dentro de los límites y del procedimiento que el ordenamiento establece para su ejercicio legítimo. La garantía patrimonial de los administrados llega, sin embargo, más allá, y es operante en el supuesto normal de un ejercicio regular y legítimo de la potestad expropiatoria. El administrado queda sujeto, como ya hemos dicho, al ejercicio de tal potestad y a su efecto directo e inmediato, que es el sacrificio singular en que la expropiación consiste. Pero este sacrificio afecta únicamente a partes específicas de su patrimonio, no a su integridad económica, la cual queda compensada con una indemnización pecuniaria que restablece, al menos en principio, la sustracción de valor en que el sacrificio expropiatorio se concreta.

El principio de la indemnización como elemento esencial de la expropiación forzosa está establecido en nuestro derecho en la

recho subjetivo», en la que el Tribunal Supremo no ha dado cabida nunca a un «derecho a las formas»; hasta tal punto ha sido llevado este criterio restrictivo en la interpretación de ese precepto (que perdura en las refundiciones posteriores de 1894 y 1952), que la reciente y loable tendencia de esta jurisdicción de arbitrar un remedio contra lo que son, precisamente, las más groseras irregularidades de la actuación administrativa ha sido instrumentada en forma curiosa como en virtud de un supuesto «poder de oficio» del Tribunal por razones de «orden público», construcción estimable como postura, pero bastante frágil técnicamente en la mayoría de sus aplicaciones.

fórmula constitucional del artículo 32 del Fuero de los Españoles, reiterada en su sentido específico de garantía por el artículo 124 de la nueva Ley y desarrollado en ella por vía general en el capítulo III de su título II, «De la determinación del justo precio».

Toda expropiación, en el amplio sentido del concepto que ha establecido el artículo 1.º de la Ley, implica en nuestro derecho un deber de indemnizar. Ya hemos tenido ocasión de indicar cómo la eficacia de la Ley de 16 de diciembre de 1954 ha de manifestarse en cuanto a esta consecuencia de un modo decisivo.

Al tratar más atrás del *criterium* de la expropiación han quedado apuntadas algunas ideas sobre el fundamento dogmático del deber administrativo de indemnizar, a las que ahora debemos remitirnos. De la amplia gama de cuestiones teóricas que suscita el tema de la indemnización expropiatoria vamos a reducirnos únicamente a aquéllas que nos sean precisas a la finalidad de exponer las líneas maestras del sistema implantado por la Ley de 16 de diciembre de 1954 y su significación general.

b) *Naturaleza*.—El primer tema que se presenta en un estudio de la indemnización de expropiación es el de su naturaleza dentro del complejo institucional expropiatorio. Una vieja tradición doctrinal ha venido calificando a la indemnización como *efecto* del ejercicio de la potestad expropiatoria: la expropiación se concreta en la producción de un daño legítimo, daño del cual emerge un crédito de reparación que compondría la figura de la indemnización expropiatoria. Tal tesis se extremó en un tiempo hasta sostener sobre ella la partición de la institución de la expropiación forzosa en dos partes: ejercicio de la potestad expropiatoria, regida por el derecho público, y consecuencia de la indemnización, regulada por el Derecho civil, en concreto por los principios que rigen el deber de reparación de daños. Todo el *quid* de la expropiación consistiría en autorizar legítimamente la producción del daño (*damnum quod iure fit*) y aquí se acabaría su efectividad; la reparación del daño una vez producido sería una consecuencia del Derecho común, y regulada conforme al Derecho común.

En MONTESQUIEU esta doctrina está explícitamente sostenida como aplicación del principio general que él propone según el cual «il ne faut point régler par les principes du droit politique les choses qui dépendent des principes du droit civil» (94). «Si el magistrado político —dice— quiere hacer un edificio público, algún nuevo camino, es preciso que indemnice: el poder político es a este respecto como un particular que trata con un particular. Ya es bastante que pueda constreñir al ciudadano a venderle su heredad y que le prive del privilegio que él tiene según la Ley civil de no poder ser forzado a enajenar su bien» (95).

(94) *De l'esprit des lois*, Lib. XXVI, cap. XVI. El principio indicado es el epígrafe de este capítulo.

(95) «Ainsi—ha dicho antes—lorsque le public a besoin du fonds d'un particu-

Aun sin llegar ya a este extremo, lo que es aún la concepción general de la doctrina es considerar la indemnización expropiatoria como una obligación de reparación, aunque regida por el derecho público.

Frente a esta construcción se ha sostenido con reiteración que es preciso no olvidar en el plano dogmático una nota fundamental que a la indemnización le está reservada dentro de la estructura institucional de la expropiación desde que ésta fué configurada por la Revolución francesa: su carácter preventivo, que la eleva a presupuesto de legitimidad del ejercicio de la potestad expropiatoria. «*Previa* la correspondiente indemnización», dice el Fuero de los Españoles, con su rango superlegal, y lo repite el artículo 124 de la nueva Ley. En los países, que son la mayoría, en que existe como trámite sustantivo la decisión expropiatoria o de transferencia de propiedad (en la expropiación de líneas clásicas) este acto no puede producirse sin que previamente se haya abonado la indemnización. En Derecho español nunca se ha aislado formalmente este momento (salvo en el sistema judicialista establecido por la Constitución de 1869), y la nueva Ley persiste en este criterio tradicional, pero el efecto final expropiatorio, que será la transferencia de propiedad en la expropiación plena, se produce precisamente por el pago seguido de la ocupación, jugando como títulos formales las actas respectivas de estas dos operaciones (art. 53); si identificamos en la segunda de las mismas la *traditio* y la reservamos su papel general de *conditio iuris* de la transmisión (art. 609 del Código civil), resultará entonces que el verdadero título (en sentido genuino) de la atribución patrimonial, o del desapoderamiento del expropiado, cuando aquélla no reviste carácter directo, es precisamente el pago (o la consignación, en su caso) de la indemnización.

La observación es incuestionable en el derecho positivo y conduce a calificar la indemnización no como un efecto derivado, sino justamente como todo lo contrario, como un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria. Entonces la relación jurídica trabada entre las partes de la indemnización no podría explicarse como relación de deuda-crédito, ni su contenido referir un deber de reparación, supuesto que el daño a reparar no ha sido producido en el momento en que se efectúa el pago, que implicaría siempre la extinción de la relación obligatoria (art. 1.156 del Código civil). La indemnización entonces debe ser concebida como una *carga* a cumplir por la Adminis-

tion, il ne faut jamais agir par la rigueur de la loi politique; mais c'est là que doit triompher la loi civile, qu'avec des yeux de mère, regarde chaque particulier comme toute la cité même.» Es evidente que esta concepción equipara el derecho público al puro poder; es así rigurosamente correlativa de la construcción del Fisco, propia del Estado de policía a que ya nos hemos referido, *supra*, notas 50 y 52: el acto de poder hacer surgir un crédito contra el Fisco, personificación ficticia del Estado que se rige por el Derecho civil.

tración que pretende llevar a efecto la expropiación, entendiéndola *carga* en el sentido rigurosamente técnico de necesidad de adoptar un cierto comportamiento para obtener un resultado ventajoso, sin que el sujeto a quien afecta pueda ser constreñido a su realización ni la falta de ésta implicar una sanción, sino la simple consecuencia de resultar imposible la obtención del resultado ventajoso (96).

Esta rigurosa calificación de la indemnización puede ser aceptada en nuestro Derecho en la hipótesis del procedimiento ordinario de expropiación a tenor de las normas ya referidas. Se pone, sin embargo, a prueba en hipótesis también comprendidas en nuestra Ley de expropiación, de las que vamos a analizar, por de pronto, dos.

En primer lugar, la hipótesis de la expropiación urgente. La Ley de 7 de octubre de 1939, que ha jugado como uno de los más eficaces disolventes del sistema general de la Ley de 1879, según ya observamos, estableció un procedimiento expropiatorio con la única finalidad de permitir en el supuesto excepcional de la urgencia (97) la ocupación de la finca expropiada de modo inmediato, antes, por consiguiente, de efectuarse el pago de la indemnización. Aunque esta Ley se había justificado en las necesidades extraordinarias derivadas de la reconstrucción subsiguiente a nuestra guerra civil, es un hecho que su generalización, al margen ya de esas necesidades, ha creado un hábito administrativo de muy difícil desarraigo, que la Ley de 1954 se ha visto forzada a recoger (98). El artículo 52 de esta Ley ha consagrado, en efecto, el sistema de la expropiación urgente, en la forma en que fué configurado por la Ley de 1939, si bien complementando eficazmente su sistema de garantías (99). En este procedimiento de

(96) CAPACCIOLI: *Sulla natura dell'indennità di espropriazione per pubblica utilità*, "Rivista trimestrale di Diritto Pubblico", 1953, págs. 363 y ss. Es discutible, con todo, si es el concepto dogmático de "carga" o más bien el de "presupuesto legal" o *conditio iuris* el que mejor cuadra a la calificación de la indemnización expropiatoria. Es este último concepto el que adaptamos en definitiva.

(97) Cfr. CLAVERO ARÉVALO: *Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo*, cit., págs. 25 y ss.

(98) Debe decirse que otros derechos conocen la misma institución de la expropiación urgente y con los mismos o análogos efectos. Vid., por ejemplo, BAUDRY: Op. cit., págs. 124-5; CARUGNO: Op. cit., págs. 335 y ss.; CAETANO: Op. cit., pág. 625; WILKIN: Op. cit., págs. 47 y ss.

(99) He aquí las diferencias entre el nuevo artículo 52 y la Ley de 7 de octubre de 1939: 1.º Se sustituye en la declaración previa del Consejo de Ministros la expresión «urgencia en la ejecución de las obras» por la más específica de «urgencia en la ocupación de los bienes afectados por la expropiación», que puede forzar a una administración más responsabilizada de la excepción. 2.º Para el cómputo del depósito previo se capitaliza al 4 por 100 en lugar del 5 por 100. 3.º Se ha suprimido el límite del importe de un año de renta que antes alcanzaba a la indemnización por rápida ocupación, la cual, por tanto, deberá ahora expresarse sin límite alguno todo el valor real de los daños ocasionados. 4.º Así como esta misma indemnización era fijada en la Ley de 1939 a discreción de la Administración y unilateralmente, sin recurso alguno, ahora se acepta que en caso de disconformidad del expropiado se someta la cuestión *ex post* al Jurado de Expropiación, que la considerará a la vez que el justiprecio

urgencia se ha abandonado el carácter preventivo de la indemnización, si bien persiste un eco de este principio en el establecimiento como requisito de la ocupación de la constitución de un depósito previo por el valor del bien que se interesa ocupar tal como resulta de los registros fiscales. Evidentemente, este requisito del depósito previo está tomado del artículo 29 de la Ley de 1879, que lo establecía para legitimar la ocupación inmediata en el caso de discordia en las tasaciones de los peritos, y del que se han tomado igualmente los módulos de valoración y hasta la circunstancia de devengar el interés legal (100). Posteriormente a la ocupación se inicia la fase de determinación del justo precio conforme al procedimiento ordinario.

¿En qué momento se entiende consumado el efecto expropiatorio, especialmente la transmisión de propiedad en la expropiación plena, en este supuesto de expropiación urgente? A mi juicio, aun en esta hipótesis extrema, el pago de la indemnización definitiva o justo precio, en la terminología de la Ley (vid. *infra*), sigue siendo presupuesto para la consumación del efecto expropiatorio. La Ley no ha derogado para este caso la regla común que sitúa en el acta del pago el título formal de transmisión. No puede ser, por tanto, considerado título bastante el acta del depósito previo, dada la función de mera garantía que cumple esta operación, que es iniciada directamente con este carácter y que no es una consignación por el precio ofrecido y no aceptado (101). No es posible acudir para explicarse dogmáticamente la situación creada, como ha sido tradicional, a la figura de la condición sus-

definitivo, de lo que se infiere, además, la posibilidad de que la decisión del Juro, como todas las suyas, pueda ser impugnada judicialmente por lesión; y 5.º Con independencia del interés legal que devenga el depósito previo, y de la indemnización por rápida ocupación se establece una tercera indemnización consistente en el interés legal del justiprecio definitivo a computar desde el día siguiente de la ocupación en concepto de responsabilidad por demora del expediente, haciendo aplicación del principio general que, como vimos, ha establecido esta responsabilidad; la Ley de 1939 prevía únicamente una bonificación en una cuarta parte de los intereses producidos por el depósito. Es, en resumen, notable, como puede verse, la ampliación de compensaciones y garantías.

(100) La Ley de 1939, y ahora el artículo 52 de la actual, no han determinado explícitamente que el interés legal de este depósito corra a cargo de la Caja General de Depósitos, como resultaba en el supuesto del artículo 29 de la Ley de Expropiación de 1879 (R. D. de 19 de noviembre de 1929, art. 6; Orden de 23 de junio de 1943, art. 32), en lugar de gravar a la Administración o al particular beneficiarios de la expropiación por cuenta de los cuales se entiende la indemnización expropiatoria. Una aclaración de este extremo, que reviste prácticamente una gran importancia para los expropiados, es necesaria y es de esperar que la realice el Reglamento de la Ley.

(101) Y aun cuando tuviese este carácter, cfr. CAPACCIOLI: Op. cit., págs. 384 y ss. En el Registro de la Propiedad (argumento, art. 53 que reserva el acta de pago al carácter de título inscribible; ídem, arts. 32 y 63 del Reglamento Hipotecario) el acta del depósito previo puede motivar, a lo más, una anotación preventiva, pero no la inscripción definitiva de transferencia. Parece en contra, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario. Apéndice-Registros*, Barcelona, 1948, página 37.

pensiva: el pago definitivo de la indemnización principal o justiprecio condicionaría suspensivamente la producción del efecto trasmissivo (102), pues esta construcción falla por la imposibilidad de reconocer efectos resolutorios a la *conditio déficit*. La explicación del fenómeno de la ocupación urgente sólo puede venir por un aislamiento riguroso del mismo, que implica su calificación como requisición de uso, y que es, en efecto, objeto de una indemnización sustantiva, conforme a las reglas del propio artículo 52 de la Ley (103). Independiente de tal indemnización es la del justiprecio definitivo, hasta cuyo pago, o consignación en su caso, no se entiende consumado el efecto expropiatorio principal, transformándose la requisita de uso existente hasta entonces en expropiación definitiva, con todos sus efectos derivados (104). La naturaleza ordinaria de la indemnización expropiatoria persiste, pues, en este caso extremo.

Otra consecuencia se impone en la hipótesis de otras expropiaciones especiales, y dado el amplio contenido que el concepto de expropiación tiene para el artículo 1.º de la Ley. El caso de las requisas civiles y militares, englobadas, como ya sabemos, en la sistemática de la Ley, es perfectamente claro, pues en ellas la regla viene a ser justamente la indemnización *ex post* (arts. 106 y 120), como ya estudiamos más atrás; como se dijo entonces,

(102) Por todos, MAYER: Op. cit., pág. 66.

(103) Así también BORSI: *Occupazione d'urgenza e requisizione di immobili*, en «Foro italiano», 1920, III, págs. 97 y ss.; LUCIFREDI: Op. cit., pág. 325; LANDI: Op. cit., págs. 53 y ss. Esta construcción encuentra en el Derecho italiano una facilidad que falta en el español: que la ocupación urgente es sólo temporal, caducando si en el plazo de dos años no se ha formalizado la expropiación definitiva; sin embargo, glosando el Proyecto de 1928 que eliminaba esta caducidad, como en el sistema español, LANDI sigue calificando la hipótesis de «requisición de uso que se transforma seguidamente en requisición de propiedad» (pág. 54). Vid. nota siguiente sobre los problemas de esta construcción.

(104) Se comprende la dificultad de mantener esta doctrina en el caso límite de obras públicas concluidas sin haberse hecho efectivo el justiprecio definitivo, que nos presenta la situación anómala de obras públicas radicadas sobre propiedades privadas. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la requisita de uso produce efectos reales plenos en cuanto a la privación al propietario, agudizados por el hecho de que está abocada a la expropiación plena: la privación de los efectos reales de protección a la titularidad dominical del propietario viene impuesta, pues, por la sobreposición a la misma de tal requisita, como es común, por lo que no puede inferirse de la ausencia de tales efectos que esa titularidad haya desaparecido. Que la requisita de uso continúa en este caso límite se manifiesta en la circunstancia de que la ocupación sigue devengando la indemnización independiente por este concepto, según el artículo 52, y en la imposibilidad de que la Administración disponga de un título de dominio, que, por el contrario (art. 53), sigue perteneciendo al propietario; a la vez el justiprecio definitivo reflejará el valor de la cosa *ex nunc* y no *ex tunc*, en el momento de la ocupación (arg. art. 36). Finalmente, debe observarse que la situación que se considera es siempre transitoria, abocada, como hemos dicho, a la expropiación plena, y que cuando sea francamente irregular se dispondrá también de otras medidas de reacción contra la misma (responsabilidad civil de la Administración o de los funcionarios, típicamente).

esta excepción, que no es única en el régimen de las requisas, puede explicarse en virtud del principio legitimador del «estado de necesidad», con lo cual mantendríamos el vigor general de la regla común (105). Más difícil, sin embargo, es la hipótesis de las expropiaciones parciales. La misma Ley, al regular las «ocupaciones temporales», demuestra que, pese al notorio esfuerzo en contrario, no es siquiera posible que en todos los supuestos se sostenga como presupuesto del ejercicio expropiatorio el pago preventivo de la indemnización (arts. 110, 111, 112, 115 y 119), dado que, en definitiva, la cuantía del daño efectivo no es capaz de predeterminarse siempre. Esta misma circunstancia se produce en la mayoría de las expropiaciones parciales no contempladas específicamente por la Ley, y de las cuales hicimos un elenco indicativo más atrás. ¿Qué concluir en estas hipótesis?

La imposibilidad de hecho de cumplir el requisito del previo pago de la indemnización que impone la norma fundamental del Fuero de los Españoles impide (*ad impossibilia nemo tenetur*) la solución fácil de calificar de inconstitucionales las leyes que regulan estos supuestos así configurados, y entre ellas, en primer lugar, como hemos dicho, la propia Ley general de expropiación; por lo demás, de esa eventual calificación pocos efectos, si es que alguno, habrían de derivarse en nuestro Derecho (106). La conclusión es que la singularidad de su régimen debe respetarse, sin perjuicio de que *de lege ferenda* se postule la reducción de estas excepciones sobre ese criterio pragmático de la imposibilidad de predeterminación de evaluación del sacrificio expropiatorio. El juego de la indemnización deja de ser aquí el que hasta ahora habíamos afirmado. La indemnización no es ya un presupuesto del efecto final expropiatorio, sino, rigurosamente, una verdadera deuda de reparación del daño producido. Desde esta especial perspectiva estas expropiaciones especiales o no plenas se encuentran verdaderamente a caballo entre la figura de la expropiación, en la que las incluye el artículo 1.º de la Ley, y la de la responsabilidad civil, aun en su carácter de responsabilidad por daños legítimos, en virtud de su régimen de aplicación.

c) Estudiamos ahora la *extensión y criterios de la indemnización*.—En el Fuero no se sentaba principio alguno al respecto: «indemnización correspondiente». La Ley, sin embargo, asigna a este concepto un contenido exacto: «justo precio». «Justo precio» es el término que la Ley utiliza ordinariamente para referirse a

(105) La requisita de uso en que se traduce, como acabamos de ver, la expropiación urgente seguiría este régimen de la indemnización *ex post* en cuanto tal requisita. Así se concluye el estudio sistemático de la expropiación urgente: requisita de uso, actuable inmediatamente, e indemnizable sustantivamente *a posteriori*, abocada a transformarse en expropiación plena, para cuya efectividad la indemnización sigue jugando normalmente como una carga *ex ante*.

(106) Cfr. FUEYO ALVAREZ: *Legitimidad, validez, eficacia. La significación jurídica y política del sistema de producción de normas*, «Revista de Administración Pública», núm. 6, 1951, págs. 35 y ss.

la indemnización expropiatoria, y operaciones de «justiprecio» llama a las de tasación de esta indemnización. Recoge aquí la tradición inmediata de nuestro Derecho. El concepto de «justo precio» tiene, sin duda, una raíz escolástica; el *justum pretium* era un concepto que jugaba decisivamente en la valoración moral del orden económico, con aplicaciones generales que llegan hasta el propio mundo de los efectos jurídicos: usura, rescisión por lesión, tasa de mercado, etc. (107). Naturalmente, no es a este concepto escolástico, hoy puesto en crisis en su sustantivación por la moderna ciencia económica, que ha abandonado el criterio del valor objetivo, al que quepa entender que la Ley remite. «Justo precio» en el sentido de la Ley es simplemente valor venal, valor en el mercado, *hic et nunc*, del sacrificio en que la expropiación consiste. La justicia del precio expropiatorio se manifiesta también, además de en este contenido sustancial, en el sistema formal de su evaluación objetiva, que culmina en la posibilidad de someter la cuestión al juicio de los Tribunales, cuestión ésta que examinaremos en otro apartado.

El primer problema que se plantea es el de determinar los elementos a valorar. El artículo 36 responde a este tema fundamental: «Las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro. Las mejoras realizadas con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación no serán objeto de indemnización, a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes. Las anteriores son indemnizables salvo cuando se hubieran realizado de mala fe.» De este fundamental precepto resulta:

1.º La indemnización o justo precio sólo se extiende al valor objetivo de los bienes o derechos expropiables, y no, por consiguiente, al valor subjetivo que en la persona del titular pudieran tener; es un principio que domina toda la materia y que impide la indemnización de los perjuicios derivativos o *damnum emergens*; la regla es la misma en todos los derechos (108); sufre excepción este principio en el caso de la expropiación parcial, en cuyo estudio no podemos detenernos (arts. 23 y 46; otro caso, artículo 45) (109); la exclusión de los perjuicios subjetivos está

(107) El tema ha sido estudiado, desde la perspectiva del actual Derecho administrativo, por VILLAR PALASI en su tesis doctoral aún inédita, salvo en algún capítulo suelto, *La técnica del justo precio en el Derecho administrativo*; a este brillante y completísimo estudio, de pronta publicación, debemos remitirnos ahora.

(108) CARUGNO: Op. cit., pág. 183; BAUDRY: Op. cit., pág. 97; FORSTHOFF: Op. cit., págs. 266-7; WILKIN: Op. cit., págs. 83 y ss. Esta regla puede explicarse—como más adelante precisaremos al tratar de la responsabilidad civil—por la exclusión del elemento culpa, conforme al principio general del artículo 1.107 del Código civil.

(109) Vid otras excepciones aceptadas durante la vigencia de la Ley de 1879

compensada por la indemnización alzada llamada expresivamente «precio de afección» tradicional en nuestro Derecho desde la Ley de 1836, y que la nueva Ley ha elevado liberalmente del 3 por 100 en que invariablemente venía cifrándose al 5 por 100 (art. 47); a mi juicio, esta elevación trata de compensar un mayor rigor en el criterio del precio objetivo, que hasta ahora no estaba definido con tal nitidez en nuestro Derecho.

2.º La aprobación del proyecto, normalmente de obras, que da lugar a la expropiación no congela el valor de las cosas a expropiar; este valor ha de referirse justamente al momento de iniciarse el expediente de tasación (110), si bien el justo precio definitivo está sometido él mismo a un plazo de caducidad de dos años (art. 58), en previsión de alteraciones de valor y específicamente de variación de la medida monetaria (111); de este valor hay que excluir el que corresponda en concepto de plusvalía al propio proyecto determinante de la expropiación, regla justa, tradicional y general.

3.º En cuanto a las mejoras, se excluyen de la valoración únicamente las realizadas a partir de la iniciación del expediente expropiatorio, salvo las de conservación; el criterio de nuestro derecho en las expropiaciones por corporaciones locales o por razón de urbanismo es menos liberal, al excluir de la indemnización las mejoras posteriores a la aprobación del proyecto, salvo las expresamente autorizadas por la Administración; el nuevo texto excluye únicamente estas mejoras en el caso de mala fe, pero no en los casos ordinarios, lo que es justo teniendo en cuenta los largos plazos que suelen mediar en ocasiones entre la aprobación de los proyectos y la realización de las obras.

por nuestra jurisprudencia en RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., págs. 176 y ss., aunque no todas las que incluye son sistematizables en este lugar; la más importante es la referente a expropiaciones que impliquen daño o quebranto a empresas en funcionamiento, que deben caracterizarse como expropiaciones parciales y seguir el régimen de esta excepción; igual en otros Derechos, en general.

(110) En contra, incluyendo en el proyecto los precios de la expropiación y congelando éstos, consecuentemente, la Ley de 19 de marzo de 1895 de mejora, saneamiento y reforma interior de grandes poblaciones, artículo 17 B). Es esta una tendencia muy marcada en toda la política de *planning* urbanístico, con reflejo expreso en el Derecho comparado.

(111) Se rectifica así el criterio de congelación de la indemnización una vez fijada, y se consagra el criterio que por primera vez en nuestro Derecho (con algún antecedente legal) sostuvo el Consejo de Estado de la necesidad de proceder a nuevas tasaciones en caso de desvalorización monetaria. Vid. el dictamen en que formuló esta doctrina y el comentario de VILLAR PALASI en *Un dictamen del Consejo de Estado sobre aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en un supuesto de expropiación forzosa*, «Anuario de Derecho civil», tomo I, 1948, págs. 543 y ss. Ha sido el mismo expediente específicamente informado por el Consejo en tal sentido el que ha dado lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1953 que ha recogido íntegramente esa propuesta. En la doctrina extranjera, vid. WILKIN: Op. cit., págs. 94 y ss.; CARUGNO: Op. cit., págs. 224 y ss.; CAPACCIOLI: Op. cit., pág. 397 y citados en página 365; MOSCA: *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Miláno, 1948, págs. 151 y ss.

En cuanto a los criterios de valoración propiamente dichos en la Ley se apunta a un criterio formal: el de adoptar como precios expropiatorios los valores fiscales declarados con anterioridad por los mismos expropiados. No cabe negarse que este criterio presenta una coherencia lógica e incluso una estricta justificación jurídica a través del principio de los actos propios: quien ha declarado ante la Administración un valor determinado a efectos de tributación no puede pretender luego un valor más elevado cuando se trata de percibir por la misma Administración la indemnización expropiatoria. En estos términos se ha pronunciado en alguna ocasión el Tribunal Supremo (Sentencia de 10 de marzo de 1913), así como la legislación de régimen local (art. 117 del Reglamento de 14 de julio de 1924, de Obras y Servicios Municipales, que ha regido en este punto hasta esta nueva Ley de Expropiación Forzosa), y el criterio parece apoyado por una tendencia marcada en el derecho comparado (112).

Se ve claramente en el articulado de la Ley que este criterio de los valores fiscales ha sido quizá deseado como meta final, pero que un último escrúpulo ha evitado su consagración definitiva. Podría decirse que las referencias que se contienen en la Ley a este criterio son, en verdad, los restos de un naufragio. Comienza afirmándose, como principio general, que la tasación no es libre, sino sujeta a las normas que en la propia Ley se contienen (art. 37). La primera quiebra adviene inmediatamente al aceptar una ponderación del valor fiscal mediante el valor real, para concretar en su media aritmética precisamente la cuantía de la tasación. Es ya una solución de compromiso. La segunda excepción acaba virtualmente con la regla, y es la que se contiene en el artículo 43, párrafo 1.º: «No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, tanto el propietario como la Administración, podrán llevar a cabo la tasación aplicando los criterios estimativos que juzguen más adecuados si la evaluación practicada por las normas que en aquellos artículos se fijan no resultasen, a su juicio, conforme con el valor real de los bienes y derechos objeto de la expropiación, por ser éste superior a aquél. El Jurado de expropiación también podrá hacer aplicación de este artículo cuando considere que el precio obtenido, con sujeción a las reglas de los anteriores, resulte notoriamente inferior o superior al valor real de los bienes, haciendo uso de los criterios estimativos que juzgue más adecuados.» Es claro que esta autorización, aunque concebida como excepcional, va a jugar *de facto* el papel de regla, imponiéndose así como criterio central de nuestro sistema el del valor real libremente estimado. Por valor real hay que entender, sin duda, como ya se ha dicho, el valor venal o de mercado.

(112) VILLAR PALASI, en su estudio inédito ya citado, señala como acogedoras de este criterio leyes francesas, portuguesas, argentinas y mejicanas. Vid. también RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., págs. 154 y ss.

Es elogiable el criterio de la Ley, y en concreto ese último respeto que la ha llevado a adoptar el principio del valor real. Las valoraciones fiscales, al menos en la realidad de nuestro Derecho, no reflejan, como norma, los valores reales, y es obvio señalar que esto no es imputable exclusivamente, ni acaso principalmente, a la actividad defraudadora de cada contribuyente en particular, sino que está en ello implicado un complejo de circunstancias generales, y en primer lugar la propia estructura envejecida de nuestro sistema fiscal (113). Responsabilizar a cada contribuyente, y en particular a una especie particular de contribuyentes, los que tributan por contribución territorial, de tal situación, revertiendo sobre ellos las consecuencias más onerosas de un sistema que, considerado en globo, padecen, ordinariamente, más que disfrutan, hubiese sido, en verdad, injusto. Las graves injusticias que socialmente crea nuestro sistema fiscal se hubiesen visto agravadas sin que se remediase ninguna de las imperfecciones estructurales que sustancialmente le aquejan.

La Ley contiene también otras normas de valoración no atemperadas al criterio dogmático de los valores fiscales y que, aunque presentan el mismo valor indicativo y no preceptivo, pueden de hecho revestir una gran utilidad (por ejemplo, arts. 40 y 41).

¿Obliga la fórmula de la Ley a justificar en razones expresas el abandono de las normas objetivas de valoración que ella misma contiene? Sí, a mi juicio, tanto a las partes como al Jurado, lo que habrá de permitir una fiscalización más completa de los criterios valorativos que en definitiva se adopten, tanto por el Jurado, en relación con las valoraciones de las partes, como eventualmente por la jurisdicción contenciosa en la impugnación por lesión del fallo del Jurado. Este será el juego normal que en la aplicación legal han de dar los criterios objetivos de valoración que la Ley tan circunstanciadamente enuncia.

d) *Sistema de valoración*. — 1) Como sistema de valoración la Ley establece, en primer lugar, el acuerdo amigable, artículo 24, para cuya conclusión fija un plazo de quince días, sin perjuicio de que ulteriormente «en cualquier estado posterior de la tramitación» de la pieza separada del justiprecio pueda formalizarse también este acuerdo mutuo. En la Ley de 1879 no estaba aislado especialmente este sistema del acuerdo amigable libremente negociado, y en ella, formalmente, tal acuerdo podía venir sólo por la aceptación por cada parte de las hojas de aprecio formuladas por la contraria. En la práctica, sin embargo, la negociación solía preceder a la elevación de las hojas de aprecio, de modo que cuando el acuerdo era logrado las hojas se limitaban a formalizarlo. El sistema del acuerdo amigable es ventajoso, desde el punto de vista del expropiado, pues im-

(113) Cfr. VILLAR PALASI, *Observaciones sobre el sistema fiscal español*, «Revista de Administración Pública», núm. 4, 1951, págs. 93 y ss.

plica reducir la forzosidad expropiatoria, excluyéndola en punto tan decisivo como la indemnización. Para la Administración, sin embargo, al lado de la ventaja de la rapidez, presenta un grave riesgo, y es la libre discreción de que disfrutan los órganos negociadores para comprometer el Tesoro público; en muchas ocasiones puede ser fundado temer que los órganos llamados a decidir, aun obrando con independencia y objetividad (lo cual, por la quiebra casi absoluta de nuestro sistema de incompatibilidades funcionariales puede presentarse en algunos casos problemático), se sientan movidos a asentir en precios elevados, e incluso gravosos, por la facilidad de gestión que esto puede, efectivamente, proporcionar. La garantía frente a este riesgo puede venir únicamente del montaje de sistemas internos de control general, independientemente del posible control jerárquico de los servicios, y, a ser posible, centralizando esta función y poniéndola orgánicamente al margen de todo servicio particular, sistema para el cual no faltan ejemplos en el Derecho comparado (114).

¿Cuál es la naturaleza de estos acuerdos amigables? En Derecho francés se ha distinguido con toda corrección (115) entre «cesión amigable», propiamente tal, y «adhesión a la expropiación»; aquélla refiere el acuerdo anterior a la iniciación del expediente expropiatorio; ésta última, la conformidad en el precio una vez iniciado este expediente. En el primer caso se trata, sin duda, de una compraventa (o el tipo correspondiente en la hipótesis de las expropiaciones no plenas), cuya naturaleza de contrato civil o administrativo dependerá del objeto de que en definitiva se trate y del contenido y circunstancias de su acuerdo (116); la «adhesión a la expropiación», por el contrario, es un simple acuerdo sobre la cuantía de la indemnización, en tanto que el efecto transitivo se produce *ope expropriationis* (117). Esta tesis es trasladable a nuestro Derecho.

(114) Vid., por ejemplo, en BAUDRY: Op. cit., págs. 244 y ss., el Decreto francés de 28 de agosto de 1940 que establece una Comisión central y Comisiones departamentales de control para la vigilancia de precios de arrendamientos y de adquisiciones de inmuebles o derechos reales inmobiliarios concertados amistosamente o en curso de expropiación.

(115) BAUDRY: Págs. 37 y ss. y 53 y ss.; en realidad se distinguen tres tipos de acuerdo: «cesiones amigables», antes de recurrir, cuando se tornan imposibles, a la expropiación; «tratados o acuerdos amigables», cuando se ha declarado la utilidad pública, pero no la ordenanza o decreto de expropiación (página 49), y acuerdos de «adhesión», los posteriores al Decreto expropiatorio. Dado que en Derecho español, como hemos indicado más atrás, no existe el acuerdo expropiatorio explícito o (en el caso de expropiación ordinaria) de transferencia de propiedad, operándose ésta por el pago del precio, los dos tipos últimos deben refundirse en uno, como se hace en el texto.

(116) No podemos entrar aquí, naturalmente, en el problema del contrato administrativo en nuestro Derecho. Vid. mi artículo *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en «Revista de Administración Pública», número 10, 1953, págs. 241 y ss. y bibliografía allí citada.

(117) Cfr. también CARUGNO: Op. cit., págs. 249 y ss., que da al acuerdo de indemnización contenido transaccional sobre el precio, sin otros efectos; la calificación de transacción es artificiosa y no es aceptable en modo alguno a mi juicio, en sus efectos derivados (art. 6 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, etc.).

Entre las consecuencias de esta calificación podemos citar rápidamente: para el concierto de estos acuerdos de adhesión a la expropiación no rigen las normas de la contratación administrativa o civil, sino las específicas del procedimiento expropiatorio; todo eventual litigio sobre los mismos será siempre contencioso-administrativo; el título de adquisición (en el caso ordinario de expropiación transitiva plena) seguirá siendo el acta de pago, complementada por la de ocupación, y no un concierto substantivo de transferencia; sigue, pues, siendo real, y no consensual el efecto translativo; por la misma razón no es precisa la forma notarial que para los contratos superiores a 250.000 pesetas imponen las normas de la contratación administrativa; y, sobre todo, después del acuerdo del expropiado no es titular de ninguna obligación, sino que la indemnización acordada sigue jugando como presupuesto para la producción del efecto expropiatorio a iniciativa del expropiante, y no, pues, como contenido de una relación deuda-crédito (118).

2) En defecto de acuerdo amigable, inicial o sobrevenido en trámite la pieza separada de justiprecio, y planteada, pues, la discrepancia de las partes sobre el valor de la indemnización, es cuando se plantea el tema específico del sistema de evaluación a adoptar. La justicia en el precio; que se expresa en la locución legal «justo precio», se manifiesta no sólo definiendo un hipotético contenido del mismo, sino, y sobre todo, asegurando que su valoración haya de efectuarse de un modo objetivo y eficiente. En este punto, que es capital de la institución expropiatoria (119), la nueva Ley aporta una innovación fundamental.

El sistema del tercer perito, que era hasta ahora el adoptado por nuestro derecho de expropiación, adolecía, en verdad, de graves inconvenientes. El tercer perito era hasta la Ley de 1879 un árbitro en sentido rigurosamente formal, un dirimente. El artículo 7.º de la Ley de 1836 remitía a este tercer perito, en caso de discordia de las partes (representadas por sus peritos respectivos), la fijación de justo precio. La Real Orden de 30 de julio de 1863 habla expresamente de «*laudos* de los peritos terceros» (art. 1.º), vinculando a la Administración hasta el punto de quedar igualada con el particular en la necesidad de impugnar judicialmente la eventual lesión que el precio fijado en ese laudo pudiese representar para ella (arts. 3.º y 4.º de la misma Real Orden). La Ley de 1879 rectificó este criterio, definiendo a favor de la Administración el privilegio de la decisión previa en la materia, que implicaba para

(118) Cfr. RODRÍGUEZ MORO, pág. 297 y lo indicado más atrás sobre la naturaleza de la indemnización expropiatoria: sólo esta nota condena la tesis de LUCIFREDI sobre la calificación de la expropiación como una ejecución forzosa de un deber de prestación incumplido. Vid. las referencias de la nota 35. *supra*.

(119) «La fijación de la indemnización constituye, como es obvio, el problema capital de una ley de expropiación», dice la Exposición de Motivos de la Ley. Sólo la innovación que aquí efectúa la Ley hubiese justificado la reforma.

ella la libertad de fijación unilateral de la indemnización expropiatoria, reduciéndose el juicio estimatorio del perito tercero a la categoría de «dictamen» no vinculante en cuanto al fondo, aunque de emisión preceptiva. De hecho, sin embargo, aunque legalmente el juicio del perito tercero concretaba un elemento más de juicio, una extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo ha asignado a ese juicio prácticamente su antiguo carácter arbitral, haciéndole virtualmente decisivo en la inmensa mayoría de los casos en que se ha llevado a su jurisdicción un conflicto sobre esta materia (120).

No será preciso extenderse demasiado para criticar este sistema. En primer lugar, el tercer perito suele ser un profesional libre que no sólo no tiene razones para defender el Tesoro público, sino al que incluso cabe suponer un cierto interés positivo en satisfacer a los propietarios particulares. Es de toda evidencia que la dureza de imponer el rigor de la Ley no puede ser exigida a quien no haga de ello una dedicación más o menos estable o permanente e incluso su medio de vida; todas las razones que puedan oponerse al juicio por jurados populares, por ejemplo, son de aplicación a este caso, incrementadas por la materia de que aquí se trata, que no llaman tan gravemente como en los juicios criminales a la responsabilidad de defender la sociedad. En segundo lugar, el carácter unipersonal de este órgano dirimiente, que de hecho es el tercer perito, y su ocasionalidad para cada uno de los distintos expedientes agrava todos esos riesgos hasta el límite, como es obvio, sin que alcance a compensarlos la garantía de que su designación es realizada por el juez, supuesto, además, el carácter mecánico con que de ordinario se efectúan estas designaciones, ni tampoco la posible utilización de las recusaciones. En fin, todos los motivos que en el sistema general del derecho público han impuesto la proscripción o limitación estricta de la posibilidad de transigir o de someter a árbitros o amigables componedores los derechos de la Administración (121) son íntegramente de aplicación frente al sistema del perito tercero (122).

(120) Vid. con amplias referencias RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., págs. 323 y ss. En definitiva, la doctrina jurisprudencial puede concretarse diciendo que asigna un valor de exactitud *iuris tantum* al dictamen del perito tercero, de modo que debe probarse positivamente el error o la irregularidad del mismo para apartarse de él. En la jurisprudencia de la Sala V. a propósito de las expropiaciones de «interés social» de la Ley de 27 de abril de 1946, este criterio está aún más extremado: Vid. LAMÓ DE ESPINOSA: *La expropiación forzosa de fincas rústicas*, cit., especialmente los expresivos cuadros estadísticos finales, apéndice anejo a), pág. 64. Hay que tener en cuenta que la práctica administrativa tiende a acercarse ordinariamente al dictamen del tercer perito y que los casos fallados por esta jurisprudencia vienen a ser casi en su totalidad los únicos en que excepcionalmente tal criterio no se había seguido.

(121) Cfr. CLAVERO ARÉVALO: *Posibilidades de transacción con la Administración local*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», 74, 1954, págs. 161 y ss. y bibliografía que se cita.

(122) La Exposición de Motivos de la Ley es aquí muy precisa: «Y es evidente que el sistema del «tercer perito» que inspira la legislación hasta ahora vigente, reduce, en los más de los casos, a un papel puramente pasivo la función

Es, sin duda, uno de los mayores aciertos de la Ley haber abandonado ese sistema de valoración y haber erigido en su lugar un sistema nuevo verdaderamente ponderado en la eficacia y en la garantía. Este sistema nuevo es el del Jurado Provincial de Expropiación (123). El sistema de Jurados de valoración cuenta en nuestro derecho con antecedentes inmediatos en la Ley de mejora, saneamiento y reforma interior de grandes poblaciones, de 18 de marzo de 1895, Título III, respetado, aunque con carácter opcional para las Corporaciones locales, por el Reglamento de Obras y Servicios municipales, de 14 de julio de 1924, artículo 114 (124), y es un sistema que está en la actualidad presente en el Derecho comparado como una de las tendencias más fuertes dentro del mismo (125). Un Jurado de composición adecuada salva todos los inconvenientes del sistema de peritos, proporcionando, además, las ventajas que enumera con acierto la Exposición de Motivos de la Ley: «La permanencia y especialización de la función, la colegiación (que permite llevar a su seno los intereses contrapuestos) y la preparación, al mismo tiempo, en los aspectos material y jurídico, de la cuestión a decidir.»

Todo el riesgo del sistema de Jurado de evaluación está en el carácter y composición del mismo, y podemos decir que la Ley de 1954 ha acertado de lleno al resolver este problema. En primer

del órgano que formaliza la resolución, aparte de llevar consigo un juego de plazos de excesivo peso para la agilidad de la acción administrativa. Como es natural, en el procedimiento actual los peritajes de las partes están inspirados en el propio interés de éstas, al que se sobrepone la mediación arbitral del tercer perito: teóricamente cabría pensar que el tercer peritaje decidiera de derecho la cuestión como va, las más de las veces, lo hace de hecho. Pero esta solución es insatisfactoria tanto desde el punto de vista de los principios—por cuanto supone la dejación en manos privadas de una cuestión en que están vivamente comprometidos los intereses públicos e intereses privados, e implica, por lo tanto, una ruptura en las bases mismas de la justicia administrativa—como en consideración a los supuestos mismos del fallo. En efecto, en cuanto éste debe resultar de la apreciación de bases tasadas de diferente índole y, excepcionalmente de circunstancias muy singulares que justifiquen en un caso dado el separarse de aquellas no es posible dejar todos estos elementos a juicio de una persona calificada por la sola condición de su pericia en tasaciones de cierta índole. Por otra parte, solo una permanencia de la función, una reiteración de los criterios, un conocimiento de la economía local, puede abrir el paso a lo que constituye, sin duda, el ideal en esta materia: objetivar las tasaciones en forma que sean el resultado de la aplicación de criterios generalizados.»

(123) La Ley extiende la competencia del Jurado incluso a las indemnizaciones a los arrendatarios (art. 44), sustituyendo, pues, en la materia, el sistema de las Juntas de Estimación establecido por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

(124) RODRÍGUEZ MORO, buen conocedor de nuestra Administración local, nos informa que en la práctica esta opción a favor del Jurado se ha utilizado rara vez (op. cit., pág. 153), lo que no es extraño si se piensa, primero, en la poco adecuada composición del mismo y en su excesivo número de miembros y, segundo, en la circunstancia de que su organización y puesta en marcha exige un esfuerzo poco acorde con la garantía que de su funcionamiento quepa esperar.

(125) El estudio inédito de VILLAR PALASI, a que ya nos hemos referido, cita entre los países que han adoptado el sistema de Jurados de Evaluación a Francia, Alemania, Holanda, Suecia Noruega, Argentina, Grecia y Turquía.

lugar, el Jurado es un órgano provincial, con excepción de los de Ceuta y Melilla, que la Ley manda constituir en atención a las condiciones geográficas y políticas de estas ciudades (art. 32); se asegura con ello centralizar en un órgano único todas las valoraciones de las expropiaciones de cualquier índole efectuadas en la provincia, facilitando la especialización y objetivación de la función, con abstracción de toda posible consideración particularista, así como con la garantía de una inmediatividad a las circunstancias económicas locales; ello implica, por otra parte, que el Jurado es un órgano permanente y no ocasional para cada una de las expropiaciones, como ocurría con el tercer perito. En segundo lugar, el Jurado presenta en la Ley una composición reducida, cinco miembros, número que proporciona todas las ventajas de la colegiación sin los inconvenientes que ésta presenta cuando se hace excesivamente numerosa. Finalmente, el reparto de esos cinco puestos está resuelto con verdadero acierto, a mi juicio: preside un Magistrado, que designa el Presidente de la Audiencia correspondiente, y del que cabe esperar que con su autoridad, su objetividad y su hábito de decidir litigios asegure una justa integración de los pareceres técnicos de las partes; de los cuatro vocales ordinarios, dos son genuinamente administrativos, y están representados por un Abogado del Estado y un funcionario técnico, variable en atención a la naturaleza de los bienes a expropiar (126), y los otros dos han de postular ordinariamente en favor de los intereses de la parte expropiada; estos dos vocales son: un notario, profesional libre con conocimiento habitual del valor real de las transacciones, y un representante de la Cámara Sindical Agraria, cuando se trate de expropiar bienes rústicos o de los Sindicatos, en otro caso (127).

Idealmente la constitución del Jurado así constituido puede resumirse así: un técnico y un jurista por cada una de las partes, con las ventajas que puede producir esta asociación de especialidades (tanto más cuanto que está presente en el sistema estimativo

(126) El «Boletín del Colegio de Abogados de Madrid» de diciembre de 1954 parece haber entendido que todos los técnicos enumerados por el artículo 32 han de participar siempre en el Jurado, y cifra en ello uno de los motivos de su crítica, página 6. Está claro, sin embargo que de esos técnicos sólo uno, el que lo sea en la materia objeto de la expropiación, participa en la deliberación del Jurado.

(127) En el Proyecto figuraba, en lugar del vocal sindical, uno designado por las Cámaras Oficiales correspondientes a la naturaleza del bien a expropiar. La representación sindical de las Cortes logró esta sustitución, que, de momento puede afectar en algún caso al equilibrio ideal del Jurado. Es conocida la tendencia de los Sindicatos a absorber las Cámaras Oficiales, pero es un hecho que en tanto éstas subsistan su función no es íntegramente sustituible por la que pueden ofrecer los Sindicatos; piénsese nada más que en el caso de las Cámaras de la Propiedad Urbana, cuya efectiva representación de intereses es hoy por hoy difícilmente realizable por los Sindicatos, y nótese que uno de los supuestos más comunes de expropiaciones es justamente el de propiedades urbanas. Es de esperar que en el Reglamento de la Ley se atempere de algún modo este precepto de modo que no se afecte lo que de verdad interesa, que es la garantía de los expropiados.

de la Ley la grave cuestión de los valores fiscales), y un juez neutral, que asegura la objetividad del fallo. El sistema de deliberación interna, ya sin las formalidades rígidas de las hojas de aprecio de cada parte, etc., asegura la posibilidad de llegar, en la mayoría de los casos, a integraciones de criterio positivas y justas.

No interesa a los fines de este trabajo detenerse sobre el régimen interno y procedimental del Jurado, que, en todo caso, la Ley apenas apunta, remitiendo su regulación al Reglamento.

El pronunciamiento del Jurado decide la cuestión y es inmediatamente ejecutorio (art. 35). Su resolución, de la que se exige la condición de ser motivada, sin duda para facilitar su eventual fiscalización jurisdiccional, se impone así a las dos partes. Es otra diferencia radical con el sistema del perito tercero: el papel arbitral que éste desempeñaba de hecho lo es ahora formalmente reconocido al Jurado al que así se responsabiliza directamente en esta función. La Administración ha perdido con ello su importante privilegio de la decisión previa que en la Ley de 1879 disfrutaba y que se traducía en la posibilidad de resolver unilateralmente sobre la cuantía de la indemnización, a reserva de la eventual impugnación contenciosa por parte del expropiado. La Ley de 1954 prueba aquí, una vez más, su tendencia marcada a robustecer las garantías de los particulares.

e) *La garantía judicial de la valoración.* — La justicia en la indemnización expropiatoria queda asegurada estableciendo la posibilidad de que sea cualquiera el sistema de valoración seguido pueda ésta ser sometida a revisión judicial. Ya vimos al comienzo de este trabajo que esta garantía final de los administrados figura explícitamente en alguna Constitución. En el Fuero de los Españoles no se indica nada de modo expreso; pero ya avanzamos allí que poniendo en conexión su artículo 32 con el 17, que consagra formalmente el principio de legalidad de la Administración, sería posible sostener la naturaleza constitucional para nuestro derecho de esta garantía sobre la indemnización expropiatoria.

Cuando no existe un criterio objetivo sobre la extensión de la indemnización expropiatoria, sino que la cuantía de ésta es determinada libremente por las leyes de expropiación, entonces la garantía judicial no asegura más que el principio formal de la recta aplicación de la Ley por los órganos que efectúan la valoración particular. Otro carácter reviste esta garantía cuando está ligada, como en la Ley que estudiamos, a un criterio material de fondo sobre el contenido de la indemnización, el criterio del «justo precio». Entonces, a través de la fiscalización de la aplicación legal, dada la remisión en blanco que ésta efectúa a los valores reales (arts. 36 y 43), se abre al Juez la posibilidad directa e inmediata de evaluar él mismo la efectiva cuantía del sacrificio expropiatorio, tasándolo definitivamente en su valor objetivo y cierto. No cabe entonces, en verdad, una garantía superior, y en virtud de ella la expropiación

queda definitivamente configurada en nuestro derecho, no como una privación de valor, sino como una conversión de derechos patrimoniales específicos en su exacto equivalente económico.

Existía la posibilidad de que la Ley se hubiese amparado en la naturaleza arbitral del Jurado como órgano de estimación en conciencia para imponer, como en el caso ordinario de los Jurados fiscales, la irrevisibilidad de su pronunciamiento. La Ley ha optado liberalmente y con plausible acierto, por ofrecer una garantía más, y ha establecido expresamente la posibilidad de que tanto el expropiado como la Administración, impugnen ante la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución del Jurado, artículos 35 y 126.

Con independencia del posible vicio de forma en la fijación del justo precio, que puede ser impugnado específicamente dentro del principio general del derecho a las formas que ya hemos considerado, la Ley habilita una acción de lesión dirigida contra el fondo mismo de la resolución del Jurado y ante la jurisdicción contencioso-administrativa. «El recurso—dice el artículo 126—deberá fundarse en lesión cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente en trámite oportuno.» Se sigue el módulo de lesión rescisoria que figuraba ya en la Ley de 1879 y que es más favorable que el que se establece en el Derecho civil (art. 1.291, 1.º y 2.º). Es una innovación la exigencia de que ese módulo se aplique, no a un supuesto valor real libremente estimado por el recurrente en la demanda, sino precisamente al que en el expediente de justiprecio hubiese alegado eficazmente; es una precisión justa, derivada del principio de la buena fe, o si se prefiere, de los actos propios, y que había ya sancionado la jurisprudencia (128).

El carácter ejecutorio del fallo del Jurado, que como dijimos afecta también a la Administración, hace prever ahora a la Ley que el juicio de lesión pueda ser instado por la Administración. En realidad, debía haber dicho por el beneficiario, que es a quien afecta el pago de la indemnización y el único que, por tanto, está legitimado para invocar directamente la lesión sufrida. La precisión tiene ahora interés especial, pues cuando el beneficiario es un particular, concesionario o no, el régimen del recurso es idéntico al que procede en el caso normal de lesión invocada por el expropiado. Otra solución se da, sin embargo, cuando es la propia Administración la beneficiaria de la expropiación, pues entonces habrá que suponer que su eventual posición de demandante se matiza por su condición propia, y específicamente en nuestro Derecho, donde se ha substantivado como institución singular esa po-

(128) Referencias en RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., pág. 349.

sición de la Administración demandante en el llamado «recurso de lesividad» (129).

La institución del recurso de lesividad, como su propio nombre está denotando, encubre justamente una acción rescisoria por lesión, más o menos desdibujada hoy (130). En el régimen anterior a la Ley que glosamos (y mucho más en el definido antes de la Ley de 1879, por la Real Orden de 30 de julio de 1863, ya citada) uno de los objetos de la acción de lesividad podía ser, indudablemente, la resolución final administrativa, fijando el montante el justo precio; el anómalo requisito de que cumulativamente a la lesión se produzca la infracción de derechos (131) podía entenderse cumplido por la circunstancia de que la integridad patrimonial está aquí asegurada por un derecho específico, en garantía del cual está concebida precisamente la acción rescisoria que se otorga a los mismos administrados. Se plantea ahora la cuestión de si en el régimen inaugurado por la Ley de 1954 esta solución es aplicable, es decir, si la impugnación de la resolución del Jurado fijando el justo precio puede llevarla la Administración por el cauce del recurso de lesividad, o está más bien sometida a idéntico régimen que el recurso de los particulares. El interés del tema se concreta virtualmente en un único punto, el plazo, pues de aceptar la solución favorable al recurso de lesividad la Administración contaría con un plazo de cuatro años para declarar lesivo el fallo del Jurado y acudir a la vía contenciosa (art. 7 de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 7 de febrero de 1952), en tanto que la solución contraria la forzaría el estricto plazo de tres meses, a contar desde la fecha de notificación del acuerdo del Jurado.

El análisis del problema debe comenzar por examinar si el Jurado de expropiación es o no un órgano administrativo (aunque sus decisiones no estén sometidas, evidentemente, a la estructura jerárquica), pues sólo en caso de que lo fuera cabría plantear la posibilidad de promover contra sus acuerdos un recurso de lesividad, que es un recurso que la Administración interpone contra resoluciones administrativas. Esta cuestión puede entenderse resuelta con la observación de que en definitiva si los fallos del Jurado no fuesen resoluciones administrativas *stricto sensu* no serían residenciables ante la jurisdicción contenciosa, a tenor del artículo 1.º de la Ley de esta jurisdicción (132). Por otra parte, su incor-

(129) Vid. GUATA: *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, 1953, y mi trabajo, adelanto de otro más amplio inédito, *La configuración del recurso de lesividad*, «Revista de Administración Pública», núm. 15, 1954, págs. 109 y siguientes.

(130) Vid. mi trabajo citado en nota anterior donde se considera específicamente esta cuestión, en general olvidada por la doctrina actual.

(131) *La configuración*, cit., págs. 131 y ss.

(132) En la Exposición de Motivos de la Ley se desliza, sin embargo, la afirmación de que «los Jurados Provinciales de Expropiación... vienen a ser órganos en los que se componen las dos funciones pericial y judicial escindidas en el sistema actual». Apunta esta idea a la circunstancia de que en el Jurado, ór-

poración orgánica a los Gobiernos civiles, órgano administrativo prototípico, está determinada claramente en la Ley, artículo 33, párrafo 4.º. Este carácter, que no se pierde en el caso de expropiación llevada a efecto por Entidades locales o por razón de urbanismo (art. 85, norma segunda *a contrario*), califica inequívocamente al Jurado como órgano de la Administración central, lo que, sin más, excluye a las Administraciones locales de la posibilidad de impugnar sus acuerdos por la vía especial de la lesividad, bien actúen de expropiantes o de expropiadas, y las somete al régimen contencioso ordinario establecido para los administrativos (133).

Reduciéndonos a la Administración central, por consiguiente, debe aceptarse, a mi juicio, la posibilidad de que su eventual impugnación de los acuerdos del Jurado se lleve por la vía especial del recurso de lesividad. Apoyan esta conclusión la naturaleza de esta vía, ligada al beneficio de la menor edad de la Administración, con todas sus razones de fondo (134), su carácter especial de acción de lesión, que encontraría aquí una manifestación típica, la observación fundamental de que en otro caso sería difícil o imposible, las más de las veces, cumplir en el plazo de tres meses todos los trámites internos que se exigen para que la Administración promueva una acción judicial, y, finalmente, el argumento formal de que la referencia a la impugnación administrativa que contiene el artículo 126 de la Ley de Expropiación remite al régimen general contencioso-administrativo, sin declarar en ningún caso una unificación de las posiciones de la Administración y del particular. El importante sacrificio de la facultad administrativa de la decisión previa en la fijación del justo precio, que ha consumado la Ley, y la definición correlativa de la carga de impugnar judicialmente esa fijación, pueden ser parcialmente compensados con el reconocimiento de esa vía especial de impugnación que aquí sería, efectivamente, conforme han calificado la jurisprudencia y la doctrina, una vía privilegiada (135).

gano pericial, se responsabiliza directamente la decisión de fijar la indemnización expropiatoria que eran los dos aspectos separados en el régimen anterior, pero es evidente que esa decisión no es judicial en sí misma. Ha pesado también el carácter arbitral del Jurado y el equívoco sobre la naturaleza del arbitraje. En cualquier caso la calificación del Jurado como órgano judicial no es sostenible técnicamente.

(133) Artículo 2.º de la Ley de lo Contencioso, auto de 31 de enero de 1896, sentencia de 25 de noviembre de 1940.

(134) *La configuración*, cit., págs. 117 y ss.

(135) Sentencias de 12 de junio de 1929, 2 de junio de 1934, 14 de junio y 18 de diciembre de 1943, 9 de marzo de 1948, etc.; FERNÁNDEZ MOURILLO: *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1926; págs. 55 y ss.; PI Y SUÑER: *Lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1929, pág. 158; ROYO VILLANOVA: *Problemas de régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, pág. 174; GUAITA: *Op. cit.*, págs. 28, 29 y 34; GONZÁLEZ PÉREZ: *La declaración de lesividad*, «Revista de Administración Pública», número 12, 1950, págs. 61-2, etc. Por mi parte, en el trabajo inédito ya citado, del que es un adelanto el estudio *La configuración del recurso de lesividad* cit., trato de demostrar que después de su origen como un efectivo beneficio, la institución de la lesividad ha pasado a ser actualmente

5. *Retrocesión del bien expropiado.*

La última garantía que el sistema legal erige en beneficio de los administrados se manifiesta posteriormente a la íntegra consumación de la expropiación, y se concreta en el derecho con que se habilita al expropiado para recuperar el bien objeto de la expropiación «en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante o desapareciese la afectación» (art. 54). Se trata de un efecto especial producido por el juego de la causa de la expropiación, como ya adelantamos al estudiar este elemento de la potestad expropiatoria. Dogmáticamente podía ser caracterizado como la consecuencia de una «invalidez sucesiva» sobrevenida a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa (136), siendo relevante a tales efectos esta desaparición por el carácter cardinal que la causa presenta, según notamos, como destino a que se afecta el bien expropiado después de su expropiación, que hace, por ende, normal su consideración *ex post*. Lo peculiar de esta invalidez es que sus efectos se producen *ex nunc*; es decir, que no condena la validez originaria con que la expropiación fué realizada (137). No hay, pues, anulación de esta expropiación, sino mera cesación de sus efectos, la cual se habilita mediante una transmisión de signo contrario que se ha llamado expresivamente, desde la perspectiva ordinaria de la expropiación adquisitiva plena, reempción, o también reversión, retrocesión, y recientemente, sacando a primer plano la cesación del efecto expropiatorio, remisión de la expropiación (138).

El supuesto de hecho queda enunciado con la mención del texto del artículo 54 de la Ley, que se ha esforzado en dar generalidad a una hipótesis hasta este momento reservada en nuestra legislación a la expropiación tradicional para obras públicas. Por cierto, que aunque este texto no formula reserva expresa, debe entenderse que la hipótesis no se produce normalmente en el supuesto de expropiación previsto en el párrafo 2.º del artículo 15, que se extiende a zonas limítrofes de las inmediatamente necesarias al fin expropiatorio «para previsibles ampliaciones de la obra o finalidad

una positiva carga para la Administración y en manera alguna un privilegio. La aplicación que se propone en el texto estaría en la línea del genuino sentido de la institución.

(136) Sobre el concepto de invalidez sucesiva, S. ROMANO: *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, en *Scritti in onore de G. Vachelli*, recogido en los *Scritti minori* del autor, II, Milano, 1950, págs. 335 y ss., en especial para la aplicación que proponemos (que no es específicamente prevista en el estudio), a partir de la pág. 341. También GASPARRI: *L'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa, 1939. Desde la perspectiva del Derecho privado, SCOGNAMIGLIO: *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, en «Annali di Diritto comparato e studi legislativi», Roma, 1951.

(137) ROMANO: *Osservazioni*, págs. 344-5.

(138) MAISONNIER: *De la remise en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, 1954.

de que se trate»; en presencia de tal caso sólo una desafectación expresa podrá legitimar el derecho de retrocesión del expropiado, pero es evidente que no bastará para ello la circunstancia, que es normal en los demás casos, de no construirse la obra o establecerse el servicio, que aquí queda remitida a proyectos futuros; es decir, estos excedentes para ampliaciones previsibles no tienen la consideración de «parte sobrante» en la calificación del artículo 54 (139).

El derecho de retrocesión se reconoce al expropiado y a sus causahabientes, conforme ya precisaba el artículo 43 de la anterior Ley de expropiación de 1879, reformada en este punto por la Ley de 24 de julio de 1918. Este derecho estaba sometido a un plazo de caducidad de treinta años en este precepto anterior, condicionamiento que no recoge la nueva Ley, siendo difícil precisar si esta omisión responde a algún criterio o ha de ser corregida en el Reglamento.

El ejercicio del derecho de retrocesión se limita al plazo de un mes, contado «desde la fecha en que la Administración hubiera notificado la inejecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público, o desde que el particular comparezca en el expediente dándose por notificado» (art. 55). Esta última fórmula amplía las posibilidades de ejercicio de este derecho, que en la Ley anterior se condicionaba en todos los casos a la notificación directa o por edictos; se trata de evitar que el derecho del expropiado quede subordinado a la iniciativa procedimental de la Administración.

Elemento de la reversión expropiatoria es la indemnización a la Administración por el bien que se revierte. En la Ley de 1879 se seguía el criterio de que el precio de la reversión se concretaba en la devolución del precio de la expropiación original, acaso por conceptuar la reversión como una invalidación de este acto. En la práctica el sistema resultaba frecuentemente injusto y la Ley de 24 de julio de 1918, que dió nueva redacción al artículo 43 de la Ley de 1879, refirió la indemnización al valor real que la cosa tuviese en el momento de la reversión (140). La nueva Ley persiste en este criterio, que se apoya dogmáticamente, en efecto, en el concepto de invalidez sobrevenida, y no original, de la expropiación que a la reversión corresponde, según se ha indicado, y en los efectos de esta calificación. Sólo si la reversión tiene lugar antes del plazo

(139) Es la solución normal en aquellos derechos que construyen con fines fiscales o de expropiación de plusvalías la que llaman «expropiación por zonas» (no en el sentido de nuestra Ley), que se extiende a las zonas limítrofes a los proyectos determinantes de la expropiación, solución frecuente en las expropiaciones urbanísticas y que la Ley de 16 de diciembre de 1954 (acaso por la remisión en blanco a las normas especiales sobre expropiaciones urbanísticas, art. 85) no ha regulado. Para la inaplicación en tales hipótesis del derecho de reversión, inaplicación fácilmente explicable por la peculiaridad de su *causa expropriandi*, que es la que sostiene este derecho, BAUDRY: Op. cit., pág. 112; WILKIN: Op. cit., pág. 23.

(140) RODRÍGUEZ MORO: Op. cit., pág. 369.

de dos años desde la expropiación (manifestada, como sabemos, en la ocupación y el pago), «se entenderá que el precio debe ser el inicial, salvo que en el objeto expropiado se hubieren realizado mejoras o producido daños que afecten a dicha valoración» (art. 54); evidentemente este plazo de dos años está tomado del artículo 58 que lo establece, como ya dijimos, como período de vigencia del justo precio expropiatorio en cuanto a su pago por la Administración.

B) LA EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA A CUALQUIER DAÑO PATRIMONIAL IMPUTABLE A LA ADMINISTRACIÓN

La peculiaridad quizá más notable de la nueva Ley de Expropiación Forzosa es la extensión del sistema de garantía patrimonial de los administrados fuera del supuesto de expropiación propiamente tal, aplicándolo a cualquier daño patrimonial imputable a la Administración y no sólo al despojo expropiatorio. La Ley desborda así los límites reconocidos a la institución de la expropiación forzosa, entrando a regular derivativamente el tema de la responsabilidad civil de la Administración. Teniendo en cuenta la radical reforma que la Ley aporta en esta materia, se encuentra aquí, sin duda, la más trascendental de sus innovaciones, sistemática y políticamente.

1. *La reforma del sistema de responsabilidad civil de la Administración.*

a) *El artículo 121 de la Ley.*—«Dará también lugar a indemnización... toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o [de] la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo».

Esta es la norma esencial sobre el tema, y se comprende en el párrafo 1.º del artículo 121 de la Ley. Sobre sus términos escuetos ha de reposar, en adelante, uno de los puntos cardinales de nuestro ordenamiento positivo.

b) *Oportunidad de la reforma:* aa) *El sistema anterior.*—El sistema vigente hasta esta Ley, en orden a la responsabilidad civil de la Administración, adolecía de una imperfección de gran bulto, que constituía ciertamente una de las quiebras más significativas de nuestro régimen administrativo. El principio fundamental sobre la materia era el contenido en el artículo 1.903, párrafo 5.º, del Código civil: «El Estado es responsable en este con-

cepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.»

Este precepto era susceptible de una interpretación positiva, que aplicó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de enero de 1892, y que postuló más tarde con acierto FERNÁNDEZ DE VELASCO: el artículo 1.903 trata expresamente de la responsabilidad por hechos de tercero, y de aquí la referencia «por este concepto» al «agente especial», que, al carecer de la condición de órgano de la Administración, es efectivamente un tercero respecto de ella; en la hipótesis alternativa del «agente especial», es decir, «cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada», la Administración debe responder, no por la teoría de la responsabilidad por hecho de tercero, sino por el principio de responsabilidad por hechos propios, dado que el funcionario es un órgano de la Administración y a su través es ésta verdaderamente quien actúa, lo que expresa con corrección el precepto al remitir para este supuesto al juego del artículo 1.902 (141) (142). Esta interpretación es, en verdad, difícilmente impugnabile; pero, sin embargo, con la excepción de esa sentencia ya citada, el Tribunal Supremo se apartó de ella para llegar al resultado absurdo de sancionar la irresponsabilidad civil de la Administración fuera de la hipótesis excepcional de su actuación mediante «agente especial». Es como si en el caso de las sociedades mercantiles se llegase a sostener que únicamente respondían civilmente por hechos de los dependientes, pero no por los de sus factores y órganos ordinarios, dado que sólo a los dependientes se menciona en el artículo 1.903. Lo que claramente

(141) FERNÁNDEZ DE VELASCO: *Resumen*, cit., II, págs. 445 y ss.

(142) En la jurisprudencia y doctrina civil francesa, que es matizadísima, como se sabe, en toda la materia de responsabilidad, se distingue también ordinariamente, al tratar de la responsabilidad por hechos de otro, entre los hechos de un «agente de ejecución» y los de un «representante», afirmándose que la responsabilidad por hechos de un órgano o representante en el caso de las personas jurídicas es responsabilidad directa, y «por hecho personal», no indirecta. Vid. CHAPUS: *Responsabilité publique et responsabilité privée*, cit., págs. 203 y ss.; MICHOU: *La théorie de la personnalité morale*, 3.^a ed. por TROTABAS, II, París, 1952, págs. 243 y ss.; H. MAZEAUD y L. MAZEAUD: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 4.^a ed., II, París, 1949, págs. 829 y ss. Es notable el paralelismo de terminología con nuestro artículo 1.903. A continuación hacemos una referencia al problema de las personas jurídicas privadas en nuestro Derecho, que es necesario resolver en el mismo sentido. Sobre el problema general en la responsabilidad de la Administración, calificada como responsabilidad directa y no como responsabilidad por hecho de tercero, especialmente ALESSI: *La responsabilità della pubblica Amministrazione* cit., págs. 142 y ss., criticando la misma doctrina acogida por nuestro Tribunal Supremo y a la que a continuación nos referimos. Recientemente ha surgido una voz disidente en esta construcción, la de CASERTA: *L'illicito degli enti pubblici*, Torino, 1953, págs. 186 y ss., aunque dentro de una teoría de conjunto que coincide en sus aplicaciones con la doctrina general.

es una ampliación de la extensión de la responsabilidad, la responsabilidad por hecho de tercero, se interpretó como el único caso de responsabilidad posible, negando ésta en la hipótesis ordinaria de los daños producidos por actuación propia. El Tribunal Supremo entendió que de los daños causados por la Administración a través de sus órganos y funcionarios obrando en el ejercicio de sus cargos era responsable el propio funcionario o el titular del órgano de que se tratase, conforme a la Ley de Responsabilidad Civil de los Funcionarios, de 5 de abril de 1904, y Reglamento de 23 de septiembre siguiente (143). La base teórica de esta absurda conclusión no podía ser más endeble: el Estado no es responsable de los daños que resulten a los particulares como consecuencia de la gestión de los empleados públicos porque no cabe suponer en el Estado culpa ni aun negligencia en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes, sino, por el contrario, la previsión humanamente posible para que cada servicio responda al bien general (144); en cambio, el Estado debe responder cuando obra por agente especial, porque en tal caso cabe imputarle una culpa *in eligendo*, que es la base de su responsabilidad (145).

Es dudoso discernir cuál de estas dos interpretaciones estaba en el ánimo de los redactores del Código civil (146); pero es un hecho que el Tribunal Supremo hizo naufragar todas las posibilidades del texto legal, incluso, como hemos observado, las posibilidades precisamente más razonables. Pesó sobre esta tendencia decisivamente la concepción que privó en todo el mundo, y no sólo entre nosotros, a lo largo del siglo XIX, y aun hasta nuestros mismos días en países como Estados Unidos e Inglaterra, según la cual responsabilidad y soberanía eran términos rigurosamente antitéticos, imponiéndose la doctrina de la irresponsabilidad civil de la Administración: «de propre de la souveranité—decía LAFERRIERE en 1896—est de s'imposer à tous sans compensation». La doctrina de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil,

(143) Sentencias de 18 de mayo de 1904, 8 de julio de 1911, 18 de febrero de 1914.

(144) Así expresamente, sentencia de 7 de enero de 1898. El mismo argumento en LAFERRIERE: *Traité de la juridiction*, cit., I, pág. 622.

(145) Sentencia de 18 de mayo de 1904 citada. Como se ve, el Tribunal Supremo concibe la actuación de la Administración por los órganos y funcionarios ordinarios como actuación a través de tercero, construyendo el supuesto de la responsabilidad derivada de esta actuación desde la perspectiva de la responsabilidad por hechos ajenos, y específicamente desde la tesis de la culpa *in eligendo*. Como hemos observado, esto equivale a negar la doctrina del órgano, base de toda organización colectiva.

(146) Pues el párrafo relativo a la responsabilidad del Estado es la única novedad del artículo por relación a su modelo, el artículo 1.384 del *Code*. El precepto tampoco se encuentra en otros derechos de donde pudieran haberse inspirado los redactores del Código. Sin embargo, es preciso reconocer que la doctrina administrativa del momento (Cfr. nota 144 y el texto que sigue) estaba en la línea de la posición negativa.

que impera hasta hoy mismo, llegaba a análogas consecuencias, por la dificultad de suponer una culpa propia de la Administración y no atribuible directamente al agente que obra en nombre de ella.

Así, en nuestro Derecho el artículo 1.903 del Código civil ha jugado como un principio de negación de la responsabilidad civil de la Administración en los supuestos ordinarios, fuera de la hipótesis singular—y excepcionalísima en la práctica—de la actuación de «agente especial». Por mi parte sospecho sobre algunos datos que en la jurisprudencia y aun en la legislación del siglo XIX es posible encontrar criterios más liberales sobre la materia, aunque no es ocasión propicia ésta para verificarlo; a mi juicio en esta institución fundamental, como en otras muchas que están en el quicio mismo de nuestro régimen administrativo, ha de ser posible señalar el ingente bache que el Derecho Administrativo sufre en nuestra patria en el último tercio del siglo XIX, en cuyo fondo se perdieron algunos principios decisivos, que hoy volvemos a valorar, y a intentar recuperar incluso, tras un largo oscurecimiento (147).

En leyes especiales se ha enunciado en alguna ocasión el principio de indemnización por daños producidos con ocasión de sacrificios forzosos, preceptos que vienen siendo citados tradicionalmente como excepciones al principio de irresponsabilidad que re-

(147) Los factores determinantes de esta gran depresión son dos a mi juicio: la pérdida del espíritu de la primera y magnífica generación de administrativistas, y su sustitución por abogados que dejan ya de teorizar el Derecho administrativo como construcción política y de conjunto, y, en segundo lugar, la separación del Consejo de Estado de la función jurisdiccional contencioso-administrativa con el fracaso subsiguiente de la llamada jurisdicción mixta. Aunque brevemente, he notado ya la existencia de este declive en lo que hace a la jurisdicción contencioso-administrativa en general, y a aspectos señalados dentro de la misma, en *La configuración del recurso de lesividad* cit., especialmente págs. 110-1, nota, y *passim*. Datos fundamentales que permiten sostener la afirmación del texto son: la Ley de 9 de abril de 1842, que estableció la responsabilidad del Estado por los daños producidos por las guerras carlistas, adelantándose a lo que en nuestros días ha sido tomado como la solución más avanzada dentro del principio de responsabilidad (Cfr. JEZE: *La réparation integrale des dommages causés par les faits de guerre*, en «Revue de Droit Public», 1915, págs. 5 y ss.; ROLLAND: *La loi de 17 avril 1919 sur la réparation des dommages causés par les faits de guerre*, en la misma Revista, 1919, páginas 367 y ss.; MAYRAS: *La réparation des dommages matériels et corporels causés par la guerre*, en «Conseil d'Etat, Etudes e: documents», Paris, 1948, págs. 54 y ss.; BERLIA: *Essai sur les fondements de la responsabilité civile en Droit public français*, en «Revue de Droit Public», 1951, págs. 685 y ss.; FEDERICO-NICOLETTI: *Il risarcimento dei danni di guerra*, Milano, 1954; ALESSI: *La responsabilità*, págs. 332 y ss.; FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit., págs. 280 y ss.); el artículo 4.º del Reglamento de 22 de junio de 1894 para la ejecución de la Ley de lo Contencioso (que procede del texto de 1888), que supone indemnizables, según principios sustantivos que no son los del artículo 1.903 del C. c., los perjuicios dimanados de actos discrecionales no fiscalizables en vía contenciosa, etc. Vid. también referencias a antigua doctrina jurisprudencial en el mismo sentido, en S. ROYO VILLANOVA: *La responsabilidad de la Administración*, Madrid, Tipografía de Archivos, 1933, págs. 63 y ss.

sulta del artículo 1.903 del Código civil (148), pero que en su gran mayoría quedan hoy comprendidos dentro del amplio concepto de expropiación forzosa que resulta del artículo 1.º de la nueva Ley que estamos estudiando (Ley de expropiación propiamente tal, requisas civiles de la Ley de Aguas, indemnización por inejecución de sentencias contencioso - administrativas, rescate de concesiones de puertos, requisas y sacrificios sanitarios y por epizootias, servidumbres forestales, indemnización a los testigos de juicios penales, y, finalmente, artículo 4.º del Reglamento de 1894 para la ejecución de la Ley de lo contencioso) (149).

La Ley de Régimen Local vigente, en su primera formulación de 16 de diciembre de 1950 (hoy texto refundido de 24 de junio de 1955), había introducido por vez primera en nuestro Derecho, con las anteriores salvedades, el principio general de responsabilidad civil administrativa en la esfera de la Administración local, según la siguiente expresión de su artículo 405: «Las entidades locales responderán civilmente, en forma directa o subsidiaria, según se especifica en el artículo siguiente, de los perjuicios y daños que al derecho de los particulares irroge la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios o agentes, en la esfera de sus atribuciones respectivas.» La fórmula parece tomada del Derecho alemán, como luego precisaremos.

bb] *El Derecho comparado.*—Nuestro ordenamiento había llegado a ser una flagrante excepción en el Derecho comparado, dentro del cual se ha ido extendiendo uniformemente el principio de responsabilidad de la Administración desde finales del siglo pasado hasta llegar a hacer del mismo una de las piezas maestras de la construcción positiva del Estado de Derecho. Este desenvolvimiento, que constituye una de las muestras más concluyentes de la vitalidad del Derecho administrativo surgido de la Revolución francesa, ha corrido pareja curiosamente con el paralelo incremento de la acción del Estado durante el mismo período, y se nos ofrece como una contrapartida fundamental con que neutralizar esta fuerte tendencia; sobre lo cual hablaremos más ade-

(148) ROYO VILLANOVA: *La responsabilidad*, págs. 57 y ss.; GARRIDO FALLA: *La teoría de la indemnización de derecho público*, cit., págs. 431 y ss.

(149) Especialmente sobre el artículo 4.º del Reglamento de lo contencioso-administrativo se ha intentado fundar el principio general de indemnización por daños producidos mediante sacrificios legítimos (GARRIDO: *Op. cit.*, págs. 432, 434, 440). Se ha tratado, sin duda, de una construcción forzada por la menesterosidad de nuestro régimen positivo, y laudable en cuanto intentaba remediar tan grave deficiencia, pero objetivamente poco justificada, ya que se trata de una simple reserva legal («sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones») que nada prejuzga, tanto más cuanto que se trata de una norma procesal y, además, reglamentaria. Cfr. ROYO VILLANOVA: *La responsabilidad*, cit., págs. 59 y ss.; ALONSO OLEA, reseña del citado trabajo de GARRIDO, en «Revista de Administración Pública», número 10, 1953, página 312, nota. Como se verá, ese artículo 4.º ha pesado todavía en la nueva Ley.

lante. Toda una prolija teoría, constantemente en evolución y discusión, ha sido puesta en juego para sostener y alentar este principio de responsabilidad de la Administración, que tan frontalmente afectaba a dogmas seculares tenidos por inconvencibles. Desde un modesto y oscuro origen jurisprudencial el principio ha herido tan agudamente la sensibilidad de los juristas, y lo han valorado hasta tal punto como una conquista de primer orden, que han pugnado por plasmarlo y consagrarlo solemnemente en la superlegalidad de las Constituciones, en lo que ha culminado su carácter definidor y central dentro del esquema del Estado de Derecho (150): *ultima ratio* del Estado de Derecho lo llamó expresivamente WALTER JELLINEK (151).

La última manifestación de esta poderosa tendencia ha sido la de los países anglosajones. En un famoso artículo, publicado en 1929, el norteamericano GARNER había sostenido que la única diferencia substancial que entonces separaba el régimen administrativo continental del propio de los países anglosajones era justamente la repulsa que en éstos se encontraba del principio de responsabilidad civil de la Administración (152). La atribución de responsabilidad, según el derecho común (*the ordinary law of the land*), al funcionario o agente ejecutor, que DICEY había visto como una de las superioridades del sistema inglés sobre el *Droit administratif* de tipo

(150) La consagración constitucional de la responsabilidad de la Administración se inicia con la Constitución de Weimar en 1919, artículo 131, y de aquí pasa a todo el movimiento constitucional posterior (Constituciones austriaca, rumana, polaca, griega, checa, española de 1931, yugoslava, etc.), continuándose en el constitucionalismo de esta segunda postguerra (yugoslava de 1945, art. 41; brasileña de 1946, art. 194; japonesa de 1946, art. 17; coreana de 1948, art. 27; las varias de los Länder alemanes; italiana de 1948, art. 28; federal alemana de 1949, art. 34; uruguaya de 1952, art. 24).

(151) Citado por ROYO VILLANOVA: Op. cit., pág. 49. LEGAZ LACAMBRA, *El Estado de Derecho*, en «Revista de Administración Pública», núm. 6, 1951, página 30, afirma concluyentemente que «un sistema de responsabilidad de la Administración... es esencial a la existencia del Estado de Derecho». En Inglaterra el famoso informe del «Committee on Ministers' Powers» de 1932, que tanto influjo ha tenido en el desenvolvimiento del derecho público británico, al recomendar la corrección legislativa del sistema de irresponsabilidad de la Corona (vid., *infra*) se refirió al mismo como una «lacuna in the rule of law» (ROBSON: *Justice and Administrative Law*, 3.^a ed., London, 1951, pág. 439, v en la edición oficial del *Report*, H. M. S. O., pág. 112), y es sabido que esta expresión «rule or supremacy of law», independientemente del sentido peculiar y polémico que le asignó DICEY (vid. más adelante en el texto y nota 153), se utiliza en los países anglosajones con análogo alcance que la expresión continental «Estado de Derecho». La incompatibilidad del principio con el sistema comunista, que lo considera de inspiración «propietarista», en el trabajo del jurista soviético KARADJE-ISKROW: *Notes sur la responsabilité de la puissance publique*, en «Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie juridique», 1936.

(152) J. W. GARNER: *La conception anglo-américaine du Droit administratif*, en *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, 1929, págs. 335 y ss., especialmente a partir de la página 362.

francés, caracterizado como un derecho regresivo y antiliberal (153), es insólitamente reconocido de pronto como un serio motivo de inferioridad en el orden de la garantía. Lo que sobresalía no era ciertamente esa afirmación de la responsabilidad del funcionario, sino justamente la negación de esta responsabilidad al ente colectivo que se expresaba en el principio histórico *the king can do no wrong* (154), y que comienza entonces a calificarse llanamente como *the most striking anomaly in our law* (155).

En Norteamérica la rectificación de este estado de cosas ha seguido una vía singular. Siendo la única posibilidad de lograr una indemnización por daños la votación por el Congreso de un *private Bill* al efecto, se generalizó muy tempranamente la práctica de acudir al Poder legislativo en demanda de este remedio excepcional. Esto implicaba, por una parte, la entrega de problemas jurídicos difíciles a un cuerpo político y no técnico, con la consecuencia inmediata, cuando no del error, de la arbitrariedad y del favoritismo más abiertos (156); por otra parte, distraer a un órgano político de la máxima autoridad en el país con cuestiones que no estaban ciertamente a la altura de su responsabilidad. Esta última consideración dió lugar, ya en 1855, a la configuración de una llamada *Court of Claims*, encargada de estudiar las reclamaciones sobre la responsabilidad contractual del Estado, organismo consultivo del

(153) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1.^a ed., 1885; cito por la 9.^a ed. de WADE, repr., London, 1952, pág. 345. La crítica de DICEY al sistema de «protection of officials» omite la consecuencia que el sistema implicaba de una vinculación de la Administración en cuanto tal, que resulta mucho más efectiva que la responsabilidad personal de los agentes. «Históricamente, el artículo 75 de la Constitución del año VIII—dice HAURIOU, refiriéndose al precepto mismo que critica DICEY—y la garantía de los funcionarios son la causa, al menos en la misma medida que el principio de separación de los poderes, de la canalización de nuestro Derecho en la teoría del acto; toda la exigencia de represalias ha encontrado su satisfacción en el recurso contra el acto y en las acciones de indemnización contra la Administración» (*Précis*, cit., pág. 33). Vid. también más adelante en el texto.

(154) Cfr. ROBINSON: *Public authorities and legal liability*, London, 1925, págs. 6 y ss. y el capítulo introductorio de MORGAN: *Remedies against the Crown*, páginas XV y ss. «Que esta doctrina—dice GARNER: Op. cit., página 36—haya sido introducida en los Estados Unidos, donde no ha habido rey, donde el jefe del Estado no fué jamás el soberano, donde el poder soberano del Estado se residenció desde el principio en el pueblo, es un misterio, incluso para ciertos juristas americanos.» En el mismo sentido, STREET: «Why this English theory of sovereign immunity, an immunity originally personal to the King, came to be applied to the United States is one of the mysteries of the legal evolution» (*Governmental liability. A comparative study*, Cambridge, 1953, pág. 8). GELLHORN y SCHENCK lo atribuyen «to the financial instability of the infant American States», después de la Guerra de Independencia, más que al influjo de los fundamentos teóricos de la doctrina, en *Tort Actions against the Federal Government*, «Columbia Law Review», 47, 1947, pág. 722.

(155) MORGAN: Op. cit., pág. XVIII. El ya citado informe del «Committee on Ministers' Powers» llama también al principio expresivamente «a gap in the structure of the Constitution, where the supremacy of the Law does not prevail» (pág. 118 de la ed. citada).

(156) GARNER: Op. cit., pág. 370; STREET: Op. cit., págs. 10 y ss.

Congreso en su primera fase, pero que en 1863 se independiza, funcionando como verdadero Tribunal (157). Sin duda, pesaron también decisivamente en esta primera brecha contra el dogma de la inmunidad del Estado las exigencias prácticas derivadas de la contratación pública, que requiere inexcusablemente una garantía de este carácter (158). En materia de *torts* (daños extracontractuales), sin embargo, persistió la práctica de los *private Bills*. En forma creciente el Congreso se vió inundado de peticiones de este carácter. El setenta y cuatro y el setenta y cinco Congresos, por ejemplo, recibieron cada uno más de 2.300 reclamaciones por este concepto, cuya cuantía total de indemnizaciones excedía de los cien millones de dólares (159). El escándalo se mezcló gravemente en el tema. Los dos factores empujaron fuertemente a una reforma que reconociese la persecución judicial de la responsabilidad extracontractual del Estado. Desde 1929 se estudian proyectos en este sentido, que no logran plasmarse en realidad hasta 1946. Como título IV de la *Legislative Reorganization Act*, dictada en esta fedra, se incluyó una *Federal Tort Claims Act*, que acogió, por vez primera, el principio de la responsabilidad extracontractual del Estado americano (160). Es expresiva esta inclusión de la Ley de Responsabilidad en la Ley general de Reorganización del Congreso, porque prueba, mejor que cualquier afirmación, cómo ha sido el cuidado de descargar las labores del Congreso, y, muy principalmente, el de regular y moralizar su actuación (161), las razones que han movido a reforma tan trascendental, aunque, naturalmente, se incluyesen en la cuestión los motivos generales que postulaban la reg'la de la responsabilidad estatal judicialmente exigible. La competencia se atribuye a los Tribunales de Distrito con apelación ante la *Court of Claims*.

En Inglaterra el proceso ha sido distinto. Los inconvenientes del sistema de atribución directa de la responsabilidad por daños al funcionario fueron emergiendo vívidamente en cuanto la Administración inglesa fué extendiendo sus actividades y actuando, por consiguiente, anónima e impersonalmente. En 1921, el Lord

(157) STREET: Op. cit., págs. 11 y ss. En 1887 se traslada a los «Federal District Courts» la jurisdicción sobre cuantías hasta 10.000 dólares. *Ibidem*, pág. 12.

(158) Cfr. SCHWARTZ: *Le Droit administratif américain*, París, 1952 páginas 219 y ss.

(159) STREET: Op. cit., pág. 12.

(160) STREET: *Ibidem*; SCHWARTZ: Op. cit., págs. 227 y ss. El texto de la Ley, en el apéndice a la obra de PARKER, *Administrative Law*, Indianápolis, 1952, págs. 307 y ss.; puede verse su traducción castellana en FRAGA IRIBARNE: *La reforma del Congreso de los Estados Unidos*, Madrid, 1951, págs. 567-577.

(161) TUNC Y TUNC: *Le Système constitutionnel des Etats Unis d'Amérique*, II, París, 1954, pág. 71, nota: «Una fuente importante de despilfuerzo y de escándalo ha sido suprimida desde que la Legislative Reorganization Act, en su título IV («Federal Tort Claims Act»), ha prohibido la introducción de ciertos proyectos de «leyes privadas» Sobre el sentido general de la Ley de Reorganización, vid. la obra de FRAGA citada en nota anterior.

Canciller designa una comisión de estudio del problema, la cual, en 1927, tras de un extenso estudio, presenta un proyecto de ley que propone abiertamente *make the Crown freely suable in tort*, proyecto que se pierde entre las urgencias políticas (162). El informe del *Commitee on Ministers' Powers*, de 1932, reitera la recomendación (163). Adviene por estas mismas fechas la conocida polémica sobre el Derecho administrativo en Inglaterra, y la revisión del concepto de *rule of law*, de DICEY, entendido como *rule of judge*, polémica que dura virtualmente hasta nuestros días, y tras de la cual se ha puesto definitivamente en evidencia la inferioridad de garantías que el sistema británico ofrece frente al régimen administrativo continental (164); «el punto de vista de DICEY es compartido ya por muy poca gente a este lado del Canal. Incluso los juristas más conservadores están dispuestos a reconocer que el sistema francés ofrece al ciudadano mayores garantías de justicia y mayores ocasiones de reparación en sus relaciones con el Estado que los tribunales ingleses. Ningún jurista inglés pareció dispuesto a sostener lo contrario en la Conferencia jurídica anglo-francesa, organizada en Londres por la Law Society, en 1947» (165).

La habilitación de ficciones jurídicas, de que tan amplia gala suele hacer el Derecho inglés, había acertado a paliar algunos inconvenientes del sistema. Se estableció la práctica, en efecto, de que los Ministerios aceptaban las demandas dirigidas contra un funcionario designado por ellos a estos efectos, y que no tenía ordinariamente la menor relación con el hecho dañoso que se ventilaba, soportando el propio Ministerio las costas, y en caso de vencimiento, la integridad de la condena (166). El arbitrio funcionó hasta 1946, en que la Cámara de los Lores lo hizo saltar juzgando un caso concreto (167). Esta decisión movió a la *Court of Appeal*

(162) STREET: Op. cit., pág. 5. La primera ruptura de la inmunidad de la Corona por daños extracontractuales se presenta, sin embargo, en Austria en virtud de una ley votada por el Parlamento de este país en 1903. Este precedente fué constantemente invocado en el movimiento de reforma. (Vid. MORGAN: Op. cit., págs. XXIX y ss.; STREET: Op. cit., págs. 6-7). Otros países de la «Commonwealth» siguieron este camino con anterioridad a la metrópoli: Africa del Sur, 1910; Canadá, 1927 (STREET, págs. 6-7). Hay que hacer la reserva de que en materia contractual la responsabilidad de la Corona podía hacerse valer por el sistema—imperfectísimo como discrecional, y objeto también de la reforma—de «petition of right» directamente dirigida a la Corona, según una práctica que remonta al siglo XIII (STREET, pág. 1); igualmente las entidades locales, no obstante considerarse como «emanations of Crown», no podían ampararse en el principio de inmunidad (MORGAN, págs. VI y ss.). La inmunidad afectaba, pues, a la Corona, Administración Central, y en materia de «torts», característicamente.

(163) Vid. *supra*, notas 151 y 155.

(164) Un buen resumen en ROBSON: *Justice and Administrative Law*, cit., págs. 419 y ss. y 546 y ss.

(165) ROBSON: *Administrative Law in England, 1919-1948*, en la obra colectiva *British Government since 1918*, London, 2.ª imp., 1951, págs. 87-8.

(166) STREET: Op. cit., pág. 5; ROBSON: *Administrative Law*, cit., pág. 143.

(167) *Adam v. Naylor*, referido por los autores citados en nota anterior; ROBSON acompaña un resumen de la parte dispositiva de la sentencia.

a rechazar meses después el juego de la ficción en otro caso (168). Fue esta la ocasión que aprovechó el Gobierno laborista para llamar la atención sobre la injusticia flagrante del tal régimen jurídico, urgiendo la aprobación, en el mismo año, de la *Crown Proceedings Act*, acordada el 31 de julio de 1947, y que entró en vigor el 1 de enero de 1948 (169). El viejo principio de la inmunidad de la Corona por los daños causados por sus agentes queda roto en Inglaterra definitivamente. «The Crown—dice la nueva Ley en su Sección 2.—shall be subject to all those liabilities in tort to which, if it were a private person of full age and capacity, it would be subject in respect of torts committed by its servants or agents» (170).

Tras de estas significativas conversiones al principio de responsabilidad civil de la Administración puede decirse que apenas ya España, y, por su influjo en buena parte, algunos países hispano-americanos, resultaban extraños a un sistema definitivamente consagrado en la configuración jurídica del Estado contemporáneo (171).

cc) *La necesidad del sistema.*—Después de toda la exposición precedente puede parecer ocioso insistir sobre la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad civil de la Administración. Desde el punto de vista jurídico, como veremos, lo que sería preciso justificar sería la solución contraria; es decir, el principio de una inmunidad de la Administración respecto a la responsabilidad derivada de los daños causados por su actuación; esta justificación se ha venido proponiendo secularmente en virtud de principios cuya consistencia dogmática se ha derrumbado estrepiti-

(168) *Roysier v. Covey*, 1947. Se trataba de un accidente de trabajo de una empleada de una fábrica de municiones del Ministerio de Suministros de Guerra (ROBSON: Op. cit., pág. 144.)

(169) Se adujo en las Cámaras (aunque injustificadamente, dada la capacidad jurídica ordinaria de las «Corporations») que el programa de nacionalizaciones extendería ingentemente el sistema de inmunidades. La Ley parte del Proyecto de 1927, aunque reelaborado por el «staff» laborista años después. Sobre la Ley, aparte de las obras de STREET y de ROBSON, citadas, BICKFORD SMITH: *The Crown Proceedings Act 1947*, London, 1948; GRANVILLE WILLIAMS: *Crown Proceedings*, London, 1948; GRIFFITH and STREET: *Principles of Administrative Law*, London, 1952, págs. 246 y ss.

(170) Además la Ley suprime el sistema de «petition of right» en materia contractual, remitiendo también a los Tribunales directamente las reclamaciones sobre esta materia (GRIFFITH and STREET, cit., pág. 250; STREET: *Governmental liability*, cit., págs. 81 y ss.). La reforma ha ejercido influjo directo sobre los países de la «Commonwealth» que no se habían adelantado a ella (*supra*, nota 162) y que ahora han seguido sus huellas (STREET, págs. 6-7).

(171) Puede verse en STREET: Op. cit., págs. 23 y ss. una relación de Derecho comparado bastante completa, con referencias bibliográficas. La fuente general que maneja para los países hispanoamericanos es PUENTE: *The responsibility of the State as a Juristic Person in latin America*, en «Tulane Law Review», 18, 1944, págs. 408 y ss. y 554 y ss. Referencias más próximas, recogiendo evoluciones recientes, en SAYAGUÉS: *Tratado de Derecho Administrativo*. I, Montevideo, 1953, págs. 633 y ss. Sobre la Ley austriaca de 1949 (Amtshaftungsgesetz), no referida en estas fuentes, vid. W. ANTONIOLLI: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954, págs. 271 y ss.

tosamente, y no es posible ya encontrar un solo argumento objetivo que abone el postulado de la irresponsabilidad. De esto hablaremos a continuación. Que el sistema de responsabilidad del funcionario no basta a atender las exigencias más elementales que se derivan del supuesto de daños ocasionados por la acción administrativa también es obvio. Faltaría también la razón, en primer lugar, para hacer excepción en este caso del principio general de la responsabilidad por hechos cumplidos por órganos y agentes, habida cuenta de que, indudablemente, como dice expresivamente FORSTHOFF, la Administración es, sin cuestión, y por hipótesis, el señor del servicio (*Herr des Dienstsbetriebs*) por el cual acaece la acción dañosa (172). En segundo lugar, el sistema de responsabilidad personal del funcionario no cubriría nunca supuestos de daños en que no existe una culpa neta imputable al mismo, supuestos que comprenden desde la negligencia impersonal no culposa, que expresivamente suele referirse en Francia con la dicción *faute de service*, por diferencia de la *faute personnelle* del funcionario, y que, dada la ingente y compleja organización administrativa, sería injusto atribuir personalmente al jefe inmediato, conforme al principio *respondet superior* o de *culpa in vigilando*, hasta, sobre todo, todos los casos perfectamente normales de responsabilidad sin culpa: responsabilidad por riesgo objetivo, responsabilidad por hechos legítimos, por lo que llama la nueva Ley española «el funcionamiento normal de los servicios públicos». Finalmente, el sistema de la responsabilidad del funcionario presenta el inconveniente práctico de la normalidad de la insolencia de la gran mayoría de los funcionarios y agentes administrativos en relación con los daños ingentes que pueden, efectivamente, causar; como ha dicho ROBSON, el sistema es «una reliquia de los siglos pasados que remonta a la época en que el Gobierno estaba entre las manos de algunas personas importantes, independientes y ricas» (173). La imputación de los daños derivados de la actuación administrativa únicamente a la responsabilidad del funcionario, en fin, ha sido absolutamente superada como garantía efectiva, como lo ha aprobado concluyentemente la experiencia espectacular de los países anglosajones, que hasta hace poco tiempo todavía blasonaban del mismo.

Desde otra perspectiva, una atribución rigurosa de responsabilidad personal al funcionario en todos los casos de daños derivados de su actuación se traduciría frecuentemente en una paralización de las actividades administrativas. La responsabilidad directa de la Administración es, por eso, también una garantía para la actuación de los funcionarios, a los que únicamente cabe imputar personalmente los supuestos de culpa personal destacada (174), pero no

(172) *Lehrbuch*, cit., pág. 250.

(173) ROBSON: *Report of the Committee on Ministers' Powers*, en «Political Quarterly», 3, 1932, pág. 346. Análogamente FORSTHOFF: Op. cit., pág. 250.

(174) «Faute détachable», dicen expresivamente en Derecho francés; vsl. nota siguiente y más abajo, en el texto.

más allá, y, por ende, una garantía también para el normal funcionamiento de los servicios públicos. Como una consecuencia derivada de esta necesidad se ha impuesto universalmente la calificación en la responsabilidad del funcionario de un extenso sector de error o de negligencia excusables, o en otros términos, la estimación única del dolo y de la culpa grave, que en nuestro Derecho tiene una manifestación explícita en el caso de los Jueces y Magistrados (art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento *a contrario*, art. 260 de la Ley orgánica del Poder Judicial), y que la jurisprudencia ha extendido a los funcionarios no judiciales (175). Para cubrir la distancia entre estas hipótesis restringidas de responsabilidad personal del funcionario y toda la extensión de daños privados atribuibles a la actuación administrativa es, pues, un imperativo la definición de un sistema de responsabilidad civil de la Administración.

Todas estas razones se potencian hasta el extremo en cuanto son proyectadas sobre la realidad de la Administración contemporánea. Todavía en 1904, cuando se dicta nuestra Ley vigente sobre la responsabilidad civil de los funcionarios, podía imaginarse la función de la Administración como limitada a la aplicación impersonal de las leyes; de ahí que pudiese establecerse como requisito para la exigencia de responsabilidad civil a los funcionarios la previa reclamación por escrito del interesado «para prevenir o remediar la infracción», consignando «el precepto legal o reglamentario cuya aplicación se pida» (art. 11 del Reglamento de 23 de septiembre de 1904, en desarrollo del art. 1.º de la Ley de 5 de abril de 1904). Es claro que este requisito sólo tiene sentido cuando se contempla a la Administración reducida a la instrucción y actuación de expedientes; pero es inimaginable pretender hacerlo efectivo, en cuanto la Administración es ella misma prestadora de servicios materiales y se contempla la hipótesis ordinaria de daños acaecidos por consecuencia de esta actividad; *verbi gratia*, y el ejemplo es absolutamente vulgar, daños ocasionados por atropellos por vehículos públicos (176). Actualmente, en efecto, la Administración ha invadido todos los ámbitos de la vida social con su propia y directa acción, sin valerse, como era preceptivo en el sistema liberal para los servicios que implicaban una actividad indus-

(175) Referencias en GUAITA: *El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios*, «Anuario de Derecho civil», VI, 1953, págs. 109 y ss., aunque bajo el inadecuado epígrafe de «legitimación» para acudir a este proceso. El sistema es universal. Para Estados Unidos, SCHWARTZ: *Op. cit.*, págs. 208 y ss.; para Inglaterra, ROBINSON: *Op. cit.*, págs. 276-77 y 169 y ss. En el continente la solución es más expedita: para Francia, *vid. DE LAUBADERE: Traité*, cit., págs. 466 y ss.; Italia, ZANOBINI: *Corso di Diritto amministrativo*, I, 3.ª ed., Milano, 1944, pág. 394; Alemania, MAYER: *Op. cit.*, I, págs. 298 y ss.

(176) Es, como se sabe, el hecho concreto que dió lugar en Francia a la primera decisión en que se acepta una responsabilidad administrativa: *arrêt Blanco*, del Tribunal de Conflictos, 8 de febrero de 1873. Sobre esta famosa decisión se tratará más adelante.

trial, de concesionarios interpuestos (177) capaces de asumir ellos mismos la eventual responsabilidad derivada de su actuación inmediatea. La Administración ha creado, en consecuencia, un vasto sistema de riesgos materiales incomparablemente superior al que pueda resultar de la acción de ingentes sectores de la vida privada. No es una casualidad por eso que la extensión del sistema de responsabilidad civil de la Administración haya tenido lugar justamente en el momento mismo en que este incremento de la actuación administrativa se ha desenvuelto y afirmado (178), de lo que es ejemplo, quizá paradigmático, el caso inglés, en que es precisamente un Gobierno laborista quien promueve y establece la reforma. En efecto, sin un sistema de responsabilidad de la Administración, la sociedad quedaría expuesta a constantes y cuantiosos daños patrimoniales que revertirían al azar, sin criterio alguno, sobre las economías individuales, que de esta manera soportarían íntegramente, de un modo desigual, la carga efectiva del régimen administrativo general.

Una última observación para concluir este apartado: sólo el sistema de responsabilidad civil de la Administración puede constituir una garantía del particular respecto a la imperfección de las prestaciones administrativas a que tiene derecho; la importancia de una garantía de esta naturaleza, en un instante en que el orden de las prestaciones positivas de la Administración ocupa un lugar fundamental en la vida social, es decisiva y se confunde de hecho con la única posibilidad jurídica de que el particular dispone para imponer en este sector del actuar público la sumisión de la Administración a la Ley, que no es posible lograr por el cauce ordinario de los recursos y las impugnaciones (179).

2. *El principio de garantía patrimonial como fundamento unitario de la Ley.*

a) *El problema sistemático.*—¿Cómo justificar la inclusión en una Ley de Expropiación Forzosa de la regulación del sistema de responsabilidad civil de la Administración? Una extensión sistemática de este carácter es rigurosamente novedosa en el panorama del Derecho comparado.

Evidentemente ha habido en esta inclusión un claro oportunismo motivado por la gravedad de la imperfección del sistema vi-

(177) Cfr. mi artículo *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, cit., págs. 251 y ss., y mi ponencia al I Congreso Iberoamericano de Municipios, 1955, *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, publicada ahora en «Revista de Administración Pública», 17, 1955, págs. 87 y ss., especialmente 94 y ss.

(178) TENA YBARRA: *Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad de la Administración*, en «Revista de Administración Pública», núm. 6, 1951, págs. 177 y ss.; FORSTHOFF: Op. cit., pág. 250.

(179) Vid. sobre el tema la exposición de GARRIDO FALLA: *La Administración y la Ley*, en «Revista de Administración Pública», núm. 6, 1951, págs. 133 y siguientes.

gente en la materia y el afán de rectificarlo urgentemente. Pero esta determinación psicológica ha podido apoyarse también sobre un fundamento teórico sólido y seguramente indiscutible, como habremos de ver. La Exposición de Motivos de la Ley expresa con acierto esta doble justificación. Comentando la generalización del concepto de expropiación a que la Ley se acoge, y cuyo alcance efectivo hemos estudiado más atrás, la Exposición afirma: «En consecuencia, la Ley refleja una concepción de la expropiación, según la cual debe ser el estatuto legal básico de todas las formas de acción administrativa que impliquen una lesión individualizada de los contenidos económicos del particular por razones de interés general, y como tal se estructura, sin perjuicio del obligado respeto a las peculiares características de cada figura en particular.» Y añade seguidamente:

«Llevando este principio a sus lógicas consecuencias, se ha intentado, finalmente, llamar la atención sobre la oportunidad que esta Ley ofrece, y que no debiera malograrse, de poner remedio a una de las más graves deficiencias de nuestro régimen jurídico-administrativo, cual es la ausencia de una pauta legal idónea que permita hacer efectiva la responsabilidad por daños causados por la Administración. Bajo el imperio de criterios jurídico-administrativos, que habían caducado ya cuando fueron adoptados por nuestro ordenamiento, los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad por daños de la Administración resultan hoy tan angostos, por no decir prácticamente prohibitivos, que los resultados de la actividad administrativa, que lleva consigo una inevitable secuela incidental de daños residuales y una constante creación de riesgos, revierten al azar sobre un patrimonio particular en verdaderas injusticias, amparadas por un injustificado privilegio de exoneración. Se ha estimado que es esta una ocasión ideal para abrir, al menos, una brecha en la rígida base legal que, perjudicando el interés general, no puede proteger intereses de la Administración, insolidarios con aquél... Se ha entendido así, no sin hacerse cargo de que la Ley de Expropiación no puede ser, desde luego, la base normativa en que se integran todos los preceptos jurídicos rectores a este respecto; pero sí, al menos, una norma que puede muy bien recoger una serie de supuestos realmente importantes, en los que, al margen de un estrecho dogmatismo académico, cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado que, aun cuando resulte obligada por exigencias del interés o del orden público, no es justo que sea soportada a sus solas expensas por el titular del bien jurídico dañado.»

El fondo común que unifica sistemáticamente las instituciones aparentemente disímiles de la expropiación forzosa y de la responsabilidad civil de la Administración es, pues, para el legislador la referencia común a la lesión patrimonial de un administrado producida por actuación administrativa, si bien difieren entre sí por

la forma de producción de la lesión, que es el rasgo específico que aporta cada una. La Ley se configura, en consecuencia, fundamentalmente como una norma de garantía integral al patrimonio privado frente a la acción de la Administración, bien revista esta acción la forma de un despojo directo y querido (negocio «expropiatorio») bien la del funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto es capaz de ocasionar una «secuela incidental de daños residuales», en la feliz expresión del preámbulo. Es este contenido esencial de la garantía al patrimonio de los administrados, que se extiende, en principio, a la totalidad de supuestos imaginables, lo que presta a la Ley de 16 de diciembre de 1954 toda su extraordinaria importancia y su gran significación en el sistema del Derecho.

La base constitucional de esta ambiciosa construcción positiva puede situarse en el artículo 30 del Fuero de los Españoles: «La propiedad privada, como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado.» En la idea política de propiedad privada es fácil incluir el concepto total del patrimonio. Esta protección a que el Estado se compromete ha de comprender, para ser plena, y muy en primer lugar, la garantía frente a su propia acción. La nueva Ley de Expropiación Forzosa atiende a hacer rigurosamente efectivo ese principio.

b) *El problema dogmático: La teoría de la responsabilidad.*— La referencia de la institución de la responsabilidad civil de la Administración a la lesión patrimonial del daño no puede entenderse como un convencionalismo sistemático, forzado en este caso por motivaciones de oportunismo legislativo, bien visibles e incluso confesadas, sino que cabe interpretarla también como una rigurosa toma de posición sobre el grave tema dogmático que plantea la construcción de la institución misma.

Durante mucho tiempo se han esforzado los administrativistas en encontrar un fundamento válido para justificar la consecuencia de la responsabilidad de la Administración. Esta afanosa búsqueda estaba determinada, en buena parte, por dos deficiencias de origen: una fundamental, el carácter puramente empírico con que se presentaba—y aun hoy—en el Derecho común la teoría de la responsabilidad civil; otra, la juventud misma del Derecho público y la imperfección de muchos de sus primeros mecanismos técnicos. En el Derecho civil, en efecto, privaba la teoría de la culpa que, sin embargo, no daba razón de multitud de supuestos de responsabilidad que los propios Códigos admitían y regulaban; faltaba, y debe decirse que falta aún en gran medida, una teoría unitaria de la responsabilidad civil capaz de trascender todos los casos específicos en que la institución desarrolla su juego propio (daños contractuales, extracontractuales, con culpa o sin culpa, acciones de enriquecimiento). En la esfera del Derecho público la consecuencia de afectar una responsabilidad patrimonial al soberano pugnaba

frontalmente con una tradición multiseccular, y se valoraba demasiado vivamente como una conquista positiva en el terreno político para aceptar que pudiese reposar de inmediato sobre simples mecanismos jurídicos, sin necesidad de echar mano de argumentos políticos infraestructurales. El resultado fué una proliferación de teorías substantivas sobre la responsabilidad administrativa (180). Este planteamiento del problema puede considerarse hoy como definitivamente superado. La doctrina parece haber llegado en nuestros días a la tesis común de que la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría razón ninguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a las personas privadas (181).

Ahora bien, en cierta manera en este encuentro final de dos sistemas jurídicos, el común y el administrativo, en materia de responsabilidad, este último ha aportado perspectivas nuevas, y especialmente, la preocupación por una teoría general que el Derecho civil parecía no necesitar, por contar con una serie de soluciones casuísticas, formuladas en tal carácter por el Derecho Romano, que de hecho venían a satisfacer todo el conjunto de necesidades prácticas sobre el particular. El Derecho público, en efecto, hubo de seguir en esto el método inverso al que se caracterizó como propio de la jurisprudencia romana: la teoría de la responsabilidad se inició en él de plano, por la admisión pura y simple del principio, siendo entonces el problema la mayor o menor extensión particular del mismo, su aplicación a los casos concretos. Ahora bien, la transformación social ha concluído por traer al Derecho civil una preocupación análoga al hacerse insuficiente el viejo cuadro casuístico y alumbrarse la necesidad de extender la responsabilidad civil fuera de lo que parecían justificar los clásicos principios. La aparición del principio llamado de «riesgo profesional» en materia laboral ha sido quizá el factor más visible, tras del cual se puso en evidencia

(180) En la citada obra de ROYO VILLANOVA (S.): *La responsabilidad de la Administración*, págs. 8 y ss., puede encontrarse una completa exposición de doctrinas sobre el particular. Para la doctrina posterior, ALESSI: *La responsabilità*, cit., págs. 138 y ss.

(181) ALESSI: Op. cit., págs. 145-147; CASSETTA: *L'illecito* cit., págs. 97 y ss. más enérgicamente aún. Para la doctrina francesa, la reciente y concienzuda obra de CHAPUS: *Responsabilité publique e responsabilité privée*, cit., *passim*, y la conclusión general en págs. 557-558, así como el prólogo de WALLINE a la obra. Vid. también la reseña de GIANNINI a la citada obra de CASSETTA, en «*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*», 1954, págs. 873 y ss. Esta posición teórica no prejuzga de ninguna manera la cuestión de competencia jurisdiccional, a lo que más adelante nos referiremos. Ha sido la involucración constante de este tema uno de los motivos que confesadamente ha sostenido la tesis autonomista de la responsabilidad administrativa. Cfr. DUEZ: *La responsabilité de la puissance publique*, París, 1938, págs. 318 y ss.; ROUSSEAU: *La théorie générale de la responsabilité en Droit Administratif*, ed. dact. de «*Les cours de Droits*», París, 1952, pág. 76. El mismo «arrêt Blanco» a que luego aludiremos, origen positivo de la teoría, responde a este problema: es una sentencia del Tribunal de Conflictos y su argumentación está marcada por esta perspectiva. Cfr. CHAPUS: Op. cit., págs. 83 y ss.

la necesidad de una reconstrucción del sistema, que la tendencia creciente a extender la responsabilidad llamada objetiva no ha hecho sino agudizar (182).

La teoría de la culpa se construyó en vista de la responsabilidad aquiliana o extracontractual. Es evidente, por de pronto, que la responsabilidad contractual no podía reposar íntegramente sobre la idea de la culpa, desde el momento en que se habla, como hace el artículo 1.107 de nuestro Código civil, de «los daños y perjuicios de que responde el deudor [que incump]le de buena fe» (183). Las presunciones de culpa, especialmente en cuanto se nos presentan como *iuris et de iure*, aparte de lo convencional del arbitrio, no son tampoco capaces de explicar la generalidad de los supuestos y, mucho menos, de salvar la hipotética virtualidad del principio. Pero quedan todavía todos los casos de responsabilidad por actividad perfectamente lícita, que en el Derecho civil (aunque con más frecuencia en el Derecho público) se presentan con relativa normalidad (184). El intento de transformar la doctrina de la culpa, desde la «teoría psicológica» al planteamiento normativo y su equiparación pura y simple con la doctrina del ilícito civil (185) es de suyo la confesión de un fracaso, con la consecuencia, además, de dejar al margen todos los casos a que hemos aludido de responsabilidad por actos lícitos en que se pone de relieve que no existe correspon-

(182) La bibliografía francesa sobre el tema es quizá la más concienzuda y sin duda la más completa desde el punto de vista analítico. LALOU: *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4.^a ed., Paris, 1949; H. et L. MAZEAUD: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, cit., 3 vols., 4.^a ed., 1947-1950; SAVATIER: *Traité de la responsabilité civile en Droit français civil, administratif, procédural*, 2 vols., 2.^a ed., Paris, 1951, todos con amplias referencias.

(183) La no necesidad de la culpa para dar lugar a la responsabilidad contractual se afirma expresamente como es sabido en la norma fundamental sobre la materia. El artículo 1.101 del Código civil dice: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas.»

(184) Sin pretender agotar los supuestos, enumeremos los siguientes en nuestro Código civil: artículos 356, 360, 361, 369, 375, 422, 453, 454, 522, 554, 555, 557, 562, 564, 588, 612, 1.145, 1.594, 1.729, 1.736, 1.745, 1.779 y 1.893. En la generalidad de estos casos no se cumplen los viejos principios *qui suo iure utitur neminem laedit* y *damnum iniuria datum*. La doctrina aludida luego en el texto v nota 193 ha pretendido que estas situaciones eran peculiares del Derecho público, con notorio error.

(185) Referencias en STARCK: *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, págs. 32 y ss. Por influjo kelseniano se ha extendido la doctrina de que «el hecho antijurídico civil consiste en la no reparación del daño» (KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. GARCÍA MAYNEZ, México, 1950, pág. 57). Así CESARINI³ SPORZA: *Risarcimento e sanzione*, en *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, pág. 161; CASETTA: *L'illecito*, cit., págs. 64 y ss., con más referencias. Vid. la crítica que en la citada reseña de GIANNINI a esta última obra se formula en esta doctrina (loc. cit., págs. 873-874) que es claramente un círculo vicioso y que da por resuelto justamente lo que se trata de buscar: el origen del deber de reparación.

dencia necesaria entre ilicitud de la acción y obligación de resarcimiento (186).

La doctrina de la culpa es, sin duda, fundamental en el Derecho civil; pero está claro que no es apta para fundar sobre ella el surgimiento de la responsabilidad, y esto tanto en los casos en que claramente no lo explica, como en aquellos que tradicionalmente viene pretendiendo explicar (187). Las teorías que aspiran a ocupar el lugar central que hasta ahora ha ocupado esta vieja doctrina, no han logrado quizá una perfección definitiva; pero parece establecido que se van acercando hacia un punto común que pone el acento objetivamente en el daño, reduciendo el elemento subjetivo a lo que es su función propia, la imputación particular, que no la causa fundamental y determinante. Acaso la tesis, que ya se apunta, de configurar un principio abstracto de garantía del patrimonio desde el cual explicar el deber de resarcimiento en todos los casos particulares, sea la construcción más progresiva y coherente, reservándose a la culpa una función moduladora de la extensión de la indemnización, un carácter, en los términos de STARK «de pena privada» que se sobrepone al objetivo deber de reparación que surge en todo caso que se afecte a aquel abstracto principio de garantía (188). En cualquier caso el Derecho civil, como ya hemos dicho, se resistirá verosímelmente a abandonarse a un principio único en materia de responsabilidad, dado el riquísimo casuismo que posee, en el cual anidan tesoros de sutileza y pragmatismo elaborados durante siglos enteros, y que indudablemente sería insensato dilapidar en aras de un simple prurito logicista (189).

El caso del Derecho público es bastante distinto, como ya hemos avanzado. El paso del sistema de la irresponsabilidad al de responsabilidad de la Administración ha sido históricamente brusco y absoluto, y no la obra de un progresivo casuismo al cual poder remitirse y sobre cuya objetividad establecida poder apoyarse. El

(186) Un tratamiento temático de este aserto en CESARINI SFORZA: *Risarcimento e sanzione* cit., págs. 149 y ss. (aunque su doctrina esté luego confundida con la adopción de la que se refiere en nota anterior).

(187) *Totum et solum definitum definitio contincat* es un postulado lógico que invalida la posibilidad de una explicación parcial del indivisible fenómeno de la responsabilidad civil.

(188) STARK: *Essai* cit., *passim*, es quizá de cuantos conocemos el autor que más se acerca a la posición señalada en el texto. No podemos detenernos, naturalmente, en el análisis de este tema, que es indudablemente uno de los fundamentales del Derecho. Vid. más adelante, en el texto, sobre la cuestión.

(189) STARK confiesa al final de su obra que la ciencia del Derecho es una ciencia natural, concepción desde la cual justifica su construcción (págs. 496-497). Precisamente porque en el Derecho importan bastante más las aplicaciones que los principios, es decir, porque no es tanto una ciencia de conocimiento neutral como *ars boni et aequi*, es posible rechazar estos principios, con su pretensión de universalidad, y continuar con los viejos eficaces arbitrios, acogiendo los si fuese necesario como simples ficciones en tanto en cuanto interesen a la causa de la justicia que es la única causa absoluta para el Derecho. Los conceptos jurídicos sólo y únicamente se justifican por su eficacia. Con esto tampoco intentamos prejuzgar la cuestión en Derecho civil.

famoso *arrêt Blanco*, de 1873, que históricamente inicia en Francia la teoría de la responsabilidad administrativa, se resistió a formular esta tesis como principio general, dejando su aplicación a la valoración particular de las circunstancias de cada caso (190). Ahora bien: esta reserva fué pronto desbordada. Desde la afirmación contenida en el citado *arrêt* de que la responsabilidad administrativa no es *ni générale ni absolue* se pasó en pocos años a la idea contraria a *le principe générale de la responsabilité de l'Etat* (191). Fué ésta en seguida una verdadera norma en blanco, una incuestionable *Generalklausel*, que los Tribunales administraban; todo lo contrario, pues, de la responsabilidad en Derecho privado, falta de un principio general, reconducida siempre a cerradas teorías particulares y particularistas. Los propios Tribunales administrativos formularon doctrinas abstractas y generales, tal el famoso principio de igualdad ante las cargas públicas (192), dotadas de una fuerza extraordinaria de expansión. La doctrina apoyó esta tendencia considerablemente, por las razones que ya conocemos, y bien pronto así se abrirá el camino para una—necesaria—«teoría general» de la responsabilidad de la Administración.

En el momento presente la opinión dominante está aún dividida. Por de pronto es bastante común distinguir la responsabilidad por actos ilícitos, del deber de indemnización por lesiones causadas por actos lícitos (193). La doctrina francesa, por influjo

(190) «La responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier... cette responsabilité n'est ni générale ni absolue... elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés...», es la afirmación capital de esta famosa decisión; tomo el texto de ROUSSEAU: *La théorie*, cit., págs. 74-75. Como ya hemos avanzado (*supra*, nota 181) el «*arrêt Blanco*» plantea el problema en el terreno de la competencia judicial o administrativa y formula la tesis de la especialidad del principio de responsabilidad administrativa para justificar la solución a favor de esta última jurisdicción. Después de la investigación de CHAPUS parece claro que la extensión del principio de responsabilidad de la Administración es obra bastante posterior del Consejo de Estado, situada en los comienzos de este siglo, hasta cuyo momento sigue afirmándose la irresponsabilidad del Estado por los llamados actos de autoridad (op. cit., págs. 194 y ss.). La misma originalidad histórica de la doctrina del «*arrêt*» es también discutida, citándose precedentes hasta en 1855.

(191) DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, cit., II, pág. 69.

(192) Un análisis completo de la jurisprudencia francesa sobre el tema (que no es tan absoluta ni tan extensa como han pretendido sus intérpretes), en JEANEAU: *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, págs. 30 y ss. Vid. *infra*, nota 195.

(193) Esta distinción entre *Staatshaftung* y *Oeffentlicherechtsliche Entschädigung* domina aún la doctrina alemana, aunque este último término, como se ha advertido más atrás, tiende a confundirse con el de expropiación. Por todos, FLEINER: *Institutionen* cit., págs. 222 y ss. y 233 y ss.; JELLINEK: *Verwaltungsrecht*, cit., pág. 328. Pesa sin duda en esta partición la caracterización de la responsabilidad estatal como responsabilidad indirecta, como cobertura de la responsabilidad del funcionario, que se toma de la concreta formulación constitucional. FORSTHOFF, partiendo de esta misma idea, se ve forzado

civilista, suele distinguir la responsabilidad por falta y la responsabilidad por riesgo, concepto el último en el que tiende a incluir los supuestos de daños *quod iure fit* (194). Sin embargo, la enunciación de una verdadera «teoría general» de la responsabilidad administrativa parece contar con algún hito firme en la doctrina (195),

a tipificar una tercera modalidad de responsabilidad; distingue, en efecto, la «Staatshaftung» propiamente tal o por falta del funcionario, la indemnización por «rechtmässige Eingriffe», donde integra la expropiación, y, finalmente, la indemnización por intervenciones antijurídicas sin culpa, incluyendo aquí la responsabilidad por riesgo («Schuldlos rechtswidrige Eingriffe und Gefährdungshaftung»); las tres formas son unificadas en un género común que titula «prestaciones estatales compensatorias» («System staatlicher Ersatzleistungen»), germen apenas desarrollado de una verdadera teoría general (*Lehrbuch* cit., págs. 246 y ss.). Construcción complicada y no fácilmente justificable. La distinción de las dos especies de responsabilidad por actos ilícitos e indemnización por actos lícitos domina también la doctrina austriaca (ANTONIOLLI: *Allgemeine Verwaltungrecht*, cit., págs. 269 y ss.) y la italiana: ALESSI: *La responsabilità*, cit., págs. 216 y ss., con más referencias. Para nuestra doctrina, en el mismo sentido de distinción neta de dos instituciones, GARRIDO FALLA: *La indemnización*, cit., págs. 411 y ss.

(194) ROUSSEAU: Op. cit., págs. 71 y ss.; DUEZ et DEBEYRE: *Traité de Droit administratif*, Paris, 1952, págs. 419 y ss. HAURIOU añadía una tercer especie, responsabilidad de la Administración, como consecuencia de enriquecimiento sin causa (*Précis*, cit., págs. 513 y ss.), seguido por DUEZ: *La responsabilité*, cit., págs. 16 y ss.

(195) La famosa doctrina de la igualdad ante las cargas públicas, iniciada en Francia por TESSIER (*De la responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1906, §§ 147 y ss.) y MICHOUX (*La théorie de la personnalité*, cit., págs. 276 y ss.) y que alcanzó gran predicamento doctrinal e incluso jurisprudencial (*supra*, nota 192), se presenta como doctrina unitaria de la responsabilidad administrativa. Aunque se trata de un argumento de gran vigor plástico, no es sin duda válido como explicación jurídica, como se demuestra por el paralelo del derecho civil, en el que las cargas que generan responsabilidad (ilícitas o lícitas, *supra*, nota 184) no son evidentemente públicas ni se generalizan a través de una indemnización alimentada con fondos comunes. Es un argumento de los que hemos llamado más atrás «infraestructurales» y absolutamente indeterminado en sus aplicaciones, de los que la mecánica jurídica no necesita sino en las fases constituyentes. Cfr. ORLANDO-LESSONA: *Principi di Diritto amministrativo*, Firenze, 1952, pág. 463. Vid. también la crítica definitiva de CHAPUS: Op. cit., págs. 342 y ss. y de HAURIOU: *infra*, en notas 215 y 263. El intento de construir una doctrina más detenida del «riesgo social» capaz de comprender todas las especificaciones de la responsabilidad administrativa no parece tampoco demasiado riguroso. Vid. las referencias de ROYO VILLANOVA: Op. cit., págs. 27-28; también BERLIA: *Essai sur les fondements de la responsabilité civile en Droit public français*, cit., págs. 685 y ss. La tesis más constructiva sigue siendo la que ya hace medio siglo propuso ORLANDO: *Saggio di una nuova teoria sul fondamento della responsabilità*, en «Archivio di Diritto Pubblico», 1893, págs. 328 y ss., a la que únicamente perjudica su estilo «profetista» que hace perder rigor a su argumentación jurídica y que le dispensa de un contraste interpretativo con las soluciones del Derecho positivo; ORLANDO propone fundar la responsabilidad sobre el concepto de *lesión* del patrimonio del dañado, poniendo el acento sobre este término de la relación y no, como en la construcción tradicional, sobre el de la conducta dañosa del agente. La tesis se acerca a la de STARK, más atrás apuntada, aunque sea bastante menos perfilada. Una posición paralela la de ROYO VILLANOVA: Op. cit., págs. 28 y ss. Otras construcciones unitarias menos afortunadas, en ALESSI: Op. cit., págs. 152 y ss.

y a esta tendencia se acoge expresamente la Ley española, ofreciendo una fórmula que carece de paralelo por su abierta y generosa amplitud.

El criterio de la Ley es claro y constituye posiblemente una rigurosa aportación dogmática. Se distinguen netamente dos instituciones: expropiación y responsabilidad, que, no obstante, participan de la nota común de asegurar las dos la integridad patrimonial de los administrados frente a la acción pública. La manifestación de esta actividad pública es distinta en uno y otro caso: en la expropiación se presenta como negocio jurídico dirigido directamente al despojo patrimonial, en la responsabilidad como hecho jurídico, incidental por relación a la posición del administrado, que ocasiona un daño no directa e inmediatamente procurado. En cuanto a su régimen, la diferencia es también clara en uno y otro caso: en la institución de la responsabilidad surge como consecuencia de la lesión un deber de reparación; en la expropiación forzosa, como ya hemos probado, no hay deber de reparación *ex post*, sino una carga preventiva de indemnización que condiciona la posibilidad misma del despojo; la regulación de la expropiación es, por eso, la regulación de un procedimiento positivo, la de la responsabilidad, la de unas consecuencias derivadas de la emergencia de un hecho jurídico, del hecho jurídico dañoso, que se presenta ya como dado e irreversible (*factum infectum fieri nequit*) (196).

La diferencia se monta sobre esas notas estructurales, claramente fijadas. La Ley no contempla otras. Quiere decirse que quedan incluidas dentro del ámbito uniforme de la responsabilidad las dos hipótesis de que la conducta dañosa tenga origen en una actuación bien lícita, bien ilícita. El precepto lo expresa claramente: la lesión determinante puede ser «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»; actuación regular o irregular, pues, lícita o ilícita. Es preciso prevenirse frente al posible intento de entender que con el nuevo régimen legal todos los daños causados por actuación administrativa lícita quedan integrados en el régimen de la expropiación propiamente tal. Esto será cierto, como hemos precisado, en tanto que el daño sea ocasionado por un negocio jurídico directa e inmediatamente dirigido al despojo. Pero al margen de esta posibilidad cabe una actuación lícita que, sin embargo, ocasione lesión incidentalmente, residualmente; y esto tanto se trate de una actuación material como de una actuación propiamente jurídica (por actos jurídicos), teniendo en cuenta que esta última tendrá condición de hecho jurídico para el dañado por

(196) Como ya observamos más atrás, la figura de la requisa, entendida como expropiación de necesidad, se acerca por esta última nota al régimen de la responsabilidad civil; sigue siendo, no obstante, expropiación, porque consiste esencialmente en un despojo directo e inmediato, realizado mediante negocio jurídico intencionalmente dirigido a este efecto.

el carácter indirecto de la incidencia de la misma sobre su patrimonio (197).

Ahora bien, si la Ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad administrativa, ¿sobre qué apoyar ésta? La misma Ley nos da un criterio: lesión. El giro de la teoría de la responsabilidad desde la perspectiva de la acción dañosa a la del daño en sí mismo queda incumplida. Pero esto fuerza a reconstruir cuidadosamente el concepto de lesión o de daño para hacerle capaz de soportar el ingente peso que sobre él se echa (198).

Vamos a utilizar el término «lesión» que es el que la Ley utiliza. El primer cuidado ha de ser separar el concepto del puramente vulgar de «perjuicio». Posiblemente esta distinción oculte buena parte del escondido principio de una teoría general de la responsabilidad. El concepto de perjuicio es puramente económico, material; el de lesión es ya un concepto jurídico. Lesión sería el perjuicio antijurídico. Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo), sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud. La nota de la antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado. Parece claro que este giro es fecundo y está justificado. Se parte de un principio objetivo de garantía del patrimonio, del cual surgiría el deber de reparar las lesiones causadas a esta integridad. Que este deber no puede explicarse como una consecuencia de una supuesta antijuridicidad de la acción dañosa es claro, tanto porque hay acciones antijurídicas de las que no surge responsabilidad, como porque esta responsabilidad se presenta también en casos de acciones perfectamente regulares para el derecho, e incluso obligadas por éste (199). La idea consiste en fundar la responsabilidad civil directamente sobre la teoría del patrimonio y no sobre la doctrina de la conducta subjetiva (200).

Formular un principio abstracto de garantía del patrimonio, capaz de funcionar objetivamente, parece algo más que un arbitrio.

(197) Cfr. CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, cit., págs., 228-229.

(198) Desde la construcción clásica se ha sostenido que el concepto de daño es en sí y por sí un concepto absolutamente indiferente para el Derecho: THON (con cita de KELLER): *Rechtsnorm und subjective Recht*, Weimar, 1878, págs. 52 y ss. (pág. 52 de la trad. italiana de LEVI, 2.ª ed., 1951). La tesis que aquí sostenemos es justamente la contraria.

(199) CESARINI SFORZA: (*Risarcimento*, cit., págs. 149-150): «L'atto che produce un danno può essere lecito, e tuttavia risarcibile. E viceversa l'atto violatore di un dovere giuridico può non produrre un danno, e quindi non essere risarcibile». Con más facilidad puede criticarse la doctrina pura de la culpa y en la misma dirección la del riesgo, pues solamente por la comisión de culpas y la creación de riesgos no surge nunca el deber de reparación.

(200) Cfr. STARK: *Essai*, cit., págs. 37 y ss.

convencional, como lo son en rigor esos supuestos deberes generales de *alterum non laedere* o de diligencia y prudencia social que son necesarios para sostener las teorías subjetivas (201). Desde ese principio, la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación (civil) en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado: por ejemplo, la exacción de un impuesto, el cumplimiento de un contrato, una ejecución administrativa o procesal (202). Fuera de esta hipótesis, todo perjuicio o detrimento patrimonial imputable a un sujeto (a una Administración en nuestro caso) será una lesión, un perjuicio injusto, que, por la propia virtualidad de esta última nota, tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento, que es en lo que se concreta la responsabilidad civil.

Hemos precisado que el concepto de lesión requiere la imputación del perjuicio a un sujeto distinto del titular del patrimonio dañado. Este elemento definitorio parece obvio, puesto que si el perjuicio se imputase al propio titular, o a una causa externa e irresistible, no se daría la nota esencial de antijuridicidad; si fuese al propio titular, porque no es concebible que nadie pueda hacerse agravio jurídico a sí mismo (203), y si se trata de fuerza mayor (204), porque faltando un sujeto no puede trabarse la relación de antijuridicidad (205).

El concepto técnico de daño o de lesión, a efectos de la responsabilidad civil, requiere, pues, un perjuicio patrimonialmente evaluable, ausencia de causas de justificación (civiles), no en su comisión, sino en su producción respecto al titular del patrimonio contemplado, y, finalmente, posibilidad de imputación del mismo a tercera persona. En este último elemento de la imputación se integran ahora, como simples modalidades de la misma, la culpa y el riesgo; pero a su lado existen también otras formas igualmente

(201) MAZEAUD: Op. cit., I, págs. 106 y ss.; SALLYBRASS: *Salmond's Law of torts*, 10 ed., London, 1951, págs. 13-14; ROMANO: *Frammenti*, cit., págs. 99-100; GIANNINI: *Lesione* cit., págs. 270 y ss.; CESARINI SFORZA: Op. cit., págs. 159 y ss., etc., etc.

(202) El artículo 2.043 del nuevo Código civil italiano establece la nota de injusticia del daño, aunque sin hacer por ello dejación de la doctrina de la culpa: «Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire el danno.» Sobre la exégesis del concepto, CASSETTA: Op. cit., págs. 20 y ss. y allí citados.

(203) Dado el carácter esencialmente social del Derecho. El mal autoinferido puede ser, a lo sumo, un acto antijurídico respecto a la comunidad cuando implica también un mal colectivo (por ejemplo, artículo 562 del Código Penal).

(204) Más adelante, al tratar de la imputación por riesgo, especificaremos el concepto de fuerza mayor como «causa extraña» y su diferencia con el concepto de caso fortuito.

(205) Una fuerza natural, como el rayo o la tempestad, no puede lesionar un derecho: CASSETTA: Op. cit., págs. 30-31, sobre un texto de BINDING.

netas de imputación: la comisión material y perfectamente lícita del daño, la comisión voluntaria y formalmente ilícita, aunque con buena fe subjetiva (ejemplo: arts. 360, 361, 375, 453, etc., del Código civil (206); el beneficio patrimonial resultante por el hecho de la lesión misma, aunque no quepa imputar la comisión material del propio hecho dañoso (todos los casos de acciones de enriquecimiento: por ejemplo, artículos 356, 422, 1.145, 1.729, 1.893, etc. del Código civil). El concepto formal de imputación del perjuicio injusto se presenta así capaz de abarcar todas las modalidades de responsabilidad civil.

Quedan apuntadas brevemente las bases de una teoría general de la responsabilidad civil. No puede ser ahora misión nuestra detenernos en un análisis meditado de esta cuestión, que únicamente en cuanto interese a nuestro objeto trataremos aún en la exposición que sigue.

Sólo nos interesa resaltar, en la ocasión exegética en que nos encontramos, que a esa teoría fuerzan positivamente los términos de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Esta queda así configurada definitivamente como formuladora de un principio general y verdaderamente absoluto de garantía del patrimonio de los súbditos frente al Estado. Esta es, claramente, su significación más destacada, y aquí acaso se encuentre también, además de su más trascendente construcción política, su más profunda aportación dogmática.

3. *Lesión determinante.*

El mecanismo de la responsabilidad civil de la Administración surge, como acabamos de considerar, por y en virtud de la producción de una lesión patrimonial. A lo que hemos expuesto sobre el concepto técnico de lesión y sobre su posición central dentro de la teoría de la responsabilidad, debemos ahora remitirnos. Vamos a estudiar en este momento únicamente, circunscritos al análisis de ese elemento de la construcción conjunta, qué valor concreto puede ofrecer la fórmula positiva contenida en el texto de la nueva Ley; en otras palabras: qué tipo particular de lesiones patrimoniales pueden ser causa en nuestro Derecho de una acción de responsabilidad contra la Administración a quien quepa, según lo que trataremos en el número siguiente, imputar su producción.

a) *Limitación del objeto legal.*—El primer problema que se nos plantea, y en términos de extraordinaria gravedad, es el de interpretar la limitación que parece presentarse en el texto del artículo 121: «toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere».

(206) En este concepto los casos de responsabilidad del menor; así De CASTRO: *Derecho civil de España*, II, 1, Madrid, 1952, pág. 192, nota: Se produce la responsabilidad—dice, con cita de THOMASUS—«sin causa moral, con sólo causa física».

Una interpretación elemental concluiría que, según el sistema legal, sólo producen responsabilidad civil los daños ocasionados en objetos—bienes o derechos—aptos para la expropiación, capaces de ser expropiados. Lo cual implicaría, automáticamente, la irresarcibilidad de los daños personales, tanto materiales (lesiones o incapacidades corporales, muerte), como morales. Un ejemplo: en la hipótesis de un automóvil del Estado que al atropellar a un hombre montado en una caballería, hiriese solamente a ésta y matase a la vez al jinete, vendría a resultar que la Administración sólo debería reparar el daño causado a la caballería, en tanto que la muerte de la persona no generaría para ella absolutamente ninguna responsabilidad. Esta extremosa interpretación parece contar con el apoyo expreso de la Exposición de Motivos de la Ley. Según esta Exposición, en efecto, si el sistema legal anterior podía reducirse a un «injustificado privilegio de exoneración de responsabilidad» para la Administración, la nueva Ley abre «al menos una brecha en la rígida base legal». Y más directamente: «se ha entendido así, no sin hacerse cargo de que la *Ley de Expropiación no puede ser, desde luego, la base normativa en que se integren todos los preceptos jurídicos rectores a este respecto, pero sí, al menos, una norma que puede muy bien recoger una serie de supuestos realmente importantes*, en los que, al margen de un estrecho dogmatismo académico, cabe apreciar siempre el mismo fenómeno de lesión de un interés patrimonial privado» (207).

Esto no obstante, a mi juicio es claro que tal interpretación restrictiva debe ser desechada. En primer lugar porque conduce al absurdo, conforme luce claramente en el ejemplo anterior; aserto sobre el cual parece innecesario detenerse. En segundo lugar, porque tampoco cuenta a su favor, contra las apariencias, con la letra de la Ley, antes por el contrario; pues, en efecto, cuáles son «los bienes y derechos a que esta Ley se refiere» habrá que determinarlo por la fórmula del artículo 1.º, que habla genéricamente de «propiedad privada [y] derechos o intereses patrimoniales legítimos», términos en los cuales cabe comprender, tanto la presencia de una persona para sus familiares inmediatos, como la propia integridad de los derechos de la personalidad, que indubitablemente—los dos casos—se traducen, al menos, en verdaderos «intereses patrimoniales legítimos» (208). No valdría ahora repli-

(207) Estos mismos conceptos, casi literalmente, los expuso el Ministro de Justicia, señor ITURMENDI, en su discurso de presentación del Proyecto a las Cortes, en la sesión plenaria en que, finalmente, se aprobó.

(208) Como se prueba por su indudable carácter de indemnizables en derecho privado: el *id quod interest* en que esta indemnización se concreta expresa, hasta literalmente, la existencia de un interés patrimonial, cuyo carácter de legítimo procede de los títulos jurídicos que sostienen su integridad positiva. Sobre tal carácter vid. DE CUPIS: *I diritti della personalità*, Milano, 1950, págs. 35 y ss. Con esto no prejuzgamos ya la cuestión de la responsabilidad administrativa por daños morales, a lo que aludiremos más adelante.

car que tales intereses, sin embargo, por no ser expropiables no están incluidos en la fórmula legal. Naturalmente, es la propia fórmula legal la que define el ámbito de lo expropiable (vid. *supra*, II, B, 3), y si este carácter falta, en efecto, a los derechos personales, ello es debido simplemente a que estos derechos tienen un contenido positivo que excede del interés patrimonial, contenido cuya expropiación no autoriza ya el concepto legal. Ahora bien, producido el daño sobre los derechos que consideramos, es la propia naturaleza de los mismos la que presenta el *id quod interest* de su reparación, y este interés patrimonialmente evaluable, está ahora, por el contrario que en la hipótesis de la expropiación positiva, aislado, independiente, substantivo, siendo por ende susceptible de una consideración patrimonial completamente separada. Es la propia distinción funcional de los institutos de la expropiación forzosa y de la responsabilidad civil, que más atrás hemos expuesto, la que proyectada sobre la peculiar naturaleza de estos derechos hace jugar con diversos contenidos una misma, idéntica fórmula legal.

Puede aducirse aún un argumento teleológico. La Ley ha pretendido, evidentemente, ampliar el sistema de responsabilidad civil de la Administración y, sin embargo, en el orden de los daños personales su exclusión pura y simple de tal sistema implicaría una restricción de régimen respecto al derecho anterior. En efecto y por ejemplo, una Ley de 31 de diciembre de 1945 estableció la responsabilidad del Estado en el caso de que las fuerzas militares o de orden público con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio produjesen la muerte de una persona o su incapacidad permanente y absoluta para el trabajo (209). Es inconcebible pensar que la nueva Ley ha querido restringir este principio, y, por el contrario, ha de verse que en la generalización de estos y otros precedentes aislados encuentra su finalidad más profunda dentro del sistema general del ordenamiento positivo.

En conclusión, a nuestro juicio, las lesiones patrimoniales determinantes de responsabilidad de la Administración son en el nuevo régimen legal todas las imaginables, siempre que se cumplan las notas que establece el artículo 122 y que examinaremos en seguida. Por el objeto o naturaleza de los bienes sobre que el

sino que tratamos de evitar la exclusión *a priori* del tema por la fórmula del artículo 121 de la Ley.

(209) Más importancia tiene la aplicación del nuevo régimen legal a los daños causados por concesionarios que establecen y regulan el mismo artículo 121, 2.º, y el artículo 123. Este tipo de daños han venido siendo regulados sin esfuerzo por el Derecho civil, y sería anómalo entender que el cambio de régimen legal iba a implicar una exoneración de aquellos daños que justamente son los más graves. Del problema planteado por esta innovación se trata más adelante. Igualmente la cobertura por la Administración de los daños personalmente imputables a los funcionarios, hasta ahora regulados por el Derecho civil (con las especialidades de la Ley de 1904), obliga a una extensión como la que el texto propugna.

daño recaiga no cabe entender que existan, pues, limitaciones pre-determinadas. Es de esperar que el Reglamento ejecutivo de la Ley así lo especifique salvando el grave equívoco a que la redacción actual mueve, y a que las palabras de la Exposición de Motivos parecen impulsar (210). En cualquier caso no parece dudoso que los Tribunales, usando del amplísimo margen que las fórmulas legales les otorgan, se decidan por otra interpretación.

b) *Notas y extensión del concepto*.—El artículo 122, § 1.º, establece a continuación que «el daño habrá de ser efectivo, evaluado económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

Estas notas califican la presencia del daño indemnizable a los efectos de la Ley. Son notas genéricas y fácilmente justificables, que tratan de evitar la inclusión de simples «perjuicios» y aun de meras molestias subjetivas, en el supuesto de hecho de la responsabilidad civil. El criterio es el mismo que el sustentado por el derecho privado. Una cuestión se plantea, sin embargo, a propósito del último de los tres caracteres que el precepto señala: que el daño sea «individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

¿Estamos aquí en presencia de una nota paralela a la exigida a la privación patrimonial para configurarse como expropiación, la de ser «singular»? La cuestión es aquí algo más compleja. Esa nota de la expropiación, como vimos (211), atendía a deslindar en origen la actividad de limitación de la actividad de expropiación. Ahora bien, no podría decirse que un daño general pueda ser el fruto de una determinación estatal de limitación de los derechos. Pongamos un ejemplo característico: una devaluación de moneda, un cambio de regulación de una profesión, una rebaja en la remuneración de los funcionarios. En todas estas hipótesis no es la nota de generalidad la que evita la calificación de lesión o daño indemnizable, sino precisamente la circunstancia de no cumplirse el carácter esencial de la antijuridicidad, en el sentido en que lo hemos precisado más atrás; pues, en efecto, al poseer el Estado la disponibilidad sobre estas materias, que en el caso más señalado de reforma de *status* objetivos deriva de su misma potestad legislativa, y de la esencial libertad de su ejercicio, ocurre que frente a tales decisiones no pueden ser opuestos por los interesados «dere-

(210) Sin duda la Exposición de Motivos trató de hacer viable la extraordinaria innovación legislativa que supone instaurar el principio general de la responsabilidad civil de la Administración, justificándolo dentro del sistema de una Ley de Expropiación Forzosa. El temor a que naufragase tal iniciativa pudo violentar, posiblemente, la argumentación sobre la unidad sistemática de una y otra institución, unidad que, como hemos intentado exponer por nuestra parte, no requiere de ninguna manera una amputación tan sustancial en una de ellas.

(211) *Supra*, II, B), 5. a).

chos adquiridos» a la permanencia en la situación anterior (212), es decir, no puede esgrimir frente al Estado el derecho a su integridad patrimonial tal como resultaba del *status* anterior. No se trata, pues, de medidas de limitación de los derechos, sino de cambios de *status* legislativos, de medidas de organización social cuya adopción corresponde libremente al Estado. Que es justamente la presencia de esta «causa de justificación» del perjuicio y no la nota de la generalidad de su extensión, lo que impide que tal perjuicio sea calificado como lesión patrimonial o daño indemnizable, se pone de relieve en un simple ejemplo: Si la Administración ocasiona a los funcionarios el mismo perjuicio económico de la hipótesis, pero no por vía de reforma de su *status* legal, sino simplemente infringiendo de hecho este *status*, nada nos impedirá calificar la existencia de una indudable lesión patrimonial, no obstante su generalidad (213).

El requisito de daño «individualizado» atiende en realidad a otro orden de cuestiones. En primer lugar, la precisión quiere indicar que ha de tratarse de un daño perfectamente concreto residenciable directamente en el patrimonio del reclamante; y que exceda, además, de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social (214). En segundo lugar—y esto es, quizá, lo más significativo—la Ley ha querido probablemente señalar una pauta de prudencia en la aplicación de institución tan generosa como la que regula, indicando la existencia de límites virtuales a la reparación de verdaderos daños o lesiones patrimoniales en sentido jurídico, cuando por afectar a extensos sectores de individuos su reparación se hace imposible para las finanzas públicas, lo que obliga a calificarlas como verdaderas cargas colectivas; principio éste reconocido como uno de los límites naturales de la institución en otros derechos (215). Ahora bien, tales restricciones no han de en-

(212) Sobre este tema son clásicos los conceptos de JEZE: *Los principios generales del Derecho administrativo*, trad. esp., Madrid, 1928, págs. 116 y ss. «La característica de la situación [jurídica] general impersonal y del acto que la ha creado es la de poder ser modificada en todo instante». La aplicación de esta construcción al régimen jurídico de los funcionarios —para comprender el ejemplo del texto—, en págs. 448 y ss.; como es sabido esta tesis concluyó prácticamente con la discusión teórica sobre la naturaleza de la relación entre el funcionario y el Estado. Un ejemplo positivo en nuestro Derecho, de medidas legislativas de minoraciones de los ingresos funcionariales, es la llamada legislación «de restricciones» promovida en 1935 por el ministro CHAPARRIETA.

(213) Sin perjuicio de que en nuestro Derecho positivo esta lesión y los medios técnicos de reparación se rijan por el derecho de funcionarios y no por el de la Ley de Expropiación Forzosa.

(214) Puede equipararse, en este sentido, a la nota de la «especialidad» del daño, formulada por la jurisprudencia administrativa francesa, y especialmente aplicable a la responsabilidad imputada por riesgo. Cfr. DUEZ: *La responsabilité*, cit. pág. 63; DE LAUBADERE: *Traité*, cit., pág. 501; WALINE: *Manuel élémentaire de Droit Administratif*, 4.ª ed., Paris, 1946, págs. 493-494.

(215) Para Estados Unidos, vid. las referencias de VILLAR PALASI: *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa del mercado*, «Revista de Administración Pública», 16, 1955, pág. 44: «La misma doctrina norteamerica-

tenderse aplicables en todos los casos en que el daño trascienda de una sola persona individual; para cortar el riesgo de una simplista interpretación cuantitativa la Ley habla expresamente de que el daño puede también referirse a un «grupo de personas». Así como al glosar el concepto de «privación singular» como contenido de la expropiación notamos que el criterio individual-general es una simple aproximación al criterio sustancial del sacrificio, así también en este supuesto se hará inevitable acudir al terreno de las valoraciones materiales o políticas para discernir en cada caso lo que debe calificarse como imposición o resultado de cargas colectivas de aquello otro que merece el dictado de comisión de un daño. A mi juicio, en virtud de esta directiva esencial, en cuyo desarrollo sentimos no poder ahora detenernos, habría que concluir, por ejemplo, la imposibilidad de calificar de daños todos los efectivos perjuicios que para los propietarios urbanos resultan de la legislación especial de arrendamientos, y esto tanto los que se imponen por vía general (que esto parece indiscutible) como aquellos otros que en casos perfectamente singulares pueden afectar a algún aislado propietario (suspensión gubernativa de lanzamientos, denega-

na ha llegado a la conclusión de que esta falta de indemnización por las medidas de policía sólo puede encontrar su plena justificación en la imposibilidad real de abonar las indemnizaciones, imposibilidad que se liga a una necesaria reserva de poder en el Estado, aparte de la ley e independiente de la misma.» Para Francia, con crítica expresa de la adopción por el Conseil d'Etat de la doctrina del riesgo, HAURIOU: *La jurisprudence administrative de 1892 a 1929*, I, Paris, 1929, págs. 686 y ss. (sobre el asunto *Regnault-Desroziers* o del Fuerte de la Double-Couronne, 1919), y 698 y ss. (sobre el asunto *Couitcas*, 1923), con un extraordinario vigor crítico sobre las consecuencias presupuestarias; «riesgos ilimitados», «responsabilidades que sobrepasan visiblemente la capacidad de la Administración» («y la proporción de la responsabilidad con la capacidad es ella misma una condición de la justicia»); «el resultado será la parálisis de la legislación social que habrá llegado a ser tan costosa como un plan de obras públicas»; «puerta imprudentemente abierta»; «los contribuyentes franceses sumergidos por la marea de las indemnizaciones destinadas a realizar para cada uno el imposible «equilibrio de las cargas y de los beneficios de la vida común» [alusión a la doctrina sostenida en las decisiones comentadas], podrán hacer suya la exclamación del siglo XVIII: «¡Dios nos guarde de la equidad de los Parlamentos!». DUEZ y DEBEYRE: *Traité* cit., pág. 434: «El Consejo de Estado se resiste a la idea de la socialización integral de los daños derivados de la acción administrativa; apartándola así en buen número de casos del cuidado de una reparación pecuniaria, deja a la Administración un cierto margen de acción enteramente libre.» Y añaden en nota: «Este margen se aproxima al que existe en el contencioso de la legalidad gracias al poder discrecional... se inspira en preocupaciones análogas.» Para Italia, en relación con la indemnizabilidad de los daños de policía (especialmente antes de la Constitución de 1948), VIRGA: *La potestà di polizia*, cit., páginas 207 y ss. y allí citados. En el sentido del texto es inequívoco que entre nosotros un Tribunal no podría ampararse en el principio general de responsabilidad para imponer por sí mismo la indemnización de daños de guerra, por ejemplo (vid. sobre esta cuestión las referencias contenidas más arriba, nota 147). Sobre este carácter se fundamenta la irresarcibilidad de las privaciones de valor de las tasaciones de precios, etc.

ción de autorizaciones de obras, remisión legal de la renta a obreos en paro, etc).

En estos términos genéricos así definidos cualquier lesión patrimonial es capaz de poner en marcha el mecanismo de la responsabilidad administrativa. Entran, a mi juicio, tanto los daños materiales como morales, en cuanto estos últimos cumplan la nota de ser evaluables económicamente. Es posible que, como ocurre en todos los derechos, los llamados daños morales infringidos por la Administración hayan de ser discriminados más restrictivamente que lo que es común en el derecho civil (216), pero también debe tenerse en cuenta que la amplísima fórmula de cobertura de las responsabilidades que habrían de ser imputadas a los funcionarios, que, como luego analizaremos, se contiene en la nueva Ley, hace inútil en realidad casi todo el problema teórico montado alrededor de este tema, al explicarse la responsabilidad de la Administración como una simple consecuencia de tal cobertura, siendo ya menos discutible la posibilidad que los funcionarios tienen de ocasionar este tipo de daños (217).

Una última cuestión referente a la extensión de la lesión determinante de la responsabilidad es la que hace referencia a la posibilidad de que la lesión se presente, no ya en el patrimonio de un administrado, sino en el patrimonio de un agente integrado en la propia organización administrativa. En otros términos: es reparable en virtud de la fórmula legal el daño causado a un agente

(216) Francia, país el más progresivo en materia de responsabilidad civil, de la Administración, ha sancionado el principio de indemnización de los daños morales, aunque en forma restrictiva. ROUSSEAU: Op. cit., págs. 182 y ss., sintetiza así la jurisprudencia: El daño moral debe basarse en un derecho lesionado, criterio que limita la indemnización por accidentes mortales a las personas con derecho de alimentos (criterio, sin embargo, ya superado, como expusimos, *supra*, nota 34); el simple dolor moral no es reparable (*pretium doloris*), concepto por el cual se rechaza indemnización por menciones difamatorias contenidas en decisiones administrativas; esto, no obstante, en los casos en que se niega indemnización sustantiva, tiende a reconocerse más liberalmente el derecho al reembolso de gastos; se indemnizan los atentados al derecho moral del artista, las lesiones de la integridad física en casos de sufrimientos excepcionales y el daño a la integridad moral, como el honor o el prestigio; en muchos casos se condena a la Administración por la suma simbólica de un franco o simplemente a las costas del proceso. Esta materia es la única en la que los administrativistas confiesan la superioridad de la jurisprudencia civil (por ejemplo, DE LAUBADERE: *Traité*, cit. pág. 484).

(217) Así en Italia por la jurisprudencia, aunque no sin discusiones teóricas, vid. CASSETTA: *L'illecito*, cit., págs. 204 y ss. con más bibliografía. Después de la fórmula de responsabilidad indirecta del Estado establecida por el artículo 28 de la nueva Constitución parece mucho menos dudosa: *ibidem*, págs. 268 y ss. ALESSI: Op. cit., pág. 125, da ya la solución por obvia. Igual, en general, en los derechos que adoptan la fórmula de responsabilidad indirecta. Para Inglaterra, con crítica del criterio restrictivo francés, STREET: Op. cit., pág. 77, e *infra*, nota 279. La sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 10 de junio de 1932 declaró la incompetencia de la jurisdicción administrativa para entender de una demanda por daños a la fama personal producidos por una disposición ministerial, por entender que era una cuestión de índole civil (cfr. *infra*, nota 232), pero sin excluir su procedencia.

administrativo—por no utilizar el concepto más restrictivo de funcionario—como «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos»? No habría ninguna razón para responder negativamente a este interrogante; no parece que quepa distinguir restrictivamente donde la Ley no lo ha hecho, e incluso más, donde la Ley ha utilizado con toda conciencia una fórmula general. Esta extensión es en verdad fundamental y procederá característicamente en dos supuestos típicos, aparte de la generalidad de aplicaciones: actos ilegales contra los funcionarios y accidentes con ocasión del trabajo en la empresa administrativa, corrigiéndose por esta última aplicación la grave desigualdad existente entre los trabajadores privados y los públicos (218).

4. *Imputación.*

No basta la presencia del daño o lesión patrimonial; es preciso para que la responsabilidad surja que su producción sea imputable en algún sentido a la Administración. A la construcción expuesta más atrás y al papel que en la misma juega este elemento singular de la teoría nos remitimos. En este momento estudiaremos analíticamente los problemas de más relieve que para la aplicación del nuevo régimen legal suscita este concepto de la imputación del daño.

a) *Sujetos imputables.*—La Administración se presenta en el tráfico no unívocamente, sino a través de una serie incontable de personificaciones. Es importante a nuestro objeto distinguir los distintos órdenes de personificación administrativa, pues predicándose la imputación precisamente de personas jurídicas (219), el distinto régimen que afecta a éstas puede hacer variable en algún sentido el efecto de tal relación. Distinguiremos a este objeto el Estado o Administración Central; la Administración local y la Administración institucional y, finalmente, por previsión exacta de la Ley, los concesionarios.

(218) Basta comparar el régimen de accidentes de trabajo en la industria (más su complemento de enfermedades profesionales) con el de pensiones extraordinarias en el Estatuto de Clases Pasivas; creo que la Ley de Expropiación Forzosa no deroga esta última regulación, pero sí que extiende el principio de responsabilidad, según su técnica propia, allí donde esta regulación se detenia. Sobre la inferioridad de régimen a que en general ha llegado en nuestra patria el funcionario público por relación al empleado privado, invirtiéndose una tradición justamente inversa, PÉREZ SERRANO: *Proletarización del funcionario, en Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín*, cit., págs. 167 y ss. La misma aplicación que se propone en el texto la ha llevado a término la jurisprudencia administrativa francesa tanto en materia de riesgo profesional de los empleados públicos (recogida luego para los funcionarios propiamente tales en una Ley de 1946), como por revocaciones abusivas, etc. (DUEZ: *Op. cit.*, págs. 74 y ss.; ROUSSEAU: *Op. cit.*, págs. 157 y ss.).

(219) Recuérdese que la doctrina kelseniana reduce la personalidad jurídica a este concepto de «centro de imputación», aunque dentro de su general construcción normativista. (KELSEN: *Teoría general*, cit., págs. 94 y ss.).

aa) *El Estado: el problema de los órganos legislativos y judiciales.*—El primer y fundamental problema que se plantea a propósito de la esfera central del Estado es si los órganos legislativos y judiciales pueden ser cauce de la imputación de que se trata o, en términos más simples, si los posibles daños patrimoniales que puedan derivarse de la actividad legislativa y judicial son o no resarcibles según el régimen de responsabilidad que la nueva Ley establece.

La fórmula utilizada por la Ley para la medida de la imputación («siempre que la [lesión] sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa») parece excluir claramente del supuesto el caso de la actividad judicial subjetivamente determinada (220), quiero decir la actividad de los jueces y tribunales ordinarios o especiales (y de todos sus auxiliares) tanto en el *iudicare* como en el *procedere*, pero no de los órganos administrativos que ejercen funciones cuasi jurisdiccionales (221).

A la misma conclusión se llega observando que existe una normativa especial sobre reparación de daños judiciales, que no se puede entender derogada, dada la especificidad del supuesto, que requiere sin duda de precisiones particularizadas (222).

El caso de la llamada responsabilidad por actos legislativos suele plantearse equívocamente. Ya hemos observado en el apartado anterior algo en relación con esta cuestión. Definiendo la Ley el ámbito de lo jurídico positivo mal puede imputarse a sus efectos un perjuicio antijurídico. Los perjuicios derivados de las leyes son

(220) En el mismo sentido en Francia, LEFAS: *Responsabilité de l'Etat du fait des services judiciaires*, en «Conseil d'Etat, Etudes et Documents», 1949, págs. 48 y ss.; DE LAUBADERE: *Traité*, cit., págs., 508-509; DUEZ y DEBEYRE: *Traité*, págs. 462 y ss.; DUEZ: Op. cit., págs. 246 y ss. Para los problemas que plantea en Italia el artículo 28 de la Constitución en relación con este tema, CASSETTA: Op. cit., págs. 286 y ss. Para Inglaterra y Estados Unidos, con idéntica solución, STREET: Op. cit., págs. 41 y ss.

(221) Así en Francia, aunque existe alguna decisión en contra de esta doctrina, DE LAUBADERE: Loc. cit. *Contra*, en Inglaterra, STREET: Op. cit., págs. 42 y ss.

(222) Artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, reformado por la Ley de 24 de junio de 1933, con responsabilidad del Estado. Título VII del libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil, con responsabilidad personal de los jueces y magistrados (aparte de la derivada de delito: arts. 182, 188, 351 y ss., etcétera del Código penal). Lo que podría discutirse es si en estos últimos casos la fórmula de la nueva Ley de cobertura por la Administración de la responsabilidad imputable a sus funcionarios se extiende también a estas hipótesis de responsabilidad personal de jueces y magistrados. Aunque habría razones favorables a tal extensión la respuesta posiblemente tendría que ser negativa, dado que el régimen que establece la nueva Ley es íntegro y no parece que pueda coger de él sólo aspectos parciales. Acaso esta extensión, sin embargo, pueda ser concretada por el Reglamento ejecutivo de la Ley, lo que sin duda sería deseable.

cargas legales y no daños. Este principio, sin embargo, debe ser corregido con dos observaciones:

1.º Existe la posibilidad de una norma jurídica en transgresión de otra de rango superior, hipótesis en la cual sus perjuicios derivados serían evidentemente antijurídicos; ahora bien, esta precisión retiene todo su valor a propósito de las normas reglamentarias o emanadas de la Administración, pero no precisamente de las llamadas leyes en sentido formal, dada la imposibilidad de hacer jugar jurídicamente la categoría de la inconstitucionalidad de las leyes en nuestro derecho (223).

2.º Cabe, finalmente, afectar indemnización a los efectos dañosos de una Ley formal cuando se entiende que tal Ley presenta una laguna sobre la materia, y en virtud de la integración de tal laguna con los principios generales del Derecho, que están en los preceptos abstractos del Fuero desarrollados por la Ley de Expropiación Forzosa, pero siempre que esté claro que tal laguna no existe, por ejemplo, porque está implícito el propósito decidido de no indemnizar, y mucho más cuando este propósito está preceptivamente declarado, no existen medios técnicos para forzar a la indemnización, ni esta consecuencia podría tomar razón en la Ley de Expropiación Forzosa, dada la precedencia de la *lex posterior*; a esta función de interpretación o de integración de una laguna se reducen los famosos casos que presenta la jurisprudencia francesa, a los que en modo alguno corresponde el inadecuado concepto de «responsabilidad por actos legislativos» o «del Estado legislador» (224).

(223) Vid. FUEYO: *Legitimidad, validez y eficacia* cit., págs. 35 y ss. Idéntica razón en Italia, CASSETTA: *Op. cit.*, págs. 279 y ss. Y Bélgica, CAMBIER: *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, 1947, págs. 287 y ss. El argumento se repite en Francia (bibliografía más adelante).

(224) Vid. CHAUMONT: *La responsabilité extracontractuelle de l'Etat dans l'exercice de la fonction législative*, en «Revue de Droit Public», 1940, págs. 200 y ss. Nota de JEZE en la misma Revista, 1945, págs. 366 y ss. DUEZ: *La responsabilité* cit., págs. 201 y ss. y las referencias comunes de los tratados generales (DUEZ y DEBEYRE: Págs. 458 y ss.; DE LAUBADERE: Págs. 505 y ss.; WALINE: Págs. 513 y ss.). Sobre el tema en general, con más bibliografía, SAYAGUÉS LASO: *Responsabilité de l'Etat en raison des actes législatives*, en *Livre Jubilaire du Conseil d'Etat*, Paris, 1952, págs. 619 y ss. Los dos únicos casos en que el Conseil d'Etat admitió una supuesta responsabilidad del Estado por daños derivados de sus leyes han sido en los asuntos *La Fleurette* (1938) y *Caucheteux* (1944). En el primero de ellos se trataba de una Sociedad que fabricaba una crema especial a partir de la leche y de otros productos, y que se vió forzada a cejar su negocio como consecuencia de una ley que, con fines de protección de la industria lechera (no por razones sanitarias), prohibió la venta de productos similares no derivados íntegramente de la leche. El segundo caso era del todo análogo, sólo que ocasionado por la protección a los productores de cereales. En los dos supuestos se trataba de los únicos fabricantes de los productos en cuestión en territorio francés, circunstancia tam-

En conclusión, nos resulta que la imputación de daños patrimoniales al Estado como elemento constitutivo de la responsabilidad civil del mismo procede característicamente a través de los órganos administrativos propiamente tales, es decir, los integrados en el tradicionalmente llamado poder ejecutivo. Sólo los daños imputables a estos órganos son causa de responsabilidad del Estado según la nueva Ley. Eventualmente es posible sin embargo que ésta se extienda hasta cubrir las responsabilidades personales de los funcionarios judiciales (225) y a integrar una laguna positiva de una Ley formal; lo primero, sin embargo, no parece hacedero con la simple redacción del artículo 121 y procedería sólo en virtud de complementos reglamentarios expresos que se inspirasen en razón de equidad; lo segundo, implicaría únicamente hacer jugar la Ley como índice de un principio general del ordenamiento; en los dos casos no se trata, pues, más que de aplicaciones excepcionales y parciales, además de simplemente eventuales. La aplicación normal e indubitada del régimen plenario de la responsabilidad civil del Estado queda reservada, pues, para la nueva Ley a sólo la actividad administrativa, entendido este concepto, no materialmente, sino subjetivamente: actividad de los órganos integrados en el llamado poder ejecutivo (226). Sólo estos órganos son cauces válidos de imputación de daños al Estado para que pueda surgir la consecuencia legal de su responsabilidad. 12-

bb) *Los entes locales.*—El problema que se plantea a propósito de estas personas administrativas es previo, en realidad, a la cuestión técnica de la imputación de los daños: simplemente si la regulación de la responsabilidad administrativa que contiene la Ley de Expropiación es o no aplicable a los entes locales. El problema

bién tomada en cuenta expresamente (cfr. *supra*, nota 215). Otra solución procedería en los países con garantía judicial de la Constitución y siempre que ésta estableciese concretamente el principio, y esto en virtud de lo que se ha expuesto más atrás en el texto (antijuridicidad de efecto dañoso); en este sentido Estados Unidos, aunque en forma negativa (inconstitucionalidad de las leyes expropiatorias sin indemnización, aplicando la cláusula constitucional *due process of law*, SCHWARTZ: Op. cit., págs. 217-9), y no por las razones que pretende SAYAGUÉS LASO en el citado trabajo, que entiende aquí aplicable el principio de igualdad ante las cargas públicas; la utilización general de tal principio (de cuya inconsistencia jurídica ya hablamos más atrás) al campo de la actividad legislativa significaría prácticamente la paralización de esta actividad (Cfr. *supra*, nota 215, los textos de HAURIOD).

(225) *Supra*, nota, 222.

(226) Esta caracterización estrictamente subjetiva de la actividad administrativa es la esencial para determinar el contenido de todo el Derecho administrativo y no sólo del de la institución de la responsabilidad de la Administración. La supuesta actividad administrativa de los órganos legislativos y jurisdiccionales no es nunca materia del Derecho administrativo, e inversamente: una hipotética actividad legislativa o jurisdiccional cumplida por la Administración se rige necesariamente por el Derecho administrativo. Vid. en el mismo sentido, GARRIDO FALLA: *Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales*, cit. págs. 11 y ss.

nace del hecho de que la Ley de Régimen Local contiene una regulación específica sobre la misma materia (arts. 405 y ss.). ¿Hay que entender que la Ley de Expropiación forzosa ha derogado a la de Régimen Local en este punto? Sí, a mi juicio, dada la referencia general de la primera a todas las esferas administrativas y expresamente a la esfera local (art. 85), para la que, sin embargo, no reserva ninguna particularidad sobre este tema (227).

Este cambio de régimen legal parece favorable a los administrados. La regulación de los artículos 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local (complementados por los artículos 376 y siguientes del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 17 de mayo de 1952) tenía a su favor el prestigio de haber sido la primera manifestación en nuestro Derecho del principio general de responsabilidad administrativa. Era, además, sin duda, una regulación generosa y progresiva (228). No obstante, la nueva Ley de Expropiación la excede en este punto. Así, en concreto, esta Ley establece con el límite que luego veremos, la responsabilidad directa de la Administración en todo caso de daños resultantes del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», en tanto que la de Régimen Local excluía esta responsabilidad directa en el caso de culpa o negligencia graves de las autoridades, funcionarios o agentes en el ejercicio de sus cargos, supuesto en el cual solamente admitía una responsabilidad subsidiaria, que estaba además estrechamente condicionada (art. 409, párrafo 2.º).

cc) *Entes institucionales.*—La imputación del daño puede referirse a los llamados entes institucionales o no territoriales. Respecto de ellos surgen dos problemas, a propósito de la aplicación del régimen de la responsabilidad civil contenida en la Ley de Expropiación Forzosa. Primer problema: discriminación entre las que son verdaderas personas públicas y las que son a todos los efectos personas de derecho común, pues sólo a las primeras

(227) No podría aducirse válidamente la circunstancia de que con posterioridad a la Ley de Expropiación se ha publicado un nuevo texto refundido de la Ley del Régimen Local, el aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 (*Boletín Oficial del Estado* de 10 de julio), dado el hecho de que esta llamada refundición es en realidad una modificación de artículos referentes a las Haciendas locales, que ha tomado razón en la Ley de reforma de esta materia de 3 de diciembre de 1953. Los artículos 405 y ss., que son los que regulan la responsabilidad civil, como la mayoría de los de la Ley, han quedado inalterados. En realidad sólo por la determinación expresa del mencionado Decreto, que quizá lo ha hecho con fines de facilitar las referencias, puede entenderse que el texto conjunto de la Ley ha de llevar la fecha de 24 de junio de 1955. En cualquier caso es posible que el problema sea resuelto por la norma, especial sobre derogaciones y vigencias prevista en la disposición final 3.ª de la Ley de Expropiación, que aún no ha sido aprobada.

(228) Cfr. ROYO VILLANOVA: *La Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950*, en «Revista de Administración Pública», número 4, 1951, páginas 298-299.

alcanzará la aplicación del régimen legal que estudiamos; esta cuestión, dudosa, como es bien sabido, en ciertos casos límites, debemos darla aquí por resuelta (229). El segundo problema a que aludimos ha de hacer perder gran parte del interés propio de éste primero, y es el que se plantea a propósito de ciertos entes subjetivamente administrativos y por ende públicos, pero que, sin embargo, actúan en el tráfico sometidos al derecho privado. Ahora bien, este problema, que es fundamental a nuestro objeto, no podemos resolverlo por una abstracta caracterización de estas personas jurídicas, pues es lo cierto que la misma consecuencia de la aplicación del derecho privado se presenta hoy en mayor o menor medida en la generalidad de los entes públicos, comenzando desde luego por el propio Estado. No es, pues, un problema de referencia subjetiva de la imputación, sino más bien de condiciones objetivas de la imputación misma, que en tal carácter analizaremos más adelante.

dd) Concesionarios de servicios públicos.—La posibilidad de que daños imputables a los concesionarios den lugar a la responsabilidad civil que regula la Ley de Expropiación Forzosa, resulta de los propios preceptos de esta Ley que así, en efecto, lo establece. El artículo 121, párrafo 2.º, determina que «en los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste». El artículo 123 regula el procedimiento de hacer efectiva esta responsabilidad.

El alcance de esta extensión legal es, sin duda, uno de los principales problemas que la nueva institución ocasiona. ¿Ha de entenderse que toda la responsabilidad civil en que pueda incurrir el concesionario de servicios públicos en ejercicio de la concesión se regirá en adelante por la nueva Ley y no por el Código civil? No, a nuestro juicio. Pero la cuestión debe plantearse sistemáticamente al tratar del tema de las condiciones objetivas de la imputación, y no, como ahora, de los sujetos de la imputación misma, pues en cualquier caso, se rija la situación por las normas civiles o por las administrativas, el sujeto imputable será siempre el mismo. En ese otro tema entramos inmediatamente.

b) La situación iusadministrativa del sujeto como presupuesto de la imputación.—Este epígrafe, quizá en demasía conceptista, pretende en realidad explicar una idea simple. Hemos entrevistado —y ahora lo afirmamos positivamente— que la generalidad de los

(229) Vid. sobre el tema con más referencias, VILLAR PALASI: *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 3, 1950, págs. 103 y ss.; FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit. págs. 375 y ss.; MIELE: *La distinzione fra ente pubblico e privato*, en *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, Milano, 1943, págs. 471 y ss.

sujetos que son término de la imputación pueden obrar indistintamente por los cauces del derecho privado o por los del derecho público. Es ésta una característica peculiar del régimen administrativo desde sus orígenes y que justamente en los tiempos actuales se ha agudizado hasta hacer del tema uno de los capitales de nuestra disciplina (230). Pues bien, se trata de indicar que únicamente el régimen legal que estamos exponiendo resultará aplicable cuando los sujetos estén respecto a la producción del daño que trate de imputárseles en una situación propia del Derecho administrativo. Por el contrario, cuando esta situación sea de Derecho privado, la eventual responsabilidad deberá serles exigida como y en virtud del sistema común del Derecho civil. Este requisito es conocido en todos los Derechos (231), y es una consecuencia que se impone en el nuestro, tanto por los propios términos de la Ley que estamos comentando (aunque los criterios para la resolución del problema no estén en ella claros) como por el principio general de partición de la materia contenciosa de la Administración que, como un correlato necesario de la distinción de los respectivos regímenes materiales, formula el artículo 4.º, número 4.º, de la Ley orgánica de lo contencioso-administrativo (232).

(230) Vid. la exposición de conjunto que se hace en mi trabajo *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, cit. págs. 87 y ss. Específicamente, BALLBÉ: *Derecho administrativo*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», I, 1950, págs. 55 y ss.; AMORTH: *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato* (separata del «Archivio di Diritto Pubblico»), Padova, 1938; FORSTHOFF: *Lehrbuch*, cit., págs. 398 y ss.

(231) FORSTHOFF: Op. cit., pág. 247; CHAPUS: Op. cit., págs. 45-190. En Derecho italiano (como en los anglosajones) el problema no tiene relieve práctico porque en cualquier caso es competente la jurisdicción ordinaria, en virtud del peculiar sistema de justicia administrativa de este país (GUICCIARDI: *La giustizia amministrativa*, 3.ª ed., Padova, 1954, págs. 319 y ss.); aunque esto mismo ocurre en Alemania, sin embargo la sustantividad de los principios de la responsabilidad de la Administración y la especialidad de las normas por las que se rige (dos circunstancias que son mucho menos netas en Italia, pues el artículo 28 de la Constitución se extiende también por previsión expresa a la responsabilidad puramente civil) ha impedido la confusión de que se trata.

(232) Ley, texto refundido de 8 de febrero de 1952, artículo 4.º: «No corresponderá al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa... 4.º Las cuestiones de índole civil... pertenecientes a la jurisdicción ordinaria... Se considerarán de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil, y también aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea, como sujeto de derecho y obligaciones.» El criterio del derecho vulnerado, aplicado estrictamente, haría en cualquier caso incompetente a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las acciones sobre responsabilidad civil de la Administración. Esta conclusión ha sido sostenida por la jurisprudencia con anterioridad a la nueva Ley de Expropiación: sentencias de 25 de junio de 1888, 21 de mayo de 1892, 25 de febrero de 1902, 21 de abril de 1914, 18 de marzo de 1919, 20 de noviembre de 1922, 10 de junio de 1932, 27 de marzo de 1933, 25 de febrero de 1947. Hay que entender que la Ley de Expropiación ha acabado con este criterio en la materia específica de responsabilidad (art. 123). El otro criterio de este artículo 4.º, el de «cobrar

En el artículo 121 de la Ley de Expropiación parece apuntarse a un principio material: el del «funcionamiento de los servicios públicos»; todos los daños y nada más que ellos, consecuencia de este funcionamiento—normal o anormal—generarían la responsabilidad especial de que se trata, y no la del Código civil. Puede pesar a favor de esta interpretación el recuerdo del famoso *arrêt Blanco* del Derecho francés, que a la vez que establecía las bases de una teoría de la responsabilidad administrativa, sentaba también el principio esencial del servicio público como criterio determinante de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (233). Ahora bien, nos resistimos a creer que deba darse a esa expresión de la Ley tal significado, por la sencilla razón de que hoy toda la doctrina está acorde en que el famoso principio del servicio público ha hecho crisis completa y en modo alguno puede erigirse sobre el mismo ni el contenido en general del Derecho administrativo (234), ni mucho menos el de la institución de la responsabilidad civil de la Administración (235), y el tecnicismo de la Ley no justifica ciertamente que podamos atribuirle una regresión de tal bulto. La expresión «servicios públicos» hay que entenderla en sentido orgánico y no funcional y equipararla así, pura y simplemente, a actividad de la Administración, sin buscar ningún matiz especial de diferenciación, aparte del que ya hemos considerado de exclusión de la actividad legislativa y la judicial.

Ello nos obliga a buscar fuera de esta Ley un criterio de distinción de los dos regímenes, civil y administrativo, de responsabilidad. Este criterio no puede ser otro que el general de distinción de los dos Derechos en su aplicación a la esfera administrativa. Es natural que no podamos detenernos ahora a precisar este criterio, pero baste decir que el mismo se ordena alrededor de la distinción gestión pública-gestión privada, al que apunta directamente,

como persona jurídica», está enunciado muy imperfectamente, pues es obvio que la Administración obra siempre como persona jurídica, tanto en el campo del derecho público como en el del derecho privado y que tal personalidad es indivisible; no obstante, y salvado su desgraciado tecnicismo, es al que habrá de atenderse, como se expone más adelante, en el texto.

(233) Esta ha sido la interpretación común de la citada decisión hasta muy recientemente, como ya hemos advertido. Vid. CHAPUS: Op. cit., págs. 85 y ss. y *supra*, nota 490.

(234) Vid. mi trabajo *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, cit. págs. 120 y ss. y allí citados.

(235) En Francia desde los primeros años del siglo XX se inicia, en materia de responsabilidad administrativa, el abandono de la teoría pura de servicio público que patrocinó el *arrêt Blanco*, y su sustitución por la distinción estructural «gestión pública-gestión privada» (que no se corresponde con la tradicional de actos de autoridad y actos de gestión); en 1903 el famoso *arrêt Leerrier* sobre conclusiones del Comisario de Gobierno ROMIEU, formula ya con toda nitidez la distinción, para atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa únicamente el conocimiento de los actos o consecuencias derivadas de una gestión pública. El criterio se consolida por el Tribunal de Conflictos definitivamente a partir de 1910 y sigue siendo hoy el criterio central en la materia (CHAPUS: Op. cit., págs. 100 y ss. y 107 y ss.).

aun con grave imperfección técnica, nuestra Ley de lo contencioso —artículo 4.º— al atribuir a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de aquellas cuestiones «en que la Administración haya obrado como persona jurídica [privada]» (236).

Resulta así que para que pueda imputarse a una Administración la producción de un daño patrimonial conforme a los principios y para los efectos de nuestra Ley de Expropiación Forzosa, es presupuesto fundamental, o bien que el acto causal de la imputación sea efectivamente un acto administrativo y no privado, o bien, cuando la imputación no proceda de la emanación de acto jurídico alguno, sino de puros hechos, que la situación en que estos hechos determinantes se produjeron fuese de suyo una situación propia del Derecho administrativo, y no de las que rige el Derecho privado. Fuera de estas hipótesis, como dice FORSTHOFF, «la actividad será Administración, pero no imperan en ella las normas del Derecho administrativo» (237).

El criterio es claro en los casos límites: así es evidente la aplicación del Derecho civil respecto a la actividad bajo cauce mercantil de los entes económicos (238), la gestión del patrimonio privado o fiscal, las relaciones personales acordadas conforme al Derecho laboral común, etc. Para aquellas hipótesis en que esta claridad falte, existe el mecanismo técnico de los conflictos de jurisdicción (Ley de 17 de julio de 1948), que habrá de encontrar en adelante en esta materia una de sus aplicaciones más frecuentes.

El problema más importante a propósito de este requisito se plantea respecto a los concesionarios de servicios públicos. La aplicación del régimen legal de la responsabilidad de la Administración a los concesionarios de ésta es una extraordinaria novedad de la Ley. En Francia, país el más similar a nuestro sistema administrativo, así como el más caracterizado, sin duda alguna, en materia de responsabilidad de la Administración, los daños ocasionados por los concesionarios son resarcibles según los principios del Derecho civil, y no es competente, por lo mismo, respecto de este

(236) Vid. *supra*, nota 232. La concreción de este principio se encuentra en la propia jurisprudencia civil y contencioso-administrativa, y sobre todo en la jurisprudencia de conflictos cuya sistematización puede verse en la obra de PERA VERDAGUER: *Jurisdicción y competencia*, Barcelona, 1952. También las habituales notas de GONZÁLEZ PÉREZ sobre la jurisprudencia de conflictos, en la «Revista de Administración Pública» desde su fundación, 1950.

(237) Op. cit., págs 247. El concepto lo formula justamente al tratar del tema de la responsabilidad.

(238) Aunque ya se ha advertido más atrás, bueno será insistir sobre cómo no es posible establecer una distinción de régimen sobre la base de los tipos o formas de personificación administrativa, pues es hoy tan posible una gestión pública a través de entes a los que se aplica en mayor o menor medida el derecho privado, como viceversa, una gestión privada cumplida bajo formas públicas de personificación y de actuación. Vid. el citado trabajo, *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, págs. 123 y ss.

resarcimiento la jurisdicción administrativa (239). Así ha ocurrido entre nosotros hasta ahora, sin dificultad alguna y sin discrepancia de nadie. La razón de esta calificación es simple: se trata de relaciones patrimoniales entre particulares (240), dado el inequívoco carácter privado del concesionario y de su empresa. En el orden práctico juega también claramente la intención de descargar a la Administración de un volumen de asuntos considerables, ya que la competencia de la jurisdicción contenciosa exigiría necesariamente un pronunciamiento administrativo previo, que se convertiría en el objeto directo de la impugnación (como en nuestra Ley, artículo 123) (241), y habida cuenta de que justamente la dejación de la explotación del servicio es la razón determinante de la adopción del régimen de concesión mismo.

A mi juicio, análoga conclusión ha de prevalecer como principio en el nuevo régimen legal. El concesionario se encuentra como regla en una situación de derecho civil, por la razón simple de que es una persona de derecho civil. De la misma manera que los actos del concesionario no son actos administrativos, o sus contratos contratos administrativos, o sus agentes agentes administrativos, o sus fondos, en fin, fondos públicos, así su eventual responsabilidad no hay razón para que sea una responsabilidad administrativa. Aceptar lo contrario implicaría automáticamente trastocar las bases de nuestro régimen administrativo. Una excepción cabe a ese principio, y a ella habrá que reducir la aplicación prevista por la nueva Ley: la hipótesis de que el concesionario ejercite verdaderos poderes públicos en nombre de la Administración concedente; así, ex-

(239) WALINE: Op. cit., pág. 335; DE LAUBADERE: Op. cit., pág. 601; DUEZ y DEBEYRE: Op. cit., pág. 509 (aunque a este autor le parece criticable esta posición). En otro sentido, la Administración concedente es responsable subsidiariamente—y ante la jurisdicción contencioso-administrativa—en caso de insolvencia del concesionario directamente responsable (DUEZ y DEBEYRE: loc. cit.; DE LAUBADERE: Pág. 500).

(240) DE LAUBADERE: Op. cit., pág. 601.

(241) Recuérdese que los servicios concedidos suelen ser justamente aquellos que originan un tráfico comercial intenso: ferrocarriles, tranvías, autobuses, trolebuses, líneas aéreas, marítimas, suministro eléctrico, de gas, de agua, etc. La fiscalización de todos los daños que pueden ocasionar estos gigantescos complejos industriales, fiscalización que debería ser *in situ*, materialmente, echaría sobre la Administración un ingente, extraordinario volumen de negocio para lo cual no se aprecia ninguna justificación sustancial. Por otra parte, hacer recaer el eventual proceso sobre el acto administrativo en sí mismo y sobre el expediente que le haya precedido, implicaría: 1.º Un apartamiento de los Tribunales de la cuestión de hecho en asuntos en que la cuestión de hecho es fundamental; este cargo se extrema recordando la excepcionalidad de la prueba en el proceso contencioso-administrativo y la separación temporal que forzosamente determinaría la circunstancia de un expediente administrativo previo. 2.º Gravar a la Administración con la ingente carga de acudir a un extraordinario número de procesos sobre asuntos puramente patrimoniales entre particulares, en los que sólo podría tener, cuando mucho, un interés indirecto. No hay razón que pueda convencer de la necesidad de interponer esa supuesta instancia previa.

propiación forzosa (242), imposición de servidumbres, ventas forzosas, etc. Sólo a estos reducidísimos supuestos cabe entender, en conclusión, que alcanza la aplicación de la nueva Ley en cuanto a los eventuales daños resultantes. Sólo, pues, en esta situación es posible predicar de los concesionarios privados la imputación de un daño a efectos de la Ley de Expropiación Forzosa. Declararlo así, despejando el grave equívoco que en otro caso puede resultar, parece una de las tareas más importantes del Reglamento ejecutivo de la Ley.

1E) *Causas de imputación.*—aa) Llamamos causas de imputación a aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a éste el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone. En este sentido la imputación es un concepto jurídico y no físico: el daño, en cuanto realización material, puede haber sido causado por persona distinta de aquella a quien, sin embargo, jurídicamente se le imputa; o puede haber sido ocasionado por hecho fortuito, y no obstante no impedirse la imputación a un sujeto, como hemos de ver.

Ya hemos avanzado más atrás, al exponer las bases de la teoría general, una tipificación de causas de imputación, aunque por vía simplemente enunciativa. Esas causas no pueden, en efecto, reducirse a un canon unitario, y es aquí donde se inserta la rica casuística que alimenta todo régimen de responsabilidad civil. Esta casuística falta en nuestra Ley, que ha querido intencionadamente no establecer limitaciones apriorísticas y dejar la aplicación del principio abstracto de imputación que formula (daños «consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos») a la libre apreciación de cada caso. Tampoco, naturalmente, cabe acogerse a la jurisprudencia, dada la radical innovación de esta normativa en nuestro Derecho. Ello nos fuerza a intentar por nuestra parte una descomposición del principio unitario de imputación que la Ley contiene presentando un esquema de las situaciones concretas que pueden ampararse en sus amplios términos.

La amplísima fórmula de la Ley («toda lesión... consecuencia» etcétera) puede comprender indudablemente tanto situaciones contractuales como extracontractuales. Ahora bien, toda la regulación específica de los contratos atiende justamente a establecer los criterios propios para relacionar los patrimonios de los contratantes, determinando en primer lugar qué perjuicios han de merecer la calificación de daños (contenido obligacional del contrato, doctrina de los riesgos), así como la respectiva imputación de los mismos entre las partes, y, finalmente, los principios de la reparación, en su

(242) Aunque si las previsiones de la Ley que estamos comentando se cumplen, la reducción del concesionario a simple beneficiario de la expropiación que gestiona la Administración expropiante (supra II, B. 2) hará inaplicable este supuesto.

caso. La fórmula del artículo 121 de la Ley no habrá de resolver problema ninguno, y puede jugar a lo más como un abstracto principio general de Derecho, cuya articulación deberá buscarse siempre en el mecanismo propio del contrato particular de que se trate. Sólo en aquellas hipótesis—que no son excepcionales—en que la Administración interfiera un contrato suyo en virtud de poderes extracontractuales, en virtud de su propio poder público, que de ninguna manera queda sometido al contratante privado, sólo en estas hipótesis cabría reservar al artículo 121 de la Ley la posibilidad de una aplicación directa, pero esto siempre que ni las normas propias del contrato de que se trate, ni las particulares estipulaciones del mismo o pliegos de condiciones, hayan previsto y regulado la eventualidad de ese llamado, en general, «hecho del príncipe» (243). Pero esto mismo es ya, en cierta manera, una responsabilidad extracontractual, aunque liquidable en el seno de un contrato, por esa razón de que se trata de una interferencia incidental de los poderes rigurosamente extracontractuales de la Administración, de un sacrificio puro y simple de la posición material que el contrato precisamente aseguraba al contratista privado (244).

Esto quiere decir que el campo propio para la aplicación del artículo 121 de la Ley no es el de las situaciones contractuales, sino, por el contrario, el de las situaciones extracontractuales (245). Es aquí donde ha de encontrar todas las fecundas posibilidades de aplicación que contiene. Al tratar, como estamos haciendo, de las causas particulares de imputación, hemos, pues, de precisar que

(243) Vid. especialmente PEQUIGNOT, *Theorie générale du contrat administratif*, París, 1945, págs. 363 y ss.; DE LAUBADERE, *Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, en «Revue de Droit Public», 1954, págs. 36 y ss., con más referencias. Para nuestro Derecho, mi trabajo ya citado, *Das regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, págs. 268 y ss. La expresión «hecho del príncipe» ha sido adoptada por nuestro Consejo de Estado, aunque en la forma latina *factum principis*: consulta núm. 3.725, de 3 de noviembre de 1948. Vid. un resumen en Consejo de Estado. *Recopilación de doctrina legal, 1948-1949*, Madrid, 1950, pág. 127. La expresión, que está tomada del antiguo derecho (y el propio concepto), fueron propuestos por HAURIOU en 1901 en una de sus luminosas notas de jurisprudencia («Le fait du prince est une de ces théories qui se cachent dans les profondeurs de notre droit administratif pour lui donner sa secrète souplesse»). Vid. en *La jurisprudence* cit., I, páginas 734 y ss.

(244) PEQUIGNOT, op. cit., págs. 452 y ss. PEQUIGNOT rechaza con gran lujo la tesis de JEZE de fundar únicamente en el contrato la justificación del derecho del contratista a la indemnización («ecuación financiera»), y propone por su parte, como coronación de una construcción matizada, acudir al famoso principio de la igualdad ante las cargas públicas que para él es el principio central de la doctrina de la responsabilidad (extracontractual) administrativa.

(245) En el mismo sentido, la doctrina italiana sobre la fórmula de responsabilidad del art. 28 de la Constitución (CASSETTA, op. cit., págs. 271 y ss.) y la alemana sobre la del artículo 34 de la «Grundgesetz» (FORSTHOFF, op. cit., pág. 247). La francesa, por supuesto, remite toda la teoría de la responsabilidad a—según el título completo de la clásica obra de DUEZ—*La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*.

estas causas operan específicamente en tales situaciones extracontractuales, y habrán de tipificarse dentro del marco genérico en que dichas situaciones se presentan.

bb) La realización material directa y a la vez legítima del daño es evidentemente la forma elemental de imputación. A ella se refiere explícitamente la fórmula legal cuando habla del «funcionamiento *normal* de los servicios públicos». Ya hemos indicado más atrás que cabe esta comisión legítima del daño fuera de los cauces propios de la expropiación forzosa, tal como esta institución ha sido configurada por la nueva Ley. Ello tendrá lugar siempre que el daño sea accidental respecto de la actuación administrativa, es decir, cuando ésta se dirija a un objeto sustantivo, resultando indirectamente una lesión patrimonial a un administrado. En el mismo supuesto de que acabamos de hablar, del «hecho del príncipe»: la Administración suprime un servicio público, lo que implica, a la vez, extinguir la concesión del mismo; la Administración reorganiza un servicio público, reforma el proyecto de una obra pública, y esto se traduce en correlativas modificaciones de los contratos en relación con los mismos.

Bajo este concepto de imputación podrán integrarse muchos de los supuestos de responsabilidad calificados en Francia inadecuadamente dentro de la rúbrica de la teoría del riesgo. La doctrina administrativa francesa, y en cierta manera también la civil, tiende a integrar dentro de la teoría del riesgo todos los supuestos de daños por actuación legítima. Esto implica desdibujar la doctrina del riesgo, que queda apenas convertida en una fórmula negativa: todos los daños causados sin falta (246). Lo propio de la teoría del riesgo, como veremos, es la imputación de aquellos daños producidos por caso fortuito, pero de ninguna manera de aquellos que directa y materialmente ocasiona el propio sujeto aun fuera de toda ilicitud. Así, entrarán dentro de esta específica causa de imputación por comisión material directa y legítima los daños derivados de la construcción de obras públicas que no sean consecuencia de falta seguida en esta construcción (247), los daños ocasionados por la

(246) Cfr. ROUSSEAU, op. cit., págs. 126 y ss.: «La idea esencial es que el sistema de la responsabilidad por riesgo es excluyente de toda idea de falta.» DUEZ, op. cit., págs. 58 y ss. Vid. más adelante nuestra exposición crítica.

(247) La responsabilidad por estos daños está reconocida en el artículo 121 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877: «... daños y perjuicios ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad, cuya enajenación no sea forzosa, por el establecimiento o uso de las obras», aunque atribuyendo su conocimiento a la jurisdicción civil. La nueva Ley integra, sin duda alguna, este supuesto, debiendo entenderse en consecuencia modificada la competencia de jurisdicción. Otra hipótesis legal: art. 56 de la Ley de Aguas. Otras aplicaciones jurisprudenciales en RODRÍGUEZ MORO, *La expropiación*, cit., páginas 176 y ss. El supuesto es caracterizado en Francia como una de las aplicaciones de la doctrina del riesgo: ROUSSEAU, op. cit., págs. 131 y ss.; DUEZ, op. cit., págs. 64 y ss.

represión de desórdenes y calamidades públicas sin falta en la actuación administrativa (248), etc.

En este lugar sistemático hay que colocar el supuesto expresamente referido en la Ley de «adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa». Es una manera de describir la actuación lícita (inimpugnabile) y, sin embargo, dañosa, que está tomada, sin duda alguna, del artículo 4.º, número 1, del Reglamento de la Ley de lo contencioso-administrativo (249). Aunque la especificación resulta obvia dentro del principio general de imputación que la Ley establece («funcionamiento normal de los servicios públicos»), puede, sin embargo, ser necesaria para poner de relieve la independencia entre los conceptos de responsabilidad e ilicitud del obrar, y por consiguiente entre responsabilidad e impugnación del acto causal. En virtud de esta precisión legal no habría razón para excluir *a priori* en el nuevo Derecho la responsabilidad resultante de los actos políticos o de gobierno, exclusión que en Francia se afirma por la imposibilidad de residenciar dichos actos en la jurisdicción contencioso-administrativa (250).

cc) Una segunda causa de imputación del daño a la Administración, que ha de ser, sin duda, la más habitual, es la de la comisión material directa, pero ya no lícita, como en el supuesto anterior, sino ilícita por relación a la norma que preside la realización del servicio. Es la doctrina clásica de la culpa. Dado que en cualquier caso la ilicitud es cometida por el titular del órgano o agente administrativo excediendo de su función propia, que ni le impone ni le autoriza una actuación ilícita, el primer problema que se plantea para la imputación del daño a la Administración es el interno de la referibilidad a la persona física agente o a la persona colectiva. Sabemos ya que éste ha sido uno de los escollos habituales de la teoría de la responsabilidad, y en el cual, por cierto,

(248) En este sentido la misma Ley de 31 de diciembre de 1945, ya aludida, sobre indemnización por muerte o incapacidad permanente y absoluta por las fuerzas militares o de orden público con ocasión del uso reglamentario de las armas en actos propios del servicio. En caso de calamidades públicas (inundaciones, incendios, etc.) puede jugar como causa de imputación prevalente la del beneficio directo, como luego referiremos.

(249) Vid *supra* en el texto y nota 149. Se trata, pues, de dar un contenido material expreso a la reserva que formula la regulación procesal.

(250) DUEZ, op. cit., págs. 220 y ss. Sobre los esfuerzos doctrinales que tienden a consagrar la indemnización por estos daños, págs. 242 y ss. Se señala también una leve tendencia del Conseil d'Etat a aceptar esta tesis. Para Italia en el mismo sentido negativo, aunque no por simples razones procesales (quizá ya superadas en virtud del artículo 131 de su Constitución vigente: GUCCIARDI, op. cit., págs. 200 y ss., con más referencias), CASERTA, op. cit., págs. 282 y ss. Sobre el tema de los actos de gobierno es clásica la obra del mismo DUEZ, *Les actes de gouvernement*, París, 1935, con extensas referencias de derecho comparado. En derecho español, FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, págs. 169 y ss. GARRIDO FALLA, *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, en «Revista de Administración Pública», 13, 1954, págs. 143 y ss. Véase, no obstante, lo que luego

se había detenido nuestro Derecho hasta este momento. La Ley de Expropiación, sin embargo, salta decididamente sobre esta objeción, al imputar a la Administración todas las lesiones provinientes del «funcionamiento anormal de los servicios públicos». Los límites intrínsecos de esta imputación, cuando hay en efecto un funcionamiento de los servicios públicos, aunque anormal, se funcionalizan como límites de la cobertura por la Administración de la responsabilidad propia del funcionario o agente, tema que estudiaremos específicamente en el apartado siguiente.

¿Qué hipótesis podemos imaginar de «funcionamiento anormal de los servicios públicos»? La doctrina francesa, trabajando sobre una idea análoga, la de la «falta de servicio» (por distinción de la «falta personal» del agente), ha sistematizado tradicionalmente su rica jurisprudencia sobre el tema, alrededor de tres grandes situaciones (251): el servicio ha funcionado mal (*culpa in committendo*; o por acción positiva) (252), el servicio no ha funcionado (*culpa in omittendo*, abstenciones cuando existe un deber funcional de actuar) (253), el servicio ha funcionado, pero tardíamente (falta al de-

se indica en texto y nota 298 sobre el problema general de responsabilidad por actos inimpugnables.

(251) ROUSSEAU, op. cit., págs. 78 y ss. DUEZ, op. cit., págs. 27 y ss., y los Tratados generales.

(252) Algunos casos en la jurisprudencia francesa: heridas por el funcionamiento del servicio de policía; accidentes producidos en ejercicios de tiro o maniobras militares; accidentes por caballos, autos y aviones oficiales; accidentes en los puertos por defectos en el servicio de navegación y practicaaje; ejecución de decisiones ilegales; accidentes de circulación ocasionados por defectuosa dirección de los agentes que la ordenan; entrega de los fondos de una Caja de ahorros a otra persona que el titular, con falta grave; pérdida de un expediente y de documentos; fusilamiento (por el «maquis») por error sobre supuesto espionaje o colaboración con el enemigo; falsa aplicación o violación de una ley o de un reglamento; arrestos arbitrarios; akta en un manicomio de un alienado que comete luego un atentado.

(253) Ejemplos, también de la jurisprudencia francesa: defectos de entretenimiento de una obra pública, inejecución de obras de reparación (y aquí: daños a barcos por defecto de entretenimiento de las instalaciones de un puerto, accidentes de barcos por inexistencia de «señalización» de un obstáculo en un canal, idem de automóviles por la misma razón en una carretera, accidentes de automóviles debidos al mal estado de la carretera, daños ocasionados por el estado de los inmuebles públicos y del alcantarillado, ausencia de vallado protector en una carretera, insuficiencia de las obras de protección contra las inundaciones, lesiones de un niño por el mal estado del patio de la escuela, daños por las caídas de los árboles secos sobre la carretera, daños a personas por defecto de señalización de pasos a nivel); falta de vigilancia y de medidas de protección de la policía (instalación por un Municipio de un tiro de pichón sin garantía para la seguridad de los habitantes; daños y crímenes cometidos por un perturbado dejado en libertad no obstante haberse advertido a las autoridades, daños por fuegos artificiales en fiestas populares, daños ocasionados por alumnos de escuelas oficiales o por presos o por alienados); la omisión sistemática e ilegal de la ley o de un reglamento en cuanto ocasione un perjuicio especial. Sobre los daños derivados del mal estado de las obras públicas, vid. también, en Italia, GIACINTO: *Dei danni dipendenti dalla manutenzione delle opere pubbliche*, en «Rivista di Diritto Pubblico», 1929, I, págs. 359 y ss.: ALESSI: *La responsabilità*, cit., págs. 379 y ss.

ber de diligencia funcional) (254). Obsérvese la extraordinaria importancia de estas calificaciones que parten todas ellas, y, por tanto, lo implican derivativamente, de un *standard* medio de perfección en la realización de los servicios públicos (255). A través de la verificación de la imputación en estos supuestos, la jurisdicción administrativa ha de ejercer un formidable control sobre el grado de rendimiento social de los servicios públicos, como efectivamente viene realizando en Francia el *Conseil d'Etat* (256). De este modo, a la vez que se asegura la integridad patrimonial de los administrados, se ejercita un saludable control sobre el funcionamiento administrativo, imponiéndole positivamente la carga de una diligencia funcional media, que puede operar visiblemente en nuestra un tanto post-trada Administración, si no se ponen obstáculos ulteriores a que el

(254) Retraso en el licenciamiento de un mozo irregularmente llamado a filas, retardo en la transmisión de una reclamación, retraso en la rectificación de una alineación urbanística irregular, retraso en dar trámite favorable a una reclamación fundada, retraso en formular un plan de urbanismo y en ejecutarlo luego, con perjuicio de los propietarios a quienes se suspende la facultad de construir; retraso en dictar el fallo (existiendo plazo legal) un consejo de disciplina, retraso en la aplicación de una ley que debía ser ejecutada inmediatamente en un plazo prefijado. La jurisprudencia francesa, de donde también se toman estos datos, acepta, sin embargo, la invocación por la Administración de motivos de interés general que justifiquen el retraso. En materia de retraso en el procedimiento la propia Ley de Expropiación contiene una aplicación de este principio de responsabilidad, artículo 56, ya examinado.

(255) Así la apreciación de un cierto grado de gravedad que la falta del servicio requiere y que la jurisprudencia francesa ha erigido en presupuesto de esta responsabilidad (DUEZ, op. cit., págs. 40 y ss.; ROUSSEAU, op. cit., páginas 113 y ss.) parte explícitamente del juicio de eficiencia media del servicio, atendida la naturaleza y circunstancias del mismo. Esta construcción excluye la oportunidad de hacer aquí aplicación del concepto de «interés legítimo» como ha propuesto ZANOBINI (*Interessi legittimi nel diritto privato*, cit., págs. 353 y ss.) para los casos en que la regulación del servicio, como ha de ser lo común, se ordene al interés general directamente y no a la protección del particular dañado; pues es el elemento de la lesión, y no en el de la imputación, que es el que aquí corresponde, donde ha de dilucidarse el tema de los derechos perfectos o intereses legítimos; así en los ejemplos de las tres notas anteriores los dañados han sido afectados inequívocamente en sus derechos patrimoniales (lesión), jugando la valoración del funcionamiento del servicio estrictamente como causa de imputación de esa lesión. Es decir, la responsabilidad no surge porque la Administración haya violado esas normas de interés general del servicio, sino porque ha producido un daño o lesión (de derechos patrimoniales perfectos, ordinariamente) que le es imputable, dato este último que advertimos por el funcionamiento del servicio. Como ya observamos, *supra*, nota 30, ZANOBINI, se ha dejado confundir por la doctrina de la acción ilícita del agente como fundamento de la responsabilidad civil que aquí nos muestra una vez más su poca consistencia.

(256) El Consejo de Estado—dice HAURIUO—añade a los poderes propiamente contenciosos del juez los poderes de policía jurídica de un administrador superior. De ahí el carácter pretoriano de la jurisprudencia... debido a una mezcla de jurisdicción y de poder discrecional. *Précis*, cit. pág. 404. Sobre el tema la bibliografía es extensísima; vid. últimamente WALINE, *L'action du Conseil d'Etat dans la vie française*, en *Conseil d'Etat, Livre Jubilaire*, cit., páginas 131 y ss.

régimen de la nueva Ley de Expropiación Forzosa desarrolle todas las virtualidades que contiene.

dd) Una tercera causa de imputación nos la ofrece el riesgo creado por la Administración. Indudablemente la operatividad de esta causa de imputación resulta de la expresión legal «consecuencia del funcionamiento normal de los servicios públicos». La doctrina del riesgo supone justamente este funcionamiento normal, no irregular, a diferencia de lo que ocurre con la doctrina de la culpa; pero, a diferencia también de lo que señalamos al estudiar el primer motivo formal de imputación, la comisión material y legítima del daño, aquí la producción del daño no es físicamente imputable al hecho de la Administración, sino, característicamente, al caso fortuito. La doctrina del riesgo consiste, en esencia, en atribuir jurídicamente la reparación de un daño fortuito (257), por la razón (causa de imputación) de que ese caso fortuito se ha producido por actualización de los riesgos creados en interés—no necesariamente económico—de su empresa por la persona a quien se declara responsable (258).

El análisis de esta causa formal de imputación se descompone así en dos elementos: primero, determinación del concepto de caso fortuito; segundo, riesgos creados por la empresa administrativa. El caso fortuito, a los efectos de la doctrina del riesgo, se define por contraposición a la fuerza mayor (259). El caso fortuito se caracteriza por dos elementos: la indeterminación y la interioridad; a la

(257) «Se puede incluso decir que la teoría de la responsabilidad sin falta, dicha todavía teoría del riesgo..., no tiene otro objeto que eliminar el caso fortuito como causa de exoneración», dicen las conclusiones en que se basa uno de los famosos «arrêts» del Conseil d'Etat sobre la materia, el de *Gas de Beauvais* de 1929. En el mismo sentido, aunque desde la construcción tradicional de «responsabilidad por hecho de las cosas», CHAPUS, op. cit., pág. 267.

(258) Para una exposición de las teorías sobre el riesgo, con más referencias, STARK, op. cit., págs. 18 y ss. Para su aplicación a la esfera administrativa, DUEZ, op. cit., págs. 58 y ss.; ROUSSEAU, op. cit., pág. 126, y los capítulos correspondientes de los tratados generales. La comparación entre los regímenes civil y administrativo sobre la materia, CHAPUS, op. cit., págs. 265 y ss. Para Alemania, FORSTHOFF, op. cit., págs. 253-254 y 280 y ss. (aunque con constantes invocaciones a la ejemplaridad de la jurisprudencia francesa); en el mismo sentido, con mínima y aun ninguna admisión del principio, Italia, los países anglosajones, etc.

(259) COLLIER, *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, Paris, 1938, págs. 123 y ss., y bibliografía de la nota anterior. La doctrina administrativa sobre este tema (que quizá parte de HAURIU, nota al *arrêt Ambrosini*, 1912, en *La jurisprudence* cit., I, págs. 510 y ss.) ha extremado esta distinción, que tenía raras precedentes en la doctrina civil y que habían iniciado los tratadistas de derecho social sobre el pie forzado de la legislación sobre accidentes de trabajo (vid. las propias referencias de HAURIU, loc. cit.). Para el valor de la distinción en la jurisprudencia civil francesa actual vid. CHAPUS, op. cit., págs. 444 y ss. En nuestro propio Código civil (cuyos arts. 1.905-1.910 hay que incluir dentro de la doctrina del riesgo) hay base para esta distinción, como resulta expresamente de los artículos 1.905 («sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor») y 1.908, número 3.º («cuando no sea ocasionada por fuerza mayor»).

fuerza mayor, por el contrario, corresponden las notas opuestas de la determinación irresistible y la exterioridad. Indeterminación del caso fortuito: el accidente que ocasiona el daño—dice la fórmula consagrada—resulta de una causa desconocida; es, dice HAURIUO, una «falta del servicio que se ignora» (260). El elemento esencial, y el que da razón incluso de ese anterior, es el de la interioridad del evento por relación a la empresa en cuyo seno se presenta el daño; se trata de un evento directamente conectado al objeto dañoso, a su constitución, a su naturaleza íntima, al funcionamiento mismo de la empresa o servicio que integra ese objeto; por ejemplo, en una fábrica la explosión de una caldera, en una mina la inflamación del grisú. Por el contrario, estos dos elementos faltan en la fuerza mayor, que viene a caracterizarse por los opuestos: frente a la interioridad del evento fortuito, la fuerza mayor es una causa extraña, exterior por relación al objeto dañoso y a sus riesgos propios; en lugar de la indeterminación en que se producía el *casus*, la fuerza mayor se presenta con una exacta determinación, y por ello su nota propia es la «irresistibilidad» como rezaba ya el antiguo concepto: *cui humana infirmitas resistere non potest*. Para depurar, finalmente, la calificación del *casus* hay que excluir otras dos fuerzas extrañas a la empresa: la falta de la víctima y el hecho de un tercero (261).

Concretar ahora la extensión de los riesgos creados por la empresa administrativa, y de cuya actualización fortuita puede surgir responsabilidad, no es ciertamente una tarea capaz de ser afrontada teóricamente. Es, por el contrario, una cuestión de hecho, sin que pueda servirnos para exponer sus problemas acudir a una experiencia jurisprudencial de que carecemos. La Administración se presenta en nuestra época, como ya observamos más atrás, como una vasta empresa material que pone en pie un ingente sistema de riesgos. Determinar cuáles son, en efecto, esos riesgos de la empresa administrativa dependerá de la perspectiva que adoptemos. En Francia,

(260) HAURIUO eleva esta nota a primer plano, quizá inadecuadamente; la idea esencial del concepto es la siguiente, la de interioridad, que es la que justifica prescindir del origen del accidente y presentarlo así como una simple hipótesis, que engloba tanto la falta del empresario como cualquier otro motivo distinto de la fuerza mayor. Vid. HAURIUO, loc. ult. cit. No hay razón ni jurídica, ni seguramente científica, para aceptar con este autor que «la causa primera del accidente es desconocida porque la técnica industrial y científica es impotente para revelárnosla; pero este carácter desconocido no es más que provisional y un día llegará, gracias a los descubrimientos científicos, en que la luz se haga sobre las causas de parecidos accidentes»; HAURIUO apunta con esto claramente a la reconstrucción de la doctrina del riesgo sobre el esquema de la presunción de falta; es decir, niega, como hará más tarde claramente (vid. referencias sumarias *supra*, nota 215) la sustantividad de esa doctrina. Este es *a fortiori* todo el sentido del comentario jurisprudencial a que nos estamos refiriendo («detrás del caso fortuito había un defecto del servicio que con los perfeccionamientos de la técnica puede ser evitado») cuya conclusión puede resumirse en esta admonición: «il faut se garder d'étendre aux matières administratives la théorie du risque» (pág. 514).

(261) Detenidamente, CHAPUS, págs. 444 y ss.

por la desnaturalización de la doctrina del riesgo a que ya hemos aludido, y por el criterio de explicar el fundamento de la responsabilidad que esta causa de imputación pone en marcha por el indeterminado principio de la igualdad ante las cargas públicas, se tiende, aunque sólo doctrinalmente (pues el *Conseil d'Etat* ha conservado su prudencia), a integrar como riesgos administrativos la generalidad de los riesgos de la vida social y específicamente todas las consecuencias que la acción directa o indirecta del Estado pueda ocasionar en contradicción con dicho postulado de igualdad económica. Se ha llegado así a formular como una tendencia, y como una tendencia estimulable, la llamada «responsabilidad por riesgo generalizado» (DUGUIT) o de «socialización del riesgo» (262). Esta doctrina no es ciertamente una tesis jurídica ni puede pretender ampararse en los trazos netos que la idea del riesgo proporciona (263). Esta idea es únicamente capaz de referir los eventos derivados del aparato material de la Administración (accidentes), y, a lo sumo, los que se presenten como riesgos conexos con el desarrollo de este aparato (accidentes de trabajo de los servidores públicos, en la extensión que se acepta respecto a las empresas privadas) (264). Es la idea del caso fortuito, como hemos dicho, entendido como evento interior de la empresa administrativa, la que limita la extensión del concepto, y la que excluye del mismo, por consiguiente, todas estas indeterminadas aplicaciones, así como la hipótesis de la comisión directa y lícita del daño, que ha de regirse por los principios singulares que ya hemos expuesto.

Así depurada la extensión y contenido de esta causa formal de imputación, la actualización de la misma se nos presenta de una extremada utilidad, en tanto ha de permitir prescindir en todos aquellos casos en que sus elementos propios se presenten de la idea de culpa de la Administración, del juicio sobre la regularidad o irregularidad en el funcionamiento del servicio, que puede implicar,

(262) DUGUIT: *Traité*, cit., III, págs. 435. MIGNON: *La socialisation du risque y La socialisation généralisée de la réparation des conséquences dommageables de l'action administrative*, en «*Dalloz Hebdomadaire*», *Chronique*, 1947, págs. 37, y 1950, pág. 53, respectivamente.

(263) Contra la misma es contra la que propiamente reacciona HAURIOU (vid. las referencias de la nota 215). Hay en la crítica de este autor una conclusión bellamente expresada: «L'équité n'est pas du droit, par cela seul qu'elle n'a pas de catégories, et par conséquent, pas de limites. Le droit possède des catégories, la faute en est une. L'enrichissement sans cause en est une autre; la légitime défense elle même en est une. L'équité n'a point de catégories, elle n'est qu'un sentiment. «Coeur pensif, ne sait où il va» (op. cit., pág. 724). Es preciso también evitar entre nosotros la creencia de que el principio general del artículo 121 de la Ley abre paso a una equidad libremente interpretada por los jueces; no puede verse en esta fórmula una «*Flucht in die Generalklausel*» conforme a la famosa caracterización crítica de HEDEMANN, sino una estructura amplia y general, pero perfectamente rigurosa y orgánica, de una institución positiva.

(264) Vid. para nuestro Derecho, PÉREZ BOTIJA: *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1950, págs. 260 y ss. y lo que más atrás hemos aducido sobre el tema al estudiar la titularidad del daño.

sin duda, aunque indirectamente, una censura política (265). Así, en forma negativa, cabría decir que en principio todos aquellos accidentes ocasionados por o dentro de la empresa administrativa que no puedan ser referidos a una «causa extraña» (fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de tercero) podrán ser imputados a la Administración en virtud de este principio del riesgo creado (266). Al dar cabida la nueva Ley a esta posibilidad, en virtud de su fórmula «toda lesión consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» da muestra de una amplitud de criterio que es menester resaltar entre sus aportaciones de mayor alcance.

ee) Una última causa de imputación que permite indudablemente la fórmula del artículo 121 de la Ley es la del enriquecimiento sin causa a favor de la Administración (267). La imputación no se justifica aquí, como en los casos anteriores, por la relación material entre la producción del daño y la actividad del sujeto imputado, sino que se hace abstracción de estos dos factores y se atiende únicamente al beneficio resultante a dicho sujeto (o el perjuicio eliminado: *dammum cessans*) del hecho del daño (o de la actividad en donde se ha producido) acaecido al perjudicado. Sería exceder los límites sistemáticos de este trabajo intentar apurar y precisar la aplicación de este principio dogmático al cuadro de la Administración, bastándonos ahora con enunciar su simple posibilidad abstracta (268). Algunos casos están ya regulados legislativamente en nuestro Derecho (devolución de pagos indebidos, ejercicio por el particular de acciones judiciales en interés del municipio, etc.) y habrá que entender que en la fórmula del artículo 121 cabe un principio general análogo al del Derecho civil (269), que obliga a la restitución del enriquecimiento torticero.

(265) Cfr. DUEZ Y DEBEYRE: *Traité*, pág. 445.

(266) Algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia francesa (incluyendo solo los que convienen al concepto de riesgo que se adopta en el texto y separando los clasificables teóricamente en otros lugares): daños por ejercicios militares en campos o polígonos de tiro, maniobras, etc.; accidentes de trabajo de funcionarios, empleados y colaboradores ocasionales o por buenos oficios; daños por la explosión de polvorines (lo inicia el famoso *arrêt Regnault-Desroziers*, o del fuerte de la *Double Couronne*, 1919, uno de los que sientan las bases de la teoría), de fuertes, de barcos de guerra, de vagones de municiones; accidentes de automóviles en ausencia de culpa del conductor.

(267) Entre los autores que aceptan esta tesis, dentro de la teoría de la responsabilidad. HAURIUO: *Précis*, págs. 540 y ss. DUEZ, op. cit., pág. 86 y siguientes. La tendencia ya aludida a extender la noción de riesgo administrativo ha cortado en Francia esta doctrina, que en todo caso en los autores citados viene siempre a confundirse con la imputación por comisión directa y legítima del daño. La doctrina de la gestión de negocios y del enriquecimiento propiamente tal, fuera de esos casos, no suele ser conducida a la teoría de la responsabilidad por los autores que se ocupan de ella. Vid. nota siguiente.

(268) Vid. B. GENY: *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'Administration*, Paris 1930; DE JANER: *El enriquecimiento sin causa origen de instituciones administrativas*, Madrid, 1955 (todos con más bibliografía). WALINE: *Traité*, cit., pág. 489 y ss.

(269) NUÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento*, cit., págs. 1 y ss.

d) *La cobertura de la imputación del funcionario y sus límites; acciones de regreso.*—La teoría de la imputación que acaba de exponerse afecta directamente, según hemos cuidado de precisar, a la Administración como sujeto de derecho. Sólo al exponer la imputación por causa de culpa (funcionamiento anormal de los servicios públicos) notamos que se suscitaba un problema que en los demás casos no existía: el de determinar los límites entre la imputación directa a la Administración y la imputación directa al funcionario o agente moralmente responsable de la irregularidad. Aunque la Ley contiene en su artículo 121 un claro precepto de cobertura de los daños imputables directamente al funcionario culpable, el problema de determinar esos límites sigue presentando un interés relevante en función de dos aplicaciones: 1.º, extensión de esta cobertura, que es evidente que no puede ser indefinida, de forma que alcance a cubrir los daños derivados de actos puramente personales del funcionario; 2.º, aun dentro del ámbito positivo de esta cobertura procede especificar cuáles son efectivamente los daños que deben imputarse a los funcionarios, a efectos, tanto de la eventual elección del deudor por la persona perjudicada, como, muy especialmente, del ejercicio de las acciones de regreso que a favor de la Administración reconoce el artículo 121 («sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios por tal motivo») (270).

A mi juicio, la fórmula legal se extiende a todos los daños que de la acción del funcionario resulten, siempre que esta acción se haya manifestado en el desempeño o ejercicio del cargo. Sólo la actividad dañosa ejercida por el funcionario fuera de las funciones del cargo queda excluida de la cobertura de la Administración. A análoga extensión se ha llegado en los Derechos francés (271),

(270) Es decir, que se trata de deslindar estas tres zonas sucesivas de imputación: 1.º Daños imputables directamente a la Administración; 2.º Daños imputables directamente al funcionario, pero a los que se extiende la cobertura de la Administración; 3.º Daños personales de los funcionarios, que les son directa y exclusivamente imputables, sin cobertura de la Administración. En el primer caso, la acción de responsabilidad debe ser dirigida contra la Administración exclusivamente; en el segundo caso, puede dirigirse, alternativamente, a elección del dañado, contra la Administración o contra el funcionario; en el tercer caso, únicamente contra el funcionario. A la vez: en el primer caso la Administración, no puede repetir contra el funcionario; en el segundo caso, en la hipótesis en que se haga efectiva su garantía o cobertura, la Administración dispone de acciones de regreso contra dicho funcionario; en el tercer caso, finalmente, no es planteable este problema.

(271) DE LAUBADERE. op. cit., pág. 476; DUEZ, op. cit., págs. 94 y ss. ROUSSEAU, op. cit., págs. 292 y ss. La doctrina fué formulada frente a la antigua tesis de «nom cumul des responsabilités», por el *arrêt Lemonnier* (1918), sobre conclusiones del comisario LEÓN BLUM; influyeron definitivamente en esta innovación dos artículos de JEZE, con el título de *Responsabilité des patrimoines administratifs au cas de faute personnelle des agents public*, aparecidos en la «Revue de Droit Public», 1910, páginas 72 y ss. y 1914, páginas 569, en que criticaba acerbamente la doctrina anterior. Vid también LONG: *La responsabilité de l'Administration pour les fautes personnelles commises par ses agents à l'occasion*

italiano (272), inglés (273) y, en principio, el alemán, que sin embargo, excluye las hipótesis del dolo y de la negligencia grave, supuestos en los cuales sólo se acepta una responsabilidad subsidiaria de la Administración (274). Para precisar esta amplísima cobertura, que se formula sin excepción alguna, hay que indicar que «funcionario» no es aquí un concepto formalmente determinado por la aplicación de la legislación funcional (275), sino materialmente, por el simple hecho de ejercitar funciones públicas integradas en la organización administrativa (276), comprendiendo, por tanto, a autoridades, funcionarios *stricto sensu*, empleados o contratados, e incluso al mero gestor oficioso o de facto (277), y que el ejercicio de

du service, en «Conseil d'Etat. Etudes et Documents», 1953, págs. 80 y ss. Esta jurisprudencia ha acabado con la rígida distinción de una «faute personnelle», y otra «faute de service», que vale ya sólo a efectos de la elección del demandado por el dañado y de la repetición por la Administración contra el funcionario culpable.

(272) CASSETTA, op. cit., págs. 253 y ss. y 268 y ss.

(273) La llamada «vicarious liability» de la Corona se entiende «for torts committed by officers in the course of functions vested in them as such by the law»: GRIFFITH Y STREET, op. cit., pág. 248.

(274) FORSTHOFF, op. cit., págs. 249 y 252. La precisión viene determinada por el propio texto constitucional: «Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten». La responsabilidad subsidiaria de la Administración, en virtud del § 839 del B. G. B. Como ya advertimos, de este sistema procede la fórmula de nuestra Ley de Régimen local, artículos 405 y ss.

(275) Así, sin embargo, en Inglaterra, en que la responsabilidad de la Corona, por previsión de la Ley (Subsección 6, de la Sección 2), sólo cubre la actividad de los «officers» directa o indirectamente nombrados por la Corona y pagados, además, con cargo al Presupuesto. GRIFFITH Y STREET, op. cit., página 247. CLAVILLE WILLIAMS: *Crown Proceedings*, cit., págs. 30 y ss., ampliamente. Es curiosamente, la posición contraria a la de nuestro artículo 1.903 del Código civil, tal como vimos que se interpretaba comúnmente.

(276) Esta nota de integración en la organización administrativa falta a los concesionarios, los contratistas administrativos (aparte de los que son contratistas de trabajo o servicios) y, en general, a los titulares del llamado ejercicio privado de funciones públicas. En este sentido CASSETTA, op. cit., pág. 266, con más referencias. A mi juicio esta simple nota excluye a los notarios de la cobertura legal del artículo 121, dado que en nuestro derecho posiblemente haya que integrarlos en esa última categoría de ejercicio privado de funciones públicas. Sobre la cual, vid. la monografía clásica de ZANOBINI: *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, en el *Tratato de ORLANDO*, II, 3.ª parte, Milano, 1920 (resumido en el tomo III de su *Corso*, 3.ª ed., Milano, 1946, págs. 301 y ss.); específicamente respecto a los notarios, pág. 317 del *Corso* y 178 del tomo V de esta misma obra («i notari integrano nel modo più esatto e completo la figura dei privati professionisti esercenti pubblica funzione»). Parece recoger esta caracterización NÚÑEZ LAGOS: *El Derecho notarial*, en «Revista de Derecho Notarial», 5, 6, 1954, pág. 248. Sobre el tema de «La responsabilidad civil del notario», el artículo de este título de F. GÓMEZ-ACEBO, en la misma revista acabada de citar, págs. 311 y ss. Dentro del tipo de organización profesional de nuestro notariado, ningún sistema positivo grava a la Administración con una responsabilidad por los daños que el mismo pueda ocasionar, ni primaria ni subsidiariamente.

(277) Concepto análogo al del artículo 119 del Código penal. La misma extensión en Italia (CASSETTA, págs. 265 y ss.) y Alemania (donde justamente el artículo 34 de la G. G. ha evitado con este designio la palabra «funcionario» que empleaba el artículo 131 de la Constitución de Weimar, sustituyéndola por el

la función ha de manifestarse, no únicamente en relación con el lugar y el momento, sino intrínsecamente, patentizándose como tal (278). En estas condiciones no parece que deba excluirse ni el dolo penal (apoyándose así la progresiva actitud jurisprudencial, desde la Sentencia de 20 de octubre de 1943, de incluir a la Administración entre las «entidades y organismos» cuya responsabilidad subsidiaria declara el artículo 22 del Código Penal) siempre que, efectivamente, el daño resultante se haya presentado externamente como debido al «funcionamiento anormal de los servicios públicos» (279).

¿Cómo se articula técnicamente esta cobertura en los casos, que luego analizaremos, de que el daño sea personalmente imputable al funcionario? Como una responsabilidad solidaria de la Administración (280). El dañado puede, pues, dirigirse primariamente contra la Administración, en cuya organización operaba el funcionario (281) o, a su elección, contra el funcionario mismo, o simultáneamente contra ambos, conforme al principio de la solidaridad pasiva del artículo 1.144 del Código civil. Evidentemente, para perseguir al funcionario deberá atenerse a la Ley especial de 1904 sobre la materia, que no cabe entender derogada ni modificada por la promulgación de la que estamos exponiendo. Esta posibilidad de elección alternativa del deudor resulta del hecho capital de que la cobertura de la Administración (tradicionalmente llamada con el nombre equívoco de «responsabilidad indirecta») está concebida, no como una garantía del funcionario (282), sino como una garantía del

impersonal «jemand»—«jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes».—FORSTHOFF, op. cit., pág. 249; VON TUREGG, op. cit., pág. 320, y por supuesto Francia a través del concepto genérico de «falta de servicio» y de la extensión del «cumul», aducida ya en nota 271. Sobre el funcionario de facto, los trabajos de FUEYO: *La doctrina de la Administración de facto*, en «Revista de Administración Pública», núm. 2, 1950, págs. 35 y ss. y de MARTÍNEZ USEROS: *Consideraciones sobre los funcionarios de hecho*, en *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín*, cit., págs. 97 y ss., los dos con más bibliografía. (278) FORSTHOFF, op. cit., pág. 251.

(279) Así en Francia (DE LAUBADERE, op. cit., pág. 469), Italia (CASSETTA, op. cit., pág. 269), Inglaterra y Estados Unidos (en virtud de la «vicarious liability» común; se discute como caso límite la responsabilidad de la Administración por la injuria expresada por un marido funcionario—en ejercicio de su cargo—a su mujer, dado que la mujer no podría directamente perseguir a su marido: STREET, op. cit., pág. 38. GLANVILLE WILLIAMS, págs. 63-64), y subsidiaria en Alemania, en virtud del principio común ya aludido. Sobre la jurisprudencia en relación con el artículo 22 de nuestro Código penal y sus antecedentes, CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*, I, 9.ª ed., Barcelona, 1948, pág. 663. El Código de Justicia Militar de 1945 establece ya claramente este principio en su artículo 206.

(280) Así también CASSETTA, op. cit., págs. 262 y ss. SANDULLI: *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1952, pág. 410.

(281) Sobre el problema en los casos de disociación de las llamadas relación orgánica y relación de servicio del funcionario, vid. GARCÍA TREVIANO: *Relación orgánica y relación de servicio en los funcionarios públicos*, en «Revista de Administración Pública», núm. 13, 1954, págs. 94 y ss.

(282) En Francia, sin embargo, se tiende a considerar la responsabilidad de la Administración en estos casos dentro de la tradición de la garantía personal

administrado. Es evidente en todo caso que la reclamación directa a la Administración ha de ofrecer, normalmente, una mayor seguridad, especialmente en cuanto se presente dudosa la posibilidad de imputación personal al funcionario, cuestión que analizaremos inmediateamente.

En cuanto a los criterios de imputación al funcionario, la nueva Ley nada establece, y habrá que estar a las reglas generales del Derecho civil, y a las propias del Derecho de funcionarios, que en este extremo está desarrollado por la Ley de 5 de abril de 1904 y Reglamento de 23 de septiembre siguiente (283). Lo importante es observar que, como más atrás hemos expuesto, sólo el dolo y la falta grave e inexcusable han de ser medidas de la imputación al funcionario de la irregularidad del servicio. A lo dicho entonces nos remitimos.

Determinada la imputación al funcionario de un daño que, sin embargo, la Administración se ha visto obligada a resarcir, ésta dispone, como prevé el artículo 121 (y define ya como principio el artículo 1.904 del Código civil), de una acción de regreso contra dicho funcionario culpable. Es evidente que esta acción ha de ejercitarse por la vía administrativa y no por la judicial, mediante el procedimiento de la decisión ejecutoria y de la acción de oficio, como establece el artículo 8.º de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado específicamente. La Ley nada dice sobre este ejercicio, y sería conveniente que el Reglamento lo precisase, tanto para evitar la impunidad del funcionario culpable y la pérdida por el Tesoro de un crédito de suyo irrenunciable (art. 5.º de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado) (284), como para for-

al funcionario, herencia del famoso artículo 75 de la Constitución napoleónica del año VIII, derogado en 1870. En este sentido una extensa práctica administrativa hace habitual que el Prefecto suscite conflicto de jurisdicción con los Tribunales judiciales en cuanto tiene conocimiento de que éstos tratan de depurar a instancia de parte una eventual responsabilidad del funcionario en ejercicio de su cargo: el conflicto, fallado de conformidad, implica no sólo el cambio de jurisdicción, sino también y sobre todo, la sustitución del demandado, que pasa a serlo ya la Administración. Vid. DE LAUBADERE, op. cit., págs. 471 y ss. El criterio es tan arraigado que se prolonga incluso en la renuncia de la Administración a las acciones de regreso contra el funcionario culpable, como luego veremos. Es evidente que el sistema carece de justificaciones serias, e incluso más, que es una de las notorias imperfecciones del Derecho francés en una materia donde abunda más ciertamente su ejemplaridad. En este sentido, observando que conduce a la irresponsabilidad de los funcionarios, con el peligro de «a poor standard of public service», STREET, op. cit., pág. 77. Para nuestro Derecho el aserto del texto parece inquestionable. La garantía de los funcionarios ha de operar, como se ha avanzado en otra parte y se repetirá luego, imputándoseles únicamente y como regla las faltas graves, pero de ningún modo mediante la impunidad absoluta, solución injusta e inmoral.

(283) Sobre esta normativa, el trabajo de GUAITA: *El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios*, ya citado.

(284) Así de hecho ha pasado en Francia, donde se afirma que hasta 1951 no había repetido nunca la Administración contra el funcionario culpable (STREET, op. cit., pág. 65; con alguna excepción, DE LAUBADERE, op. cit., páginas 481 y ss.). Vid. también WALINE: *De l'irresponsabilité des fonctionnaires*

malizar el procedimiento en garantía del mismo funcionario que le proteja de una arbitrariedad de origen. Estas exigencias parece que deberán cumplirse dando aplicación al ya citado artículo 8.º de la Ley de Administración y Contabilidad, sobre el procedimiento de reintegro a la Hacienda, que desarrolla la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas de 3 de diciembre de 1953, erigiendo la competencia de este Tribunal (art. 1.º, núm. 3.º, y art. 19: «el ejercicio de la función jurisdiccional del Tribunal sobre los expedientes de alcance y reintegro, *que son de su exclusiva competencia*») (285). Bastará, pues, indicar que la acción de regreso o repetición se actuará conforme a este procedimiento ya establecido, y por dicho Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de las especificaciones que la índole del objeto requiera (286).

Para concluir este apartado observaremos que, evidentemente, la extensísima cobertura de la responsabilidad propia de los funcionarios que la Administración realiza, conforme a la nueva fórmula legal, ha de justificar, y posiblemente imponer, una extensión de la exigencia de fianza a los agentes públicos con posibilidades más abiertas de lesionar por esa vía el patrimonio administrativo (287). La previsión del artículo 3.º de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado habrá de funcionalizarse en virtud de esta nueva perspectiva.

5. *La efectividad de la garantía.*

Producido un daño con el carácter que hemos considerado y predicada la imputación del mismo a la Administración (bien directamente, bien a través de la cobertura de la culpa del funcionario personalmente imputable) surge la consecuencia de la responsabilidad civil de la Administración, que se concreta en un deber de reparación frente a la persona dañada (288). Estudiaremos separadamente, al considerar esta última pieza de la construcción legal, la acción de responsabilidad con que la Ley habilita al dañado para hacer efectiva su garantía patrimonial, y la indemnización como forma de reparación.

publics pour leurs fautes et des moyens d'y remédier, en «Revue de Droit Public», 1948, págs. 5 y ss. Desde esa fecha indicada de 1951 (*arrêt Laruelle*, con nota del mismo WALINE, en «Revue de Droit Public», 1951, págs. 1087 y ss.), parece iniciarse una tendencia como la que se sostiene en el texto. Así DE LAUBADERE, loc. cit., ROUSSEAU, págs. 312 y ss.

(285) Vid. sobre este procedimiento, GARCÍA TREVIJANO: *La nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas*, en «Revista de Administración Pública», 12, 1953, págs. 268 y ss.

(286) Sobre la intervención de los Tribunales de Cuentas en estas materias, con abrumadoras referencias de Derecho comparado, SICCA: *Il controllo sulla Pubblica Finanza*, Roma, 1955, págs. 444 y ss.

(287) Así también en Derecho alemán, FORSTHOFF, op. cit., pág. 253.

(288) Técnicamente se habla de la responsabilidad como «sujeción a la sanción» en base a la clásica distinción entre débito y responsabilidad. Vid. últimamente CASSETTA, op. cit., págs. 72 y ss. y allí citados.

a) *La acción de responsabilidad.*—Todo el formidable mecanismo de la responsabilidad de la Administración que la Ley ha construido pende, en última instancia, de la configuración de esta acción como instrumento de efectividad.

A este respecto, la Ley tampoco nos defrauda. El artículo 122 comienza por establecer un plazo de reclamación directa: el de un año, que si es cierto que lo ha tomado directamente del artículo 24 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, no lo es menos que, una vez que la cuestión está definida como de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, se presenta, desde esta calificación, como verdaderamente generoso. No se señala trámite de la reclamación, que se entiende habrá de someterse a las reglas generales o particulares del procedimiento administrativo. Se nota, no obstante, que debe precisarse (y ello será, sin duda, función del Reglamento) un destinatario preciso de la reclamación, dada la grave incertidumbre con que en otro caso se encontraría el dañado, al que no puede ya servir de pauta la regla de agotar la vía administrativa, que justamente, en un intento de simplificar hasta el extremo este procedimiento, la Ley ha suprimido aquí con evidente acierto. A mi juicio, en el caso concreto de la Administración estatal se impone centralizar el órgano receptor y decisor de las reclamaciones, a fin de evitar un particularismo de los servicios en materia tan importante, y a fin, también, de garantizar convenientemente los intereses de la Hacienda. Este órgano central parece que debiera situarse en la Presidencia del Gobierno, dada la función de fiscalización general administrativa que su actuación implicará, y servirse de funcionarios peritos en estas materias. De la especialización de este órgano administrativo cabría esperar la posibilidad de un fecundo diálogo con los Tribunales, de modo que se asegurase la suerte definitiva de institución tan delicada como la que estudiamos y su arraigo.

La reclamación se entiende desestimada, dice el artículo 122, por el transcurso de cuatro meses sin que la Administración resolviera. La Ley hace aplicación de la doctrina del silencio administrativo en una materia de primera importancia (289). Es a partir de este momento, si antes no se ha producido decisión (290), cuando, sin necesidad de apurar ninguna vía previa, el reclamante puede

(289) En cierto modo el artículo 24 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado aceptaba ya la institución del silencio en esta materia, aunque con un plazo más extenso, el de un año. Sobre los problemas de la institución en general, vid. GARRIDO FALLA: *La llamada doctrina del silencio administrativo*, en «Revista de Administración Pública», 10, 1955, págs. 85 y ss., con más referencias.

(290) La redacción del artículo 122 parece que permite la consecuencia de que la resolución tardía (es decir, una vez vencidos los cuatro meses de silencio) inicia un nuevo plano de recurso contencioso. A favor de esta tesis (que es, sin embargo, peligrosa en el orden práctico por autorizar fáciles connivencias), GARRIDO FALLA, en el trabajo citado en nota anterior, págs. 104 y ss. criticando la jurisprudencia de agravios que ha establecido la regla contraria.

acudir directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro ya de los plazos comunes que la Ley de esta jurisdicción señala.

La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se impone por las reglas generales que sostiene su construcción: fuero personal de la Administración en cuanto no actúe por los cauces privados. Sobre éstos, y en cuanto a los criterios de partición de las jurisdicciones administrativa y ordinaria, correlato de la aplicación de los regimenes de responsabilidad de la Ley de Expropiación o del Código civil, hemos hablado más atrás y a ello nos remitimos. El hecho, a que también nos hemos referido, de que los fundamentos de la responsabilidad no sean distintos en el Derecho administrativo y en el civil, no obsta a esa partición de regimenes y de jurisdicciones. Positivamente, porque es una realidad que los artículos 121 a 124 de la Ley de Expropiación no coinciden en sus aplicaciones con los artículos 1.902 y siguientes del Código civil. Pero también en el orden teórico: la responsabilidad no es de suyo materia exclusiva de un Derecho, sino más bien una doctrina común a todos ellos, y, por tanto, también al Derecho administrativo (291). Si es cierto que uno de los elementos de la teoría de la responsabilidad, que es, además, el radical, el de la lesión patrimonial, es idéntico e indiscernible en el Derecho administrativo y en el civil, no lo es menos que el segundo elemento, el de la imputación varía también en uno y otro caso; así la imputación por culpa y la imputación por riesgo y en menor medida todos los tipos de imputación imaginables) parten de una valoración de la actividad administrativa pública, que es evidente que no puede realizarse más que por los criterios propios del Derecho administrativo, así como verificarse por una jurisdicción administrativa especializada. Por otra parte, es una realidad indiscutible que las jurisdicciones administrativas han llevado más allá el principio de sujeción de las Administraciones públicas a responsabilidad civil que lo han hecho las jurisdicciones ordinarias (292) e incluso que las jurisdicciones ordinarias respecto de los propios sujetos privados (293).

(291) Refiriéndose al Derecho italiano, en que la responsabilidad de la Administración se rige por las normas del Código civil y se aplica por la jurisdicción ordinaria, dice SANTI ROMANO: «le norme contenute nelle leggi di diritto privato debba avervi riguardo, in quanto esse affermano principii che sono comuni anche al diritto pubblico e che in quelle leggi hanno trovato la loro dichiarazioni, come molti altri, per ragioni meramente storiche e di opportunità». *Corso di Diritto amministrativo*, 3.ª ed., Padova, 1937, págs. 299-300. En último término la cuestión se reconduce a la relatividad de la división derecho público, derecho privado, sobre la cual, con la misma consecuencia de aceptar regulaciones comunes a los dos derechos, vid. últimamente EISENMAN: *Droit public, Droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du Droit civil français du XIX au XX siècle)*, en «Revue de Droit Public», 1952, págs. 903 y ss.

(292) Es clásica a este respecto la obra de DEBEYRE: *La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique*. París, 1936, donde efectúa esta comparación desde tal perspectiva. Sobre el cierre de las posibilidades del artículo 1.903 del Código civil, entre nosotros, por obra de la jurisdicción ordina-

Un problema específico se plantea a propósito de este proceso contencioso-administrativo a que remite el artículo 122, en el caso concreto en que la imputación se realice a través de un actuar ilícito (por actos jurídicos y no por simples hechos) de la Administración: ¿Debe el particular dañado postular sustantivamente la declaración de esa ilicitud, sólo conseguida la cual se plantearía la de la reparación de los daños resultantes? El problema no es propiamente el de la posible dualidad de procesos, dado que entre nosotros no existe, como en Francia, por ejemplo (294), un proceso especial para la anulación de los actos administrativos irregulares y otro para la declaración de responsabilidad (295), sino que siendo incuestionable, a mi juicio, la unidad de proceso para postular estos

ria, ya hemos hablado más atrás. A la misma conclusión de exoneración llegaron las jurisprudencias (civiles) inglesa y norteamericana, como es sabido. Finalmente, es un hecho histórico incuestionable que la doctrina de la responsabilidad de la Administración fué llevada a su extremo en Francia, por la jurisdicción especial del Conseil d'Etat.

(293) La afirmación de que la responsabilidad de la Administración, tal como ha sido definida por el Conseil d'Etat, es más extensa que la de los propios sujetos privados, según la jurisprudencia del Tribunal de Casación, es general en Francia; la reciente obra de CHARPUS, citada reiteradamente en este trabajo, la ha puesto en crisis, sin embargo, al probar, tras un abrumador estudio analítico, que las diferencias de una y otra jurisprudencia no son más que de detalle, y que las dos, como no podía ser menos, se influyen recíprocamente sin cesar; el subtítulo de la obra es justamente «Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire». (Ya antes EISENMANN: *Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes (collectivités) publiques*, en «Jurisclasseur périodique», I, 1949, págs. 742 y ss.). La cuestión está en realidad determinada por la particularidad a que más atrás nos referimos: la necesidad de acudir a principios generales de responsabilidad en el Derecho administrativo frente a la actitud conservadora del tradicional casuismo civil. Así, es evidente que la fórmula del artículo 121 de nuestra Ley de Expropiación excede bastante de la del 1902 del Código civil, aunque, en definitiva, como es justo, las aplicaciones de uno y otro sistema (teniendo en cuenta que el sistema civil no está sólo definido por el art. 1.902) no deben resultar disímiles.

(294) Dentro de la distinción entre los procesos de «excés de pouvoir», cuyo objeto es la anulación, y «de pleine jurisdiction», cuyo objeto específico es la reclamación patrimonial, la jurisprudencia francesa se ha visto forzada a admitir que este último es suficiente para declarar la ilegalidad de un acto como base de la declaración de responsabilidad; esto, no obstante, tal concentración procesal no es completa, puesto que se niega a la declaración de ilegalidad efectos sustantivos de cosa juzgada, limitándola al único efecto de la responsabilidad, pero sin producir la anulación objetiva del acto. DUEZ, op. cit., pág. 168. DELBEZ: *De l'excés de pouvoir comme source de responsabilité*, en «Revue de Droit Public», 1932, págs. 183 y ss.

(295) La distinción de un «recurso de anulación» y otro «de plena jurisdicción» en la esfera local, recogida hoy en el artículo 1.º del texto refundido de la Ley de lo contencioso, está tomada hasta literalmente del derecho francés, pero habiendo confundido lamentablemente su significación, pues se hace reposar sobre la distinción entre derecho e interés, entre recurso «objetivo» y «subjetivo». En cualquier caso tal distinción de recursos no tiene relevancia a nuestro objeto, como a casi ninguno, por la regla del artículo 67 de la referida Ley que permite «ejercitar en un sólo proceso el recurso de plena jurisdicción y subsidiariamente el de nulidad», lo que por cierto es lo habitual en todos los casos en la práctica forense.

dos pronunciamientos, lo que debe dilucidarse es qué régimen especial seguir, si el propio de la impugnación de los actos, que obliga a agotar previamente la vía administrativa, a que el acto «cause estado» (296), o el que abre el artículo 122 de la nueva Ley, que permite prescindir de este requisito y acudir directamente a la vía jurisdiccional. El problema se complica observando que hay ciertos actos administrativos cuya impugnación no se residencia en la jurisdicción contencioso-administrativa, sino en jurisdicciones especiales, tal, en el caso más notorio, los actos sobre «personal», sobre los que es competente la jurisdicción de agravios. Esta encrucijada debe resolverse por el Reglamento ejecutivo de la Ley, y a mi juicio los criterios de solución más razonables han de ser: 1.º, reconocer que cuando se pretenda declarar la responsabilidad como consecuencia de un acto administrativo ilegal, debe perseguirse directamente la impugnación de este acto, y, por consiguiente, seguir la vía administrativa previa; en esta vía sólo podría pedirse tal impugnación, y si fuese estimada habría que pedir la reparación del órgano especial competente en estas materias, conforme a lo que más atrás hemos dicho; si, por el contrario, tal estimación no se produjese, en el proceso contencioso-administrativo se podría pedir simultáneamente la anulación del acto y la responsabilidad civil subsiguiente; 2.º, cuando la impugnación de actos administrativos deba llevarse a una jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa parece evidente que en tal impugnación no podrá pedirse la reparación del daño, dado que en esta materia es ya competente, por el artículo 122 de la nueva Ley, la jurisdicción contencioso-administrativa y nada más que ella; en esta hipótesis se hace inevitable la dualidad de procesos: sólo después de que la ilegalidad del acto haya sido declarada por resolución firme cabrá pedir, en base a la misma, la responsabilidad civil por el trámite común del artículo 122: petición a la Administración y eventual recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la misma.

En la situación actual de nuestro régimen contencioso-administrativo aún queda otro problema de alguna trascendencia: responsabilidad como consecuencia de los actos administrativos que están expresamente excluidos de revisión jurisdiccional. El artículo 121 habla expresamente de responsabilidad por «medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa», con lo que es evidente su intención de independizar la responsabilidad del régimen de impugnación de los actos. Ahora bien, tal precisión no es capaz de comprender más que la reparación de aquellos daños causados por actuación lícita, como ya hemos notado. Lo propio de la discrecionalidad, a la cual debe equipararse por su régimen la exclu-

(296) Sobre la significación y régimen de este requisito, SERRANO GUIRADO: *El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado*, en «Revista de Administración Pública», 10, 1953, págs. 109 y ss. GARRIDO FALLA: *La llamada doctrina del silencio*, cit. págs. 91 y ss.

sión de impugnación jurisdiccional (297), es que en su ámbito propio, es decir, dentro de sus límites reglados (298), la decisión administrativa es siempre lícita en cuanto que la potestad que se ejercita es de libre determinación. No cabe plantear, en resolución, la posibilidad de una responsabilidad administrativa, como consecuencia de este ejercicio, que pretenda basarse en ilicitud (299).

b) *Indemnización.*—aa) El contenido de la acción de responsabilidad es la pretensión de la reparación del daño determinante. Esta reparación se concreta, según el artículo 121, como indemnización pecuniaria, como *id quod interest*.

La Ley no prevé la restitución *in natura*, y esto no es una omisión, ni tampoco una exclusión positiva, sino simplemente una exacta construcción sistemática. La reintegración *in natura* se presenta en la Ley dentro de la teoría de la «vía de hecho», que ya hemos estudiado. Fuera de esta hipótesis, que comprende los casos posibles de remoción del estado de cosas dañoso, y con independencia de la anulación de los actos ilícitos y de sus efectos, todas las demás reparaciones debidas por la Administración se presentan, en efecto, como reparaciones pecuniarias (300).

bb) El primer problema es el de la medida de la indemnización debida. La Ley remite expresamente esta cuestión al criterio de indemnización en los casos de ocupación temporal y de expropiación de muebles (art 121, por la remisión del 120).

Ahora bien, ya sabemos que el criterio propio de la indemnización expropiatoria es el del valor objetivo, *damnus emer-*

(297) Cfr. VILLAR PALASI: *Poder de policía*, cit., págs. 74-75.

(298) La discrecionalidad se presenta siempre y necesariamente con límites reglados, aunque sea el mínimo de la determinación de la competencia absoluta y relativa para su ejercicio. Incluso el fin propio de la discrecionalidad es reglado (explícita o implícitamente) y así el control jurisdiccional de la desviación de poder («*détournement de pouvoir*») es un control de legalidad y no de moralidad, un control que no afecta, por tanto, a la esencial libertad de la discrecionalidad. Vid. por todos GARRIDO FALLA: *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad*, cit. *passim*. DE LAUBADERE: *Traité*, cit., págs. 223 y siguientes. *Contra*, en lo relativo al «*détournement de pouvoir*», que entiende como una fiscalización de fondo de la discrecionalidad, HAURIOU, *Précis*, cit., página 351 y ss. y la conocida obra de WELTHER: *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Nancy, 1929.

(299) Cfr. CASSETTA, op. cit., págs. 155 y ss.

(300) Son equívocos, pues, los asertos comunes de la doctrina de ser imposible la restitución *in natura* en el Derecho público (por ejemplo, ALESSI, op. cit., págs. 214-5; DUEZ Y DEBEYRE, op. cit., págs. 449), que olvidan la mención sistemática de la teoría de la «vía de hecho» que es justamente eso, aparte de la anulación de los actos ilícitos, cuando el daño es causado por ellos, que implica también la remoción de la situación ilegal creada y la reintegración al estado anterior. La no restitución en forma específica de los daños causados legítimamente deriva de este mismo concepto, al cual nos remitimos, y que se concreta justamente en una potestad de sacrificio (ALESSI, op. cit., págs. 220 y siguientes).

gens (301). Si hemos de entender estrictamente la remisión legal, resultará que la indemnización por responsabilidad de la Administración habrá de seguir siempre esa rigurosa medida.

Tal conclusión parece injusta. Es, cabalmente, aquí donde se impone discriminar entre daños causados con culpa y los ocasionados sin culpa. Sólo a éstos debe corresponder el beneficio de la limitación de la reparación. En el otro supuesto (especialmente en sus formas extremas: dolo, culpa grave) la imputación efectiva de la totalidad de los daños o perjuicios derivados (valor subjetivo del daño, en equívoca denominación reparación integral) parece incuestionable. Esta distinción está recogida, como se sabe, en los artículos 1.106 y 1.107 (con el 1.103) del Código civil. Aquí es donde se inserta, en la teoría de la responsabilidad, toda la peculiaridad de la doctrina de la culpa (302). A mi juicio, esta conclusión es perfectamente aplicable a la responsabilidad de la Administración sin necesidad de violentar un texto legal tan expreso como el artículo referido. Se trata de recordar simplemente que esos supuestos de dolo y de culpa grave corresponden justamente a las hipótesis de imputación personal al funcionario, y que en estos casos la responsabilidad de la Administración opera en nuestro derecho como responsabilidad indirecta, como cobertura de la responsabilidad personal del funcionario. La limitación de la indemnización se refiere así a los casos de responsabilidad directa de la Administración, pero no a estos otros en que su responsabilidad se extiende hasta donde se extienda la responsabilidad personal de sus funcionarios y ésta es ya regida por las reglas comunes del Código civil, a tenor de la Ley especial de 1904; lo único que ha hecho aquí la Ley de Expropiación ha sido extender esta cobertura de responsabilidad, pero no alterar, según ya dijimos, sus reglas

(301) *Supra*, en el texto. Sin embargo, en el caso concreto de la indemnización por ocupación temporal, el artículo 115 de la Ley permite otra conclusión menos rígida, a la cual puede acogerse, por la remisión legal, la indemnización por daños del artículo 1.21; dice la Ley, en efecto: «Las tasaciones en los casos de ocupación temporal se referirán siempre a la apreciación de los rendimientos que el propietario hubiere dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando, además, los perjuicios causados en la finca o los gastos que suponga restituirla a su primitivo estado». Aunque hay mención expresa del *lucrum cesans*, obsérvese que en todo caso esto es debido por la peculiaridad del supuesto, pero que falta toda referencia a los perjuicios subjetivos particulares sufridos por el ocupado. La extensión de la indemnización sigue siendo objetiva.

(302) Por todos STARK, op. cit., págs. 354 y ss., aunque en una construcción quizá no convincente. El intento de sustantivar la teoría de la «indemnización de derecho público» de la doctrina de la responsabilidad de la Administración (cfr. *supra*, nota 193) se ha fijado en la circunstancia de que en el primer caso se produce sólo reparación del daño objetivo, en tanto que en el segundo, además, del subjetivo. (GARRIDO FALLA: *La teoría de la indemnización*, cit., págs. 439-40, por ejemplo); naturalmente esta diferencia es general en los mismos Códigos civiles y es debida al juego de la doctrina de la culpa, en la que de ninguna manera puede integrarse, como ya sabemos, la totalidad de la teoría de la responsabilidad.

propias, y mucho menos, dada la explícita intención contraria de la Ley, en perjuicio de la garantía de los administrados (303).

cc) La remisión del artículo 121, a través del 120, a los criterios propios de la indemnización expropiatoria, plantea otro problema, y es el relativo al sistema de fijación de la indemnización una vez acordada su procedencia. Si hemos de entender íntegra esa remisión resultará que la fijación de la indemnización por daños habrá de realizarse, en defecto de acuerdo de las partes, por el sistema general de la expropiación, es decir, por el Jurado Provincial. Una tal conclusión debe ser evitada por el Reglamento, pues es evidente que si ese sistema de valoración estaba justificado en el caso de la expropiación forzosa, no lo es menos que nada lo impone (especialmente en cuanto implica la pérdida de la capital prerrogativa de la decisión previa administrativa) en el de la responsabilidad civil, y es, por el contrario, capaz de traer a la regulación de esta institución una notable perturbación. El sistema de la reclamación administrativa y el de la disposición inmediata del recurso contencioso contra esta resolución parecen suficientes garantías, y no son otras, en definitiva, las que arbitra el Derecho civil. La estimación concreta de la indemnización debe, pues, ser realizada por la Administración cuando ella acepta su procedencia, y contra esta estimación (304), así como contra la resolución negativa de la responsabilidad, en su caso, basta la eventualidad de una fiscalización jurisdiccional, la cual, incuestionablemente, ha de operar con plena libertad en la estimación de los daños causados.

dd) Pago de la indemnización. Una gran parte de las posibilidades del sistema legal reposa por lo que hace al Estado sobre una simple circunstancia: la habilitación en los Presupuestos generales de un crédito especial para atender a las indemnizaciones por responsabilidad. La centralización de la gestión de estos problemas en un órgano único, como hemos propuesto, permitiría consignar a disposición del mismo una partida presupuestaria con este objeto. Así lo propugnamos. Entre tanto, la ausencia de una disponibilidad presupuestaria con tal objeto puede comprometer, como hemos dicho, las posibilidades del sistema, tanto porque la Administración será reacia a aceptar una obligación en tales condiciones

(303) En el mismo sentido, todos los países que enuncian la responsabilidad de la Administración como responsabilidad indirecta: Alemania, Italia, Inglaterra, Estados Unidos. En Francia, dentro de una solución que es análoga a la adoptada en nuestro derecho, la regla es, según los expositores, la de la reparación integral del perjuicio en todo caso; sin embargo, las soluciones jurisprudenciales son muy matizadas. Vid. Durz, op. cit., págs. 104 y ss., por todos.

(304) La remisión del artículo 121 a los criterios de la indemnización expropiatoria plantea también el problema de la exigencia o no de un margen mínimo de lesión cuando se impugne la estimación de los daños hecha por la Administración, conforme al artículo 126. 2.º.

(aunque por ser una obligación legal no requiera para su validez la previa existencia de crédito presupuestario que impone el artículo 39 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado), como porque la eventual condena por la jurisdicción contencioso-administrativa tendría los mayores riesgos de no ser ejecutada, dentro de nuestro imperfecto régimen contencioso-administrativo sobre el particular.

6. *Las posibilidades del sistema legal.*

Creo que la formidable construcción positiva de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, y especialmente dentro de ella lo relativo a la responsabilidad civil de la Administración, ha de hacer época en nuestro Derecho administrativo. A través de la exposición de sus principios, que en este trabajo he intentado, espero que al menos pueda quedar clara la ambición de sus regulaciones y su incuestionable trascendencia. Sólo nos resta decir que, sin embargo, será difícil que todas las virtualidades que encierra la nueva Ley (y ni siquiera acaso las más sustanciales) puedan ser extraídas con el imperfectísimo sistema de jurisdicción contencioso-administrativa de que disponemos (305). Los amplios poderes de conformación dados al juez por la Ley, y el desarrollo que en la misma tiene el flexible juego de los principios, exige ineludiblemente una especialización en la jurisdicción contencioso-administrativa y un impulso creador en sus fallos que hoy desgraciadamente no existen. Esta Ley postula por sí misma, si no hubiese otras razones sustantivas, una reforma radical del sistema de justicia administrativa. El Ministro de Justicia, que tan generosamente y con tan clara visión alentó y llevó a término la innovación de la nueva Ley, ha prometido realizar también esa otra reforma. Si así llegase a hacerlo en definitiva, y la reforma alcanzase la amplitud y la perfección obligadas, podría decirse sin hipérbole que su nombre quedaría para siempre ligado a la historia de la constitución de nuestro régimen administrativo, a la grande, aunque oscura, historia del continuo sometimiento del Estado al Derecho.

(305) Vid. mi trabajo *Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa*, en «Revista de Administración Pública», 6, 1951, págs. 279 y ss. y el de GONZÁLEZ PÉREZ: *La reforma de la ley de lo contencioso-administrativo*, en su libro *La sentencia administrativa. Su impugnación y efectos*. Madrid, 1954, págs. 55 y ss.

La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución

FRANCISCO GINOT LLOBATERAS

Notario

I. PLANTEAMIENTO

La seguridad del crédito territorial, que está tan íntimamente ligada con la perfección y desarrollo técnico de las normas que lo regulan (1), presenta en España, en los actuales momentos, una nebulosa que la afecta en gran manera y que ha preocupado a Entidades que entre sus actividades incluyen la de hacer préstamos hipotecarios (2).

La concesión de préstamo con garantía hipotecaria descansa más en el valor de la finca que se hipoteca que en la responsabilidad personal del deudor. El valor de la finca es un índice de suma importancia en tal concesión y en la determinación de la cuantía del préstamo y depende de varios factores.

Actualmente y debido a las limitaciones que a la propiedad imponen las leyes especiales de arrendamientos, tanto rústicos como urbanos, uno de los factores que juega en esta valoración (3) es el de la situación arrendaticia de la finca, ya que de todos es sabido que la diferencia de valor existente con relación a una mis-

(1) Como dice mi maestro, el notario de Madrid, señor Díez PASTOR (apuntes inéditos), el B. G. B. desarrolló las instituciones propias del crédito inmobiliario con una perfección técnica admirable, con la precisión y exactitud de un aparato de relojería. El examen de sus resultados en la vida real, nos fuerza a reconocer que como instrumento técnico del crédito, la hipoteca del Derecho alemán ha probado su eficacia de un modo concluyente. Antes de 1914 el dinero invertido en hipotecas en Alemania, importaba unos sesenta mil millones de marcos (de valor muy aproximado a la par con el oro), es decir, una quinta parte de la fortuna nacional. Y se reconoce universalmente que esta poderosa movilización del suelo contribuyó mucho al ingente desarrollo de Alemania.

(2) Entre ellas, Cajas de Ahorros que, en virtud de la orientación social que imprimen a sus actividades, realizan préstamos hipotecarios para solucionar el problema de la vivienda. En importantes núcleos urbanos de Cataluña es frecuente que clases trabajadoras y muy modestas, generalmente inmigradas, ante la imposibilidad de encontrar hogar, recurran, con más o menos variantes, al procedimiento de comprar un pequeño solar del que pagan parte del precio y se construye a crédito sobre el mismo. Cuando la casa está concluida se solicita un préstamo de una Caja de Ahorros con garantía hipotecaria con el que pagan parte de la construcción y el solar.

(3) Tanto más si se trata de edificaciones aptas para un solo arrendamiento, como son las de la mayoría de poblaciones de España.

ma finca, según esté arrendada o no, es enorme. Y si se hipoteca una finca en situación de libre de arrendamientos, es muy frecuente que al profesional del Derecho y en particular al Notario, se le plánte la siguiente cuestión: ¿qué repercusiones tiene en el aspecto jurídico, con respecto al acreedor hipotecario, la constitución de arrendamiento por el propietario sobre la finca hipotecada? (4).

Hay que hacer presente la suma importancia de la respuesta, por cuanto, aún después de constituida la hipoteca, el propietario puede otorgar contratos de arrendamiento de la finca hipotecada sin control alguno por parte del acreedor hipotecario y, según se resuelva la cuestión, el contenido del contrato de arrendamiento repercute directamente no sólo sobre el derecho del propietario, sino también sobre el del titular de la hipoteca (5).

El problema, jurídicamente, queda delimitado en los siguientes términos: Si la ejecución de la hipoteca lleva consigo la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la de la hipoteca ejecutante, ¿tiene también alguna repercusión en los arrendamientos otorgados con posterioridad a la hipoteca?

II. EXPOSICIÓN PREVIA DE MATERIAS BÁSICAS

Es necesario exponer, para la mejor comprensión de las cuestiones a dilucidar en el curso del presente trabajo, ciertas materias fundamentales, con las cuales se ha de operar constantemente.

1. Como dicen ENNECERUS-NIPPERDEY (6) el supuesto de hecho del cual el ordenamiento jurídico deriva la adquisición del derecho puede ser un acto humano (casi siempre un negocio jurídico) o un hecho exterior (por ejemplo, la muerte).

(4) Si se trata de fincas aptas para un solo arrendamiento hay que hacer entrar en juego la posibilidad de ejercicio de la acción del artículo 67 de la L. A. U. y, en general la posibilidad de que el propietario no presente la declaración a Hacienda del precio del arrendamiento y consiguiente revisión, etc.

(5) Se nos presentó el siguiente caso: A, Propietario de una finca urbana apta para un solo arrendamiento la hipotecó a favor de B en garantía de un préstamo de 100.000 pesetas, estando la finca libre de arrendamientos. Después, constituyó una segunda hipoteca a favor de C en garantía del pago de una cantidad confesada de 60.000 pesetas, estando la finca libre de arrendamientos. Después de C había dos o tres anotaciones preventivas de embargo a favor de un Banco. A poco de obtener C, o sea, el segundo acreedor, la constitución de la hipoteca a su favor, y a nombre de persona de confianza de C se otorgó un contrato de arrendamiento de la finca por el precio de 200 pesetas mensuales. C, ante la imposibilidad de que la subasta cubriera el importe de los dos créditos hipotecarios y de sus accesorios, con su contrato de arrendamiento propuso a B, primer acreedor, la siguiente solución: que le cediera su crédito, que ejecutaría a base del crédito de B y que con el precio de la subasta se cobraría en primer lugar C y el resto, si cubría, sería para B, con promesa de subasta de la finca libre de arrendamientos.

(6) *Tratado de Derecho civil*, I, 2.º, pág. 19. Barcelona, 1935.

Por lo general, la adquisición derivativa entraña la modificación del sujeto: su efecto es la sucesión en el derecho. El caso más sencillo, dice VON THUR (7), es la transferencia de un derecho en su pleno estado objetivo a un sujeto nuevo: esta es la sucesión traslativa, pero la sucesión no exige que el derecho del autor y el del sucesor sean cuantitativamente idénticos: también existe sucesión cuando se transfiere a otro sujeto una parte de las facultades que integran un derecho y de esta manera se crea un derecho nuevo con parte de la materia del antiguo; en este caso la sucesión se denomina constitutiva.

Tanto en uno como en otro caso, el derecho del sucesor se apoya en el de su autor (8), ya que el supuesto lógico de la transferibilidad es la idea de que el derecho subjetivo guardará su identidad, no obstante el cambio de titular (9).

La importancia que la sucesión tiene en el Derecho privado, dicen ENNECERUS-NIPPERDEY (10) resulta de su mismo concepto. El sucesor sólo tiene derecho si existe el del causante. Las limitaciones a que está sujeto el derecho del autor (servidumbres, prenda, término final, condición resolutoria, etc.) se transfieren al derecho del sucesor. *El principio general es que el sucesor no puede tener un derecho más amplio que el de su autor* (11), todo lo cual viene comprendido en el axioma romano «nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet». En definitiva, la sucesión no es más que un fenómeno de valoración de identidad jurídica.

Ahora bien, la condición jurídica del sucesor descansa en los hechos de los cuales nació el derecho para el autor y en los que produjeron la transferencia del derecho. Estos últimos, o son un acto de disposición del titular del derecho, o un acto de apropiación del adquirente, u otro «factum» al cual la ley le atribuye la virtud de transferir un derecho a un nuevo sujeto (12).

No todo cambio de titular de un derecho implica sucesión. Para que esta exista, como ha señalado BARASI (13), se requiere: a) un cambio de sujeto; b) una idéntica relación jurídica, y c) un *nexo que ligue a los dos sujetos que se sustituyen. Para que exista el fenómeno de la sucesión jurídica, esto es, la adquisición a título derivativo, no basta la sustitución de un sujeto en una relación jurídica. Es necesario, además, un tercer elemento, esto es, la salida del primer sujeto (autor) debe estar ligada por un nexo al subingresso del segundo (sucesor). Como dice COVIELLO (14) cuando falta el nexo de causalidad, la adquisición no puede llamarse de-*

(7) *Derecho civil*, II, 1, pág. 39, De Palma, Buenos Aires, 1947.

(8) ENNECERUS-NIPPERDEY: *Loc. cit.*, pág. 21.

(9) VON THUR: *Ob. cit.*, I, 1, pág. 273.

(10) *Ob. y vol. cit.*, pág. 25.

(11) VON THUR: *Ob. cit.*, I, 2, pág. 40.

(12) VON THUR: *Ob. cit.*, I, 2, pág. 40.

(13) *Istituzioni di Diritto Civile*, pág. 152, Giuffrè, Milán, 1948.

(14) *Manuale di Diritto civile italiano. Parte generale*, pág. 310, 2.^a edición.

rivativa, aún cuando se dé el elemento cronológico, o, lo que es igual, coincida la adquisición del derecho por una parte con la pérdida o disminución del derecho por otra.

La transferencia que ahora nos interesa es la motivada por un acto de disposición del titular y más concretamente, por un negocio jurídico inter-vivos que produzca el efecto de transmitir el derecho, cuyo negocio constituye el citado nexo de causalidad.

2. El negocio jurídico para que produzca su eficacia requiere de ciertos presupuestos (15), entre los cuales se encuentra la facultad o poder de disposición, es decir, para que se produzca, con eficacia, el nexo que liga a autor y sucesor que provoque la salida del primero y el subingreso del segundo, es necesario que el autor o transferente tenga poder o facultad de disposición sobre tal derecho (16).

No nos interesa entrar en el estudio de si la facultad de disposición forma parte o no del contenido del derecho, discusión que mantienen dividida a la doctrina (17). Sí nos interesa, en cambio, examinar el fundamento del requisito de que el transferente tenga poder o facultad de disponer, ya que, como señala BETTI (18), es exigencia fundamental de la eficacia vinculante reconocida al negocio, y ello ya en el campo social, que el sujeto del mismo se identifique con el del interés que en aquél se regula, salvo en los casos previstos y netamente circunscritos, en los cuales, excepcionalmente, se admite una ingerencia en los negocios ajenos.

Quien quiere producir efectos en una determinada esfera jurídica (personal o patrimonial)—dice VON THUR (19)—, *debe estar en cierta relación con esa esfera jurídica* y según CARIOTA-FERRA

(15) Véase BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, traducción española, págs. 166 y ss. Madrid, RDP., sin fecha.

(16) La doctrina moderna, más que al poder de disposición del titular, se refiere a la legitimación para disponer, concepto más amplio que comprende casos en que la Ley, por determinadas razones, reconoce eficacia a actos realizados por determinados sujetos, no titulares, que, como dice MONACCANI, están investidos, respecto de un determinado objeto o sujeto, de una situación jurídica preconstituida, que les legitima para obrar en el sentido de la modificación jurídica querida. No interesa, a los fines perseguidos en este trabajo, los supuestos de legitimación de no titulares que, por otra parte, ha conducido a una larga discusión entre los autores para determinar si en estos casos existe o no adquisición derivativa.

(17) Tradicionalmente se ha considerado que la facultad de disposición forma parte del contenido del derecho subjetivo. Pero una corriente doctrinal, desarrollada principalmente en Francia e Italia, considera que la facultad de disposición tiene su raíz en la personalidad. De esta cuestión se ha ocupado en España, aparte de una referencia de CÁMARA: (*Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca*, RDP., mayo 1949, pág. 397, nota 66); FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO: (*La facultad de disposición*, ADC, III, IV, pág. 1043), el cual se adhiere a la corriente moderna. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la teoría tradicional cuenta con seguidores de la talla, entre otros, de VON THUR, ENNECERUS, CARNELUTTI, PUGLIATTI, etc.

(18) Ob. cit., pág. 49.

(19) Ob. cit., II, 2, pág. 37.

RA (20) por esfera jurídica se entiende la totalidad de las relaciones jurídicas de una persona, el ámbito de la soberanía jurídica, o, si se quiere, el ámbito de la soberanía privada, según la expresión de BEKKER, parte de cuya esfera jurídica está constituida por el patrimonio.

La facultad de disponer apreciada en orden a derechos e intereses determinados, resulta de una particular posición respecto a ellos, es decir, del hecho de que pertenecen como propios a quien de ellos dispone, si bien hay excepciones, según las cuales el poder de disposición compete a persona no titular del derecho (21). Fuera de estos casos excepcionales, legalmente establecidos, los negocios concluidos por el no titular son irrelevantes, irrelevancia que se produce en una doble dirección: a) Respecto del adquirente: Su ausencia, como dice BETTI (22), hace que la adquisición proyectada no pueda tener lugar, según el principio de que no puede transmitirse a otro lo que no se tiene o aquello de lo que no se está permitido disponer, y b) Respecto de los terceros: Los negocios concluidos por el no titular (es decir, por quien carece de poder de disposición), o sea, los que incidirían en patrimonio ajeno, son irrelevantes, no producen efecto alguno para el titular de este patrimonio, conforme a la regla «res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest». Como dice CARIOTA-FERRARA (23), esta regla es de razón natural y está provista de sanción legislativa (24). Y esto es lógico. El negocio es instrumento de autonomía privada justamente en el sentido de que es puesto por la ley a disposición de los particulares a fin de que puedan servirse de él, no para invadir la esfera ajena, sino para ordenar en cosa propia, es decir, para imponer un ajuste a sus intereses en las relaciones recíprocas (25).

Así pues, en virtud de estos principios, que constituyen una de las bases fundamentales en que descansa el orden jurídico, el sujeto sólo está facultado para disponer dentro de la esfera jurídica de su competencia, por lo que resultan ineficaces todos los ac-

(20) *I negozi sul patrimonio altrui*, pág. 1, CEDAM, Padua, 1936.

(21) En determinados casos, la Ley, más que conceder un poder de disposición a un sujeto extraño, lo que hace es ampliar las facultades que normalmente corresponderían al titular de un derecho. Así sucede en el artículo 507 del C. c. que faculta al usufructuario de un crédito para cobrarlo, al marido con relación a los bienes gananciales, etc.

(22) Ob. cit., pág. 273.

(23) Ob. cit., pág. 18, de quien se ha tomado la letra b) del texto.

(24) Son manifestaciones de este principio, el artículo 1.257 del C. c. en cuanto dispone que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, una de cuyas aplicaciones particulares es el artículo 1.727, párrafo 2.º cuando dispone que «en lo que el mandatario se haya excedido no queda obligado el mandante...» También el artículo 1.259: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación.» El artículo 1.857. 2.º, que establece como requisito esencial de los contratos de prenda e hipoteca que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca», etc.

(25) BETTI: Ob. cit., pág. 49.

tos que excedan de su esfera de competencia e invadan la esfera jurídica ajena. Por consiguiente, sólo puede provocar una sucesión eficaz en el derecho o en determinadas facultades integradas en el contenido del derecho, quien sea titular del mismo.

3. En el supuesto de sucesión constitutiva, es decir, cuando se transmite tan sólo una parte de las facultades que integran el contenido de un derecho, para pasar a constituir un derecho limitado (26), se produce una situación que, en la mayoría de los casos, está destinada a cesar en un tiempo más o menos largo (27).

Llegado el momento de la extinción del derecho derivado, esta extinción beneficia a los derechos cuyo ejercicio estaba limitado por él. Ante todo a los demás derechos derivados que le siguen en orden de grado, pues se «adelantan» y luego al derecho constituyente que, por la extinción del derecho derivado, readquiere su contenido normal. Como dice VON THUR (28), este proceso, que puede ser denominado «consolidación del derecho constituyente» se realiza por necesidad jurídica, sin que se requiera un acto de adquisición del titular del derecho constituyente.

El titular del derecho derivado puede, durante la subsistencia de éste, realizar actos jurídicos con relación al mismo. A los efectos del presente estudio interesa principalmente examinar el fenómeno de la consolidación del derecho constituyente, cuando el titular del derecho derivado ha constituido una situación o relación jurídica que tiene por base su propio derecho. Para mayor claridad conviene tener presente que puede contemplarse un triple elemento personal: titular del derecho constituyente, titular del derecho derivado y adquirente de este último.

La consolidación en el derecho constituyente provoca, desde luego, la pérdida del derecho derivado y de todos los que procedan de éste, es decir, la pérdida del derecho del titular concedente y la pérdida de los derechos de aquéllos que hayan adquirido de éste. Esta norma se halla consagrada en los arts. 480, 513, número 6 y 1.520 del C. c. y en varios números del art. 107 de la LH.

La extinción del derecho concedido por el titular derivado no tiene su razón de ser en el negocio jurídico de transferencia entre

(26) A los efectos de examinar la eficacia de los actos otorgados por el titular de un derecho que no constituye el pleno e íntegro dominio, es equiparable la situación del titular de un derecho limitado a la del titular del dominio bajo condición resolutoria. En este sentido VON THUR (ob. cit., II-1, pág. 92, nota 131) cuando dice: «La transferencia de la propiedad, bajo condición resolutoria, entra en el concepto de sucesión constitutiva, de manera que con el cumplimiento de la condición se restaura la situación jurídica anterior, es decir, que el derecho del enajenante, que se había reducido a una expectativa, readquiere su extensión originaria.»

(27) Así ocurre normalmente con los derechos reales limitados, con la excepción de las servidumbres prediales, que no pueden ser objeto de actos jurídicos en sí mismas consideradas, es decir, con separación del predio a que están adscritas.

(28) Ob. cit., II, 1, pág. 92.

titular concedente y titular derivado, o sea, en el nexo causal que liga a uno y otro, sino en el otro pilar en que descansa la adquisición por parte del adquirente del titular derivado, esto es, en la necesidad de que el derecho transmitido exista en el ámbito de la esfera jurídica del transmitente.

Si es exacto que el titular del derecho derivado puede, durante la subsistencia de este derecho, realizar actos jurídicos con relación al mismo, hay que precisar que estos actos sólo tendrán eficacia en la medida cuantitativa y temporal que su propio derecho le consienta (29). Como dice BETTI (30), el titular del derecho derivado puede disponer de su derecho, o sea, prescribir una regulación vinculante a los hechos e intereses que el negocio contempla, en tanto y cuanto este titular sea apto para convertirse en sujeto activo o pasivo de aquella relación o situación jurídica, teniendo en cuenta la relación de aquella parte respecto al objeto. Como el titular del derecho derivado sólo tiene aptitud en la medida y tiempo de su propio derecho, resulta que la relación que establezca sólo podrá ser vinculante en la medida y tiempo que su propio derecho le consienta. Es un simple corolario del principio de que cada uno puede disponer de su propia esfera jurídica, razón por la cual no puede transmitir a otro más derechos que los que él tenga y no puede invadir la esfera jurídica de los terceros, entre ellos la del titular del derecho constituyente.

Próducida la extinción del derecho derivado, tiene su actuación la máxima «*resoluto jure dantis, resolvitur jus concessum*», con lo que se significa que la extinción del derecho derivado implica la extinción de todos los derechos que, a su vez, sean derivados del derecho limitado y que correspondan a otras personas y que se explica por el principio antes citado: todo lo más que puede producir el negocio jurídico estriba en sustituir a otro, en todo o en parte, en el lugar del transmitente del derecho (31).

La consolidación en el derecho constituyente con su secuela de extinción de los derechos derivados del mismo, se produce, como dice VON THUR, por necesidad jurídica, de manera que el contenido del derecho derivado pasa a engrosar, mediante la consolidación, el contenido de facultades del derecho constituyente.

Conviene precisar exactamente los efectos de la consolidación, es decir, de lo que en la legislación y en la doctrina viene denomi-

(29) A no ser que circunstancias especiales lo impidan, como ocurre con los derechos intransmisibles, por ejemplo: uso y habitación.

(30) Ob. cit., pág. 273.

(31) Por esta misma razón, la renuncia que de su derecho haga el titular del derecho derivado no puede afectar, en lo más mínimo, a quien tiene un derecho constituido por el renunciante. Este no tiene poder para realizar tal renuncia en perjuicio del derecho por él concedido, ya que sería tanto como invadir una esfera jurídica ajena. La eficacia de la renuncia está suspendida en la medida y tiempo necesarios que exija el respeto debido al derecho otorgado por el renunciante. A nuestro entender, en este sentido debe examinarse el artículo 4.º párrafo 2.º del C. c. y las aplicaciones particulares contenidas en el art. 107 de la L.H.

nándose «resolución del derecho constituyente», terminología poco precisa y que en nada contribuye a aclarar la confusa teoría de la ineficacia.

En la consolidación, la extinción del derecho derivado y la reintegración de las facultades que constituían el contenido del derecho extinguido en el constituyente, es consecuencia de un hecho (32) que produce tal efecto con independencia absoluta de la voluntad del titular del derecho derivado y de los adquirentes de éste. Con esto quiere significarse que entre titular del derecho constituyente y titular del derivado no se produce, en la consolidación, vínculo jurídico alguno que constituya el nexo que ligue a los dos para que el primero sustituya al segundo, sino que la extinción del derecho derivado no es más que la liberación de un gravamen que afectaba al derecho constituyente que se produce por necesidad jurídica. Es por esto, que desde el mismo momento en que se produce la consolidación, el titular del derecho constituyente tiene un poder inmediato sobre la cosa, en orden a las facultades que constituían el contenido del derecho derivado, no necesita de la autoridad de nadie para recuperar la cosa y puede perseguirla. Si el titular del derecho derivado ha realizado algún acto de disposición de su derecho, la extinción del derecho derivado provoca instantáneamente la extinción de todos los derechos que tienen su origen en el derivado que se extingue, de la misma manera que el quebrantamiento de la fundamentación de un edificio provoca el derrumbamiento de los pisos que tal fundamentación soporta.

Ahora bien, mientras ha subsistido el derecho derivado y el titular de éste lo ha transmitido, en todo o en parte, a un tercero, el negocio jurídico de transmisión produce todos sus efectos y el adquirente es titular del derecho adquirido con el contenido de facultades propio de tal derecho. Sólo en el momento en que ocurre la consolidación se produce para el adquirente del titular derivado la extinción del derecho, sin perjuicio de que el negocio jurídico entre titular derivado y su adquirente sea susceptible de continuar produciendo los efectos propios del caso. Lo mismo puede decirse en el supuesto de que el titular del derecho derivado, en base del contenido de facultades de su derecho, haya constituido una relación obligatoria con un tercero y cuya prestación no sea posible al producirse la consolidación por faltar el sustrato necesario para la prestación. Para el titular del derecho constituyente es, en general, indiferente el que el titular del derecho derivado haya transmitido o no su derecho a un tercero, pues los efectos de la consolidación se producen igualmente para él. La consolidación opera, pues, «ex nunc», es decir, sin retroactividad (33).

(32) Muerte del usufructuario, ejercicio del retracto condicional, etc.

(33) Sin entrar a discutir el concepto de revocación de la propiedad, la consolidación opera al modo de la revocación real *ex nunc*. Véase FUENMAYOR: *La revocación de la propiedad*, págs. 94 y 95. Madrid, 1946.

Por consiguiente, la consolidación y las causas de ineficacia del negocio jurídico: nulidad, anulabilidad, rescisión, se diferencian no sólo por sus efectos, sino también por razón de su fundamento. En la consolidación la pérdida del derecho se basa en un defecto del derecho del transmitente. En las causas de ineficacia del negocio jurídico tal ineficacia está motivada por un vicio, no del derecho, sino del negocio en sí. También hay que separar la consolidación de la resolución del artículo 1.124, con la que se ha intentado asimilar (34), pero como esta idea se ha producido en torno a la extinción del arrendamiento rústico protegido, otorgado por el usufructuario, nos ocuparemos después de este caso concreto.

4. Como antes se ha dicho, la consolidación en el derecho constituyente provoca la extinción del derecho derivado y la de todos los derechos que de éste proceden, así como implica la imposibilidad de realizar la prestación a cargo del titular del derecho derivado en las relaciones obligatorias por éste constituidas y cuya prestación requiera una cierta relación del deudor con respecto a la cosa objeto del derecho derivado.

Sin embargo, en las legislaciones positivas se encuentran excepciones a este principio, con referencia al arrendamiento otorgado por el titular del derecho derivado. Estas excepciones no tienen igual alcance en todas las legislaciones (35). En el Código civil

(34) Por PÉREZ SERRANO en *La fijación de la renta en dinero y la nulidad de los arrendamientos rústicos*. ADC, I, 3, pág. 868.

(35) En las legislaciones francesa, italiana y alemana se contienen normas sobre el particular.

El Código francés, artículo 595, faculta al usufructuario para arrendar, para lo que habrá de atenderse, en cuanto a épocas de renovación o duración del arrendamiento, a las reglas establecidas para el marido con respecto a los bienes de la mujer y el artículo 1.429 dispone que aquellos arriendos que haga el marido por sí de bienes pertenecientes a la mujer, por tiempo que exceda de nueve años, no serán obligatorios para la esposa o los herederos, en caso de disolverse la comunidad, más que por el plazo que aún resta del primer periodo de nueve años o de los sucesivos, de manera que el arrendatario no tenga derecho sino a completar el disfrute del periodo de nueve años en que se encuentre.

El C. c. italiano impone también, dentro de unos límites temporales más reducidos, los arrendamientos otorgados por el usufructuario, recogiendo una norma ya contenida en el antiguo y en el que parece que se introduce, no como norma técnica, sino de equidad. Así lo afirma SACCHI en *Sulla continuazione, a compimento di quinquennio oltre la cessazione dell'usufrutto, delle locazione fatta dall'usufruttuario* en «*Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi*», I, pág. 425 y ss., Turin, 1915.

El artículo 999 del C. c. italiano, dispone: "Los arrendamientos otorgados por el usufructuario en curso al tiempo de la extinción del usufructo, siempre que consten en instrumento público o en documento privado de fecha anterior fehaciente, continúan por la duración establecida, pero no más allá de los cinco años de la extinción del usufructo. Si la extinción del usufructo tiene lugar por el transcurso del plazo establecido, los arrendamientos no duran, en todo caso, más que por el año, y tratándose de fincas rústicas en las que el principal aprovechamiento es bienal o trienal, sólo por el bienio o trienio en curso al tiempo en que termina el usufructo."

CARIOTA-FERRARA: Ob. cit., pág. 405, considera que en este caso la Ley concede al usufructuario un poder de disposición sobre cosa ajena y puede esti-

se encuentran dos supuestos en que permite la continuación del arrendamiento otorgado por el titular del derecho derivado más allá de la extinción del derecho del concedente, imponiéndose, por más o menos tiempo, al titular del derecho constituyente. Son los casos que contemplan los artículos 480 y 1.520 del Código civil. Pero estas excepciones sólo pueden y deben admitirse cuando la Ley, que es la única que puede imponerlas, las establezca de una manera expresa, desde el momento que suponen para un sujeto—el titular del derecho constituyente—la obligación de soportar una situación jurídica que para él es una «res inter alios acta», o dicho de otro modo, una invasión de su esfera jurídica (36).

III. LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA Y SUS REPERCUSIONES EN ORDEN A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL PROPIETARIO HIPOTECANTE

1. En el Derecho positivo español la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles se opera fuera del ámbito del Registro, sin más excepciones que la constitución de hipoteca (37), respecto de la cual la inscripción es constitutiva (38).

marse como una solución de compromiso para conciliar las exigencias derivadas de la economía de las fincas—que exigen arrendamientos prolongados—y del usufructo con las necesidades del propietario, interesado, naturalmente, en tener lo antes posible, una vez extinguido el usufructo, el goce de la cosa. (VENEZIAN: *Treatato dell'usufrutto*, II, pág. 481, citado por BARASSI: *I Diritti reali limitati*, pág. 158, Giufre. Milán, 1947.)

En el Derecho alemán la protección sigue un camino diverso. En el caso de que un arrendador establezca un arrendamiento por tiempo superior a su derecho, una vez se produce la consolidación, el titular del derecho constituyente ha de denunciar el contrato de arrendamiento, respetando el plazo legal de aviso y el arrendatario puede requerir al dueño, fijándole un plazo prudencial para que manifieste su voluntad de hacer uso del derecho a denunciar el contrato. Artículo 1.056 en relación con los artículos 571 y ss. del B. G. B.

(36) Precisamente, por tratarse de la invasión de una esfera jurídica ajena, la eficacia de tales excepciones para el que las ha de soportar ha de ser y es limitada en alguna forma, principio común a todos los casos en que la Ley concede un poder de disposición sobre cosa no propia, por ejemplo, artículos 507 y 1.413 del C. c. Aunque no siempre la limitación alcanza la debida perfección técnica para garantizar debidamente el derecho del titular de la esfera jurídica de la que se dispone. Sin embargo, para la finalidad de este estudio lo interesante es el reconocimiento legislativo del principio de la limitación en caso de concesión de un poder de disposición en esfera jurídica no propia.

(37) Diversas son las opiniones formuladas acerca del carácter de la inscripción cuando entra en juego la protección registral a favor del adquirente del artículo 34 de la L. H. Según ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, I, páginas 155 y 160, Barcelona, 1948), es *sustantiva* en el sentido de que basta por sí sola, desconectada del título que la provocó, de manera que el derecho real se apoya exclusivamente en el asiento. ANGEL SANZ: (*Instituciones de Derecho hipotecario*, página 246, Madrid, 1947), la califica de *convallidante* porque su valor se limita a subsanar la falta de previo derecho en el transferente, excluyendo la aplicación del principio *nemo dat quod non habet*... En esta dirección parece que hay que incluir también a LA RICA: (Valor efectivo de la inscripción en la nue-

Ello hace que la noción de rango hipotecario pueda explicar la cancelación de los asientos registrales posteriores a la inscripción de la hipoteca ejecutante, pero que, en cambio, no sea suficiente para explicar la extinción de los derechos a que se refieren las inscripciones o anotaciones canceladas como consecuencia de la ejecución provocada por el ejercicio de la acción hipotecaria (39). El fundamento legal de esta afirmación se encuentra en el artículo 97 de la L. H., que establece que «cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que el asiento se refijare».

2. Para comprobar lo que se acaba de exponer es conveniente hacer un examen de los efectos que la ejecución hipotecaria produce respecto de los derechos inscritos o anotados con posterioridad a la inscripción de la hipoteca ejecutante:

a) El adquirente del dominio de la finca hipotecada, aunque sea un tercer poseedor, tiene que soportar el ejercicio de la acción hipotecaria, y, como consecuencia, se ve privado del mismo, es decir, lo pierde al dictarse el auto de adjudicación.

b) Derechos reales limitados de garantía: Tanto si el importe del remate es suficiente como si no lo es para cubrir las responsabilidades hipotecarias posteriores a la hipoteca ejecutante, se extinguen tales hipotecas posteriores.

c) Derechos reales limitados de disfrute: Este supuesto es uno de los que muestra de una manera clara que la ejecución hipotecaria provoca, no sólo la cancelación del asiento, sino también la extinción del derecho. Si después de constituida la hipoteca ejecutante se establece un derecho real limitado de disfrute (usufructo, servidumbre, etc.), una vez adjudicada la finca al mejor postor, no sólo se cancela la inscripción del derecho de disfrute posterior, sino que se retira toda protección jurídica a los actos materiales de disfrute que ejercite el que fué titular del derecho (40).

va L. H. Conferencia Colegio de Valencia, año 1948, pág. 72). VALLET: (*La buena fe, la inscripción y la posesión*, RDP. 1947, pág. 950 y ss.), considera que el tercer adquirente a *non domino* adquiere por obra y gracia de su fe en el contenido registral y la inscripción a su favor actúa sólo como una *condictio juris a posteriori*. NÚÑEZ LAGOS: (*Perfiles de fe pública*, ADC, II, 1, pág. 42 y ss.), afirma que el efecto del artículo 34 no es el de la adquisición a *non domino*, sino la irrevindicabilidad y sólo se puede hablar de adquisición a *non domino* por vía de consecuencia y rebote de la *negatio actionis*. Pero la opinión más general es la de que la inscripción suple a la tradición.

(38) Tampoco hay unanimidad en torno al carácter de la inscripción de la hipoteca. Oscila entre dos opiniones diferentes: una es la de considerarla *declarativa, pero necesaria*. NÚÑEZ LAGOS: (*Realidad y Registro*, nota 1 a la página 422. RGLJ, abril, 1945) y SANZ: (*Comentarios*, nota 10 a la pág. 37), aunque hay que hacer constar la diferencia que separa a los dos sobre el concepto de inscripción constitutiva. La otra es la de considerarla *constitutiva* que es la seguida por la Jurisprudencia: SS. 12 de enero de 1943, 21 de febrero de 1947, etc.

(39) En materia de ejecución hipotecaria, la protección de la fe pública registral puede procurar la subsistencia a un derecho en el caso de que éste se hubiese constituido después de la hipoteca, pero que se hubiese inscrito antes que ésta.

(40) Nos parece poco meditada la observación de NART: (*Ex-arrendamientos*, ADC, IV, 3, pág. 936) de que la cancelación de las inscripciones o anota-

d) Actos de dominio que no impliquen constitución de derechos reales limitados, realizados por el propietario de la finca hipotecada con posterioridad a la constitución de la hipoteca: Todos estos actos son o pueden ser inoperantes para el acreedor hipotecario. Entre ellos se encuentran los actos de modificación registral de la finca gravada, de los que nos interesan principalmente los siguientes:

a') División y segregación de la finca hipotecada. El artículo 123 de la L. H. dispone que dividida la finca hipotecada no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. «*No verificándose esta distribución podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido o contra todas a la vez.*» La Resolución de 3 de agosto de 1893 declara que «gravando la hipoteca todas las parcelas en que el propietario dividió la finca, es inscribible la escritura, *aunque se describa el inmueble tal y como fué hipotecado*» (41).

ciones preventivas posteriores (a la inscripción de la hipoteca ejecutante) se refiere a las comprensivas de derechos de realización de valor (hipotecas y embargos), porque tal realización se agota con la ejecución hipotecaria. La regla 17.^a del artículo 131 L. H. no establece limitación alguna en cuanto a la cancelación de los asientos posteriores y el art. 225 del R. H. comprende no sólo a los titulares posteriores de hipotecas y embargos, sino también a los «titulares de desmembraciones del dominio, de derechos reales condicionales o de otros...»

(41) Resolución de 3 de agosto de 1893: El supuesto de hecho contemplado por esta resolución es el siguiente: A compró en 22 de febrero de 1886 determinadas fincas, quedando parte del precio aplazado e hipotecadas las fincas en garantía del pago. Posteriormente, A fraccionó en distintas parcelas los cuatro inmuebles adquiridos. B, acreedor del precio aplazado garantizado con hipoteca falleció y sus herederos en 1891 otorgaron escritura de inventario y división del caudal relicto y en ella fué adjudicado a C, en pago de su haber, el crédito hipotecario, describiéndose las fincas tal como aparecían en la escritura de 22 de febrero de 1886 y citando los lugares en que estaban inscritas las cuatro fincas en los términos que arrojaba la nota de inscripción extendida al pie de la misma.

El Registrador puso nota alegando que las fincas hipotecadas se habían fraccionado para formar nuevas unidades con cabida y linderos completamente distintos.

La Resolución contiene la siguiente doctrina: Considerando que la división de la finca hipotecada, mientras no lleva consigo la de la hipoteca por expreso consentimiento del acreedor, *no puede afectar en ningún sentido al derecho de éste*; en primer término, a virtud del principio de indivisibilidad consagrado por el artículo 122 y además, por tratarse de un hecho que no hay razón alguna para presumir es por dicho acreedor conocido.

Considerando que si el citado principio reputa como uno e indiviso lo que en realidad de verdad está fraccionado y dividido, es lógico permitir al acreedor que, tomando por base esa ficción legal, se atenga, cuando por una u otra causa necesite describir el inmueble, a lo que resulta del título constitutivo de su hipoteca y prescinda de los cambios que con posterioridad haya sufrido la finca...

El fallo de la Resolución es correcto. Lo que ya no nos lo parece tanto, es recurrir a la idea de ficción. No se trata de una ficción, sino de la ineficacia respecto del acreedor hipotecario, de la división practicada con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

b') Exceso de cabida. Nos referimos a los inscritos con posterioridad a la hipoteca ejecutante. La Resolución de 11 de diciembre de 1928 declara que también se cancelarán estos asientos (42).

Este examen demuestra que la ejecución de la hipoteca provoca no sólo la cancelación de los asientos posteriores a la inscripción de la hipoteca ejecutante, sino también la ineficacia de los derechos transmitidos o constituídos con posterioridad a la hipoteca. Y el artículo 225 del R. H., más explícito que la Ley, se refiere a los acreedores de cargas o derechos reales, a los anotantes y a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales u otros que, por su rango, *deben declararse extinguidos* al realizarse el crédito.

3. Creemos que es de todo punto necesario tener en cuenta que en el desarrollo del derecho de hipoteca, una vez constituida, pueden observarse dos períodos: uno seguro, que HECK denomina *tiempo de seguridad* y otro posible, pero no seguro, o *tiempo de satisfacción o pago*, que es el momento en que el titular de la hipoteca provoca la ejecución de ésta con la consiguiente venta de la finca hipotecada. El tránsito de la fase de seguridad a la de pago viene determinado por un hecho: el incumplimiento de la obligación asegurada con la hipoteca. Este tránsito no se produce en el caso de que el acreedor venga satisfecho de una manera normal, es decir, cuando la obligación asegurada con la hipoteca se paga.

Los efectos de la hipoteca en el tiempo de seguridad no han sido objeto, en la doctrina patria, de una atención similar a los que produce en su fase de satisfacción.

4. La constitución de la hipoteca produce alteraciones en las facultades que competen normalmente al titular de la finca hipotecada.

(42) En el caso resuelto por esta Resolución se habían obtenido unas anotaciones de embargo sobre el exceso de cabida inscrito con posterioridad a la hipoteca y declara:

Considerando que en el caso de este recurso es necesario determinar si el aumento o rectificación de cabida de la finca hipotecada practicado e inscrito en el Registro, con posterioridad a la constitución de la hipoteca y a la expedición del certificado de la regla 17.ª del artículo 131 de la Ley debe ser cancelado como la hipoteca constituida sobre la finca que ha sido objeto del procedimiento sumario.

Considerando que en este caso el aumento de referencia no es propiamente una finca nueva y distinta de la hipotecada, que debe estimarse como una agregación de terreno, sino que se trata de una rectificación de cabida hecha por el propio deudor hipotecario...

Considerando que la cancelación de la inscripción 9.ª a que se refiere este expediente no debe ser entendida en el sentido de que se tenga por inexacta la rectificación de medida efectuada y por reducida la finca a su antigua cabida, por qué éstas son características de los inmuebles que subsisten a pesar de su cambio de dueño, sino que debe referirse a los derechos que pudieran corresponder al hipotecante en cuanto han pasado en su totalidad al adjudicatario y a su causahabiente por haber adquirido la finca con los linderos y las circunstancias especificadas en el Registro de la Propiedad, mientras no se ejecuten con arreglo al artículo 24 de la Ley las acciones de nulidad del asiento si es que procedieren por cualquier causa legal, no discutida en este recurso.

Los artículos 1.876 del C. c. y 104 de la L. H. establecen que «la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida».

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (43), *sujetar* tiene dos acepciones: una es «someter al dominio, señorío o disposición de alguno»; la otra es «afirmar o contener una cosa con la fuerza». Una y otra acepción representan, respectivamente, el aspecto activo y pasivo de una misma idea. De estas dos acepciones nos vamos a fijar, en primer término, en la última.

Del sentido gramatical de la norma contenida en los dos citados preceptos resulta que la hipoteca contiene o afirma la cosa hipotecada con la fuerza, o sea, con la coacción de la norma, de una manera directa, es decir, sin necesidad de la cooperación del propietario de la finca hipotecada, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituye. Y esto desde el mismo momento de su constitución, ya que éste es el significado del adverbio «inmediatamente». Por consiguiente, la hipoteca despliega su eficacia incluso en el tiempo de seguridad.

Esta eficacia de la hipoteca se impone al derecho del propietario de la finca hipotecada tanto por lo que respecta a sus facultades de goce como a su facultad de disposición.

La hipoteca, en el período de seguridad, constriñe la voluntad del dueño en el campo de su actividad material, es decir, en la realización de los actos que derivan de su facultad de goce, en cuanto perjudiquen al acreedor hipotecario. Como dice L. COVIELLO (44), como es sabido, el propietario debe abstenerse de realizar cualquier acto que pueda comprometer la seguridad del crédito garantizado (45). El deber de conservación de la garantía, que suele olvidarse bastante frecuentemente por los seguidores patrios de la teoría procesalista de la hipoteca (46), ha tenido que ser recogido por el más brillante defensor de la misma, CARNELUTTI (47), si bien excluye todo valor al argumento—a los efectos de la naturaleza procesal de la hipoteca—, ya que «existen—afirma—derechos y correlativamente obligaciones accesorias a una si-

(43) Edición de 1947.

(44) *¿L'ipoteca è un diritto reale?*, «Rivista di Diritto Civile», año 1936, número 1, pág. 3.

(45) COVIELLO pone como ejemplos la imposibilidad del propietario de la finca hipotecada de talar un bosque o abrir zanjas en una finca, demoler un edificio, aunque sea con la finalidad de reconstituirlo de una manera diferente.

(46) Lo omiten tanto CÁMARA (art. cit.) como FENECH en *Recepción de la hipoteca en el Derecho procesal*. (Discurso de apertura del curso 1952-1953 en el Instituto Español de Derecho Procesal. Madrid, 1952). FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO (art. cit., nota II, pág. 1029), también niega el carácter real de la hipoteca, porque sólo supone una concreción de responsabilidad, pero sin entrar en el estudio de la cuestión.

(47) En *Natura jurídica dell'ipoteca*, en «Rivista di Diritto Processale Civile», 1939, I, pág. 11.

tuación procesal» (48). El acreedor hipotecario está protegido contra la disminución de garantía debida a los actos del propietario de la finca hipotecada por la llamada acción de devastación, tan defectuosamente regulada y tan descuidada por la doctrina.

Pero, a los fines perseguidos en este trabajo, interesa mucho más examinar la limitación que la hipoteca representa para el propietario hipotecante y sucesivos titulares de la finca, desde el punto de vista de la facultad de disposición.

No es extraña a la doctrina jurídica la idea de que la constitución de hipoteca produce alteraciones en la facultad dispositiva del propietario de la finca hipotecada. Esta idea tiene su más destacado exponente en GORLA, que, en una obra relativamente reciente (49), ha llegado a desorbitarla hasta el punto de afirmar que el efecto de la hipoteca es la indisponibilidad de la finca, de manera que el deudor puede transmitir a tercero solamente la posesión de la misma, pero no la propiedad. Tampoco puede considerarse correcta la posición de que la hipoteca implica la transmisión al acreedor hipotecario del «poder de disposición» que sobre la finca corresponde al hipotecante (50).

Nunca se dudó en Derecho romano que el hipotecante conserva la facultad de enajenar la cosa dada en prenda o hipotecada (51), pero en el Derecho intermedio, VOET y FABRO admitieron la posibilidad de que la adquisición del dominio de la finca hipotecada podía considerarse revocable por la eventualidad del ejercicio de la acción hipotecaria. Modernamente, la idea de que la hipoteca afecta, más o menos, al poder de disposición es recogida, entre

(48) No es objeto de nuestro trabajo el estudio del problema de la naturaleza jurídica de la hipoteca y, por tanto, no nos corresponde entrar en el estudio de la polémica existente entre la tendencia procesalista, desarrollada principalmente por CARNELUTTI en *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en «Studi in onore di Giuseppe Chiovenda», Padua, 1927, págs. 221-341; en la citada «Natura giuridica...» y también en «Lezioni di diritto processuale civile», Padua, 1929, V, núm. 440 y otros e *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4.ª edición, Roma, 1951, I, págs. 212 y ss., tendencia que ha tenido su eco en España en los trabajos citados en nota 46; ni de los esfuerzos recientes para mantenerla dentro del marco tradicional, en cuya dirección se encuentran los siguientes autores: PUGLIATI: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1935, pág. 379 y ss.; L. COVIELLO: *Delle ipoteche*, pág. 17 y ss., Roma, 1936 y en el artículo antes citado; FRANCESCHELLI: *L'ipoteca come diritto reale*, en «Rivista di Diritto Commerciale», 1938, I, págs. 274 y ss. DISTASO en *Natura giuridica dell'ipoteca*, Milán, 1953, págs. 84 y ss. Para no hacer interminable esta cita bibliográfica, diremos que se encuentran dentro de esta tendencia NICOLO, RUBINO, MESSINEO, ALLARA, aun cuando éste distingue, en la garantía hipotecaria, entre una garantía procesal y otra sustantiva, ésta de naturaleza real, etc.

(49) *Le garanzie reali delle obbligazioni*, pág. 50 y ss. Milán, 1935.

(50) De la que se hace eco VALLET para rechazarla en *Hipoteca del Derecho arrendaticio*, Madrid, RDP., 1951, pág. 57. Sin embargo, más adelante trataremos de la función del ejecutante en la venta forzosa.

(51) C. 12. Cod. 8. 27. Lo que ya es más discutido es el pacto de prohibición de venta.

otros, por LEONARDO COVIELLO (52), BARASSI (53), y en España, ROCA SASTRE (54). Pero quienes desarrollan la idea son CARNELUTTI y DISTASO.

CARNELUTTI (55), refiriéndose a los efectos del embargo (56), dice que éste ata las manos al deudor, es decir, le priva de libertad y esta privación de libertad se desarrolla tanto en la facultad de goce como en la facultad de disposición, facultades en las que, en definitiva, se desarrolla el derecho subjetivo, y DISTASO (57) afirma que la hipoteca consiste justamente en el vínculo que afecta al bien, vínculo que, destinando el bien a la sujeción futura, convierte a éste bien en *insensible* a todo eventual cambio de su condición jurídica fundamental (58).

Ello hace que el propietario hipotecante no pueda querer con eficacia (59), es decir, no puede realizar actos jurídicos eficaces

(52) Loc. cit., pág. 2.

(53) En *I diritti reali nell Nuovo Codice Civile*, pág. 62, Giufré, Milán, 1943, dice: «En el derecho real de garantía no hay el señorío de goce, pero hay siempre el señorío en relación con el poder de disposición de una cosa atribuida por la Ley en primer lugar al propietario y después al Estado...»

(54) *Derecho hipotecario*, IV, pág. 202, Barcelona, 1948, cuando dice: «El hipotecante conserva sus facultades dispositivas, pero los actos de disposición que otorgue no afectan para nada a la hipoteca anteriormente constituida.»

(55) *Processo di esecuzione*, II, pág. 171 y ss.

(56) Aunque CARNELUTTI formula estas ideas con relación al embargo, creemos que son perfectamente aplicables a la hipoteca, tanto más cuanto que la razón es la misma para ambas instituciones. Dice (*Processo* cit., pág. 171 y ss.) que la función del embargo es la de privar de la cosa al deudor para asegurar la conservación hasta que pueda ser convertida en dinero y para evitar así los peligros de su alteración, deterioro o sustracción. Y con referencia a inmuebles dice (pág. 178) que la sustracción sólo puede tener lugar mediante acto jurídico y el derecho está en condiciones de impedir la privando al deudor embargado de la facultad de disposición o haciendo ineficaz la enajenación. De estas cuestiones nos ocuparemos más adelante. Ahora sólo nos interesa hacer constar que la equiparación entre embargo e hipoteca la admitimos respecto del punto concreto de la eficacia de los actos de disposición otorgados por el deudor embargado y por el propietario hipotecante, sin que nos haya preocupado si esta equiparación puede o no extenderse en otros sentidos.

(57) Ob. cit., pág. 114.

(58) DISTASO (ob. cit., pág. 116) afirma que la insensibilidad de la finca hipotecada provoca una atribución de la facultad de disponer al acreedor hipotecario, y considera que tal facultad de disposición consiste en la posibilidad de provocar la venta, mediante la ejecución hipotecaria. Véase, además, loc. cit., pág. 130.

(59) Al mismo resultado se llega con el empleo del concepto de sujeción jurídica formulado por CARNELUTTI. Para este autor, la sujeción es la expresión del mandato considerado en su aspecto pasivo, o sea, desde el lado, no de quien manda, sino de quien es mandado. Significa, pues, *necesidad de obedecer*. Tan clara como la diferencia entre poder y derecho es la que media entre obligación y sujeción; obligación es el vínculo impuesto a la voluntad (para la subordinación de un interés); *sujeción es la imposibilidad de querer con eficacia*. Por eso obligación y sujeción, como derecho y poder, son también modos de ser de la voluntad; pero mientras la obligación es la no libertad, la *sujeción es la ineficacia del querer* (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I, pág. 61, UTEHA, 1943). Sin embargo, parte de la doctrina jurídica con-

que perjudiquen la finalidad de la hipoteca, una vez ésta ha sido constituida. No es que el propietario de la finca hipotecada no deba, sino que no puede, *no tiene virtualidad suficiente para realizarlos*. Y esto demuestra que la hipoteca afecta al poder de disposición del propietario hipotecante (60).

Esta limitación de la facultad de disposición del propietario de la finca hipotecada subsiste durante toda la fase de seguridad de la misma, pero como está dirigida a garantizar el cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituyó la hipoteca, resulta que, en definitiva, la efectividad de la limitación del poder dispositivo viene determinada por el fin en virtud del cual se establece, o sea, que la satisfacción del acreedor tenga que lograrse con cargo al precio de venta de la finca hipotecada, previo el correspondiente procedimiento.

Si el acreedor ve satisfecho su crédito asegurado con la hipoteca por otro medio distinto a la ejecución de la finca hipotecada (pago, compensación, etc.), la hipoteca se extingue. La sujeción, o sea, la limitación dominical es como si no hubiese existido, y todos los actos realizados por el propietario quedan firmes y eficaces. El caso de cumplimiento normal de la obligación asegurada no permite examinar la eficacia de la hipoteca durante el período de subsistencia, porque desaparece la finalidad perseguida con su constitución.

Si no se realiza el cumplimiento de la obligación asegurada y el acreedor ejecuta, es cuando se perciben los efectos de la hipoteca en orden a los actos otorgados por el propietario hipotecante. Estos efectos, señalados en el número 2 que antecede, tienen su raíz no en una causa de orden registral, sino en una causa de carácter sustantivo: la ineficacia propia de los actos realizados por quien carece de un pleno poder de disposición. En este sentido cabe afirmar que estos efectos a que aludimos no son más que desarrollos parciales de la concepción legal de la hipoteca contenida en los artículos 1.876 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria.

En el aspecto activo, la hipoteca confiere a su titular un señorío o poder sobre la cosa que se opone a ciertas actividades del propietario y desde el mismo momento de su constitución. En el campo de los actos de disfrute haciendo jurídicamente ilícitos los actos que provoquen la disminución del valor de la finca. En el campo de la actividad jurídica del propietario hipotecante, imponiéndose, en la forma condicionada que se ha dicho (61), sobre

sidera que el concepto sujeción está falto de autonomía jurídica, material o procesal y se le atribuye tan sólo la situación de puro hecho. Sobre ello puede verse GUARINO: *Potere giuridico e diritto soggettivo*.

(60) CARNELUTTI (*Processo di esecuzione cit.*, II, pág. 177) dice que la facultad de disposición, al igual que la facultad de goce, puede ser más o menos compleja y también, bajo este aspecto, existen derechos subjetivos más o menos plenos; el derecho máximo es, incluso bajo este aspecto, la propiedad.

(61) Es decir, siempre que, por existir incumplimiento, el acreedor hipotecario ejecute.

su facultad de disposición en el sentido de que para él serán ineficaces los actos que otorgue con relación a la finca (62) y por su propio derecho podrá instar, en caso de incumplimiento, la actuación del órgano judicial competente para obtener la satisfacción del crédito y de los accesorios de éste, garantizados por la hipoteca, bien mediante la posesión de la finca, conforme a la regla sexta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, si ha sido pactada, bien mediante la venta judicial o extrajudicial. Ahora bien, esta ineficacia de los actos de disposición jurídica está siempre supeditada a la concurrencia de un supuesto de hecho posterior a la constitución: el incumplimiento de la obligación asegurada.

5. La situación, pues, del propietario hipotecante, una vez constituida la hipoteca y durante la fase de seguridad de ésta, es la de un titular que puede ser privado de su derecho en virtud de la transmisión forzosa a que puede conducir el ejercicio de la acción hipotecaria por parte del acreedor.

El negocio jurídico por el que el propietario hipotecante realiza un acto de disposición de su derecho constituye el nexo que liga al propietario hipotecante y a su adquirente en el fenómeno sucesión, por virtud del cual el primero sale de su derecho y entra el segundo, pero la identidad del derecho sigue siendo la misma, de manera que, como el derecho del transferente estaba afectado por un germen patológico—en este caso la posibilidad de agresión jurídica por parte del acreedor hipotecario en caso de incumplimiento de la obligación asegurada—, sigue estándolo, igualmente, en el adquirente, sin alteración alguna. Es el principio *nemo plus juris trasferre potest quam ipse habet* o de identidad de valoración jurídica de la posición de las dos partes del negocio jurídico de transmisión, propia del fenómeno sucesión.

Entre un propietario en la plenitud de su derecho y un propietario que lo ha hipotecado existe, en caso de transmisión del derecho, una diferencia fundamental: que la transmisión realizada por este último no puede tener nunca la misma densidad jurídica que la realizada por el propietario normal, porque entre un caso y otro se interpone el derecho de hipoteca, cuyos efectos no puede eliminar en absoluto el propietario hipotecante al realizar la transmisión (63). Para el acreedor hipotecario, el negocio es una *res inter alios acta*. La diferente posición del propietario hipotecante y del tercer poseedor proviene de la diferente relación que cada uno tiene con relación al crédito asegurado, no por razón de la hipoteca.

Ahora bien, al no ser la hipoteca un derecho que necesariamente haya de pasar al período de satisfacción, sino que está dirigido

(62) Absolutamente desde el punto de vista sustantivo. Desde el punto de vista procesal tendrá que sujetarse, respecto a los adquirentes y titulares de derechos reales posteriores al suyo, a las normas procesales pertinentes.

(63) Lo mismo es aplicable a todos los actos de dominio que realice el propietario hipotecante. Empleamos la expresión transmisión de propiedad como la más genérica.

única y exclusivamente a la satisfacción del derecho del acreedor, si éste es pagado (64) por cualquier medio que no consista en la ejecución y consiguiente venta de la finca, desaparece la causa que podía producir la pérdida del derecho para el propietario de la finca hipotecada y titulares de derechos reales sobre la misma posteriores a la constitución de la hipoteca, y la adquisición es no sólo eficaz, sino también firme, como la del adquirente de un propietario normal. Pero en el caso de que el titular de la hipoteca no vea satisfecho su interés y la hipoteca hace tránsito al período de satisfacción, el titular de la hipoteca tiene expedito el camino para el pleno desarrollo de su derecho, y éste consiste en la posibilidad de provocar la venta de la finca para cobrarse con el precio del remate (65). Como los adquirentes posteriores del propietario hipotecante han adquirido el derecho sin perjuicio del que corresponde al titular de la hipoteca, ya que todo lo más que han podido lograr ha sido la sustitución en la posición del propietario hipotecante, que para ellos es idéntica en cuanto a posibilidad de actuación del titular de la hipoteca, resulta que pueden ser privados de su derecho para satisfacer al acreedor (66).

En definitiva, y ésta es la conclusión que interesaba alcanzar, los actos de disposición realizados por el propietario de la finca hipotecada durante el tiempo de seguridad de la hipoteca no pueden ser, ni son, actos dotados de una eficacia plena y absoluta, sino que son de una eficacia relativa por el hecho de que están destinados a convertirse, o bien en actos plenamente eficaces, como si hubieran sido realizados por un propietario normal, o bien en actos que proporcionan al adquirente un derecho que éste perderá en un determinado momento: el de la adjudicación o venta de la finca en el procedimiento correspondiente.

La suerte de los actos de disposición realizados por el propietario hipotecante, es decir, en actos que proporcionan un derecho eficaz o en actos que proporcionan un derecho que el adquirente ha de perder, viene determinada por un hecho futuro: la satisfacción o no satisfacción del acreedor hipotecario (67). Si el acree-

(64) Su interés puede ser satisfecho por cualquier persona puesto que, en definitiva, ha de consistir en percibir una cantidad de dinero.

(65) Es decir, sin contar con la posibilidad de que el acreedor cobre a través de la administración de la finca, en el caso de que se pacte, de conformidad con la regla 6.ª del artículo 131 de la L. H.

(66) Precisamente porque la razón finalista de la hipoteca es la satisfacción del derecho del acreedor que ha de consistir necesariamente en una suma de dinero y es indiferente la persona que le proporcione la satisfacción de dicho interés, para evitar las consecuencias que la efectividad de la misma pueda reportar a los terceros poseedores y titulares de derechos reales limitados posteriores a la hipoteca, son lógicos los requisitos que con relación a los mismos establece el artículo 131 de la L. H. y la facultad de pago que a los mismos incumbe y que según DISTASO es de derecho sustantivo.

(67) Desconocida en absoluto en el momento de realizarse el acto de transmisión. Por esto el comprador de finca hipotecada tiene en cuenta que la pres-

dor es satisfecho, el derecho que ha pasado al adquirente en virtud del negocio jurídico resulta un derecho normal (68). Si el acreedor no es satisfecho y ejecuta, se produce la pérdida del derecho para los adquirentes posteriores y su conversión en una cantidad de dinero, si es que después de pagado al acreedor existe sobrante (69).

No es, pues, exagerado afirmar que el total desarrollo del derecho de hipoteca implica una causa de pérdida del derecho del titular del dominio y de los titulares de derechos limitados posteriores a la hipoteca, pérdida que tiene su fundamento no en el negocio jurídico de transferencia entre propietario hipotecante y sucesivos adquirentes, sino en el derecho del transmitente—no en cuanto a la esencia del derecho en sí considerado—, sino en la relación de pertenencia del derecho a su titular que viene sometida al poder del titular de la hipoteca, el cual no puede ser desconocido ni eliminado en los actos de disposición o enajenación y que se impone al derecho de los adquirentes posteriores (70).

IV. LOS CAMBIOS DE TITULARIDAD Y LAS LEYES DE ARRENDAMIENTOS

Hay que aclarar previamente que empleamos la expresión cambio de titularidad para referirnos a todo cambio subjetivo en aquellas facultades de goce que constituyen el substrato esencial para servir de base al contrato de arrendamiento, ya estén integradas estas facultades en un derecho de amplio contenido, como es el dominio, ya estén integradas en un derecho de contenido restringido, como un derecho real limitado, y en otro aspecto ya formen parte de un derecho de dominio perfecto y normal, ya formen parte de un derecho derivado.

1. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza del derecho del arrendatario, tanto en el orden constituyente como en el positivo y también en la regulación que resulta de las leyes especiales de arrendamientos. No creemos necesario fijar nuestra atención en este punto, porque, como dice VALLET (71), el arrendamiento debe ceder ante la resolución del derecho constituyente—o frente a su reivindicación por otra persona—, como sucede normalmente a

tación del vendedor hipotecado no es la misma que la prestación del mismo vendedor si no estuviese hipotecado y de aquí que no pague el mismo precio, ya sea bajo la forma de descuento, de asunción, etc.

(68) Sin perjuicio de otras posibles causas de ineficacia que sean independientes, en absoluto, de la hipoteca.

(69) Siempre que el tercer poseedor y los titulares de derechos reales posteriores no hagan uso de la facultad que se les concede de pagar al acreedor hipotecario, de conformidad con la regla 5.ª del art. 131 L. H.

(70) No tiene este trabajo la finalidad de hacer un examen del derecho de hipoteca y de sus efectos. Por esto nos limitamos a señalar los que tienen trascendencia para nuestros fines.

(71) *Hipoteca del Derecho arrendaticio*, pág. 47, Madrid, 1951.

cualquier derecho, considérese éste de naturaleza real o personal (72).

Y es que la subsistencia del arrendamiento, a pesar de los cambios de titularidad de la finca arrendada, en el estado actual de nuestro ordenamiento positivo depende, no de la naturaleza del derecho en sí misma, sino de la protección que las leyes especiales conceden al arrendatario.

2. La protección del arrendatario se desarrolla en las leyes especiales a través de una serie de normas. De todas ellas nos interesa especialmente la subsistencia del contrato de arrendamiento en caso de transmisión de la finca arrendada, que hay que distinguir y separar netamente de la prórroga forzosa del contrato, cosa que, como luego se verá, no sucede siempre.

Tampoco constituye el mismo concepto el de cambio de titularidad y el de transmisión. El primero es más amplio que el segundo, y comprende éste y otros supuestos. Pueden considerarse casos de transmisión aquellos en que hay sucesión derivativa o constitutiva entre los sucesivos titulares (73), pero no hay transmisión en los casos de extinción del derecho derivado del constituyente y subsiguiente recuperación por el último de la integridad de facultades dominicales o de aquella parte de estas facultades que constituyen el substrato necesario para el arrendamiento, ya que, como antes se ha intentado demostrar, esta recuperación de facultades se produce por necesidad jurídica.

Para el examen de la protección que las leyes especiales de arrendamiento conceden es necesario distinguir dos supuestos diferentes: cambios de titularidad en los que se produce el fenómeno jurídico *sucesión*, que será cuando por cualquier título se transmite el íntegro dominio o se constituye o transmite un derecho real limitado que recae sobre las facultades de goce de la finca que posibilitan al arrendamiento y cambios de titularidad que son resultado de «necesidad jurídica», y en los que no hay el fenómeno sucesión, que se dará en los casos de extinción de un derecho derivado.

Como, por otra parte, las normas que constituyen las leyes especiales de arrendamientos rústicos y urbanos integran un sistema propio para cada una de estas categorías, hay que hacer el estudio separado de cada sistema.

3. La legislación especial de arrendamientos rústicos distingue netamente, por un lado, la prórroga forzosa del contrato de la llamada «sucesión o subrogación del adquirente» en la posición del arrendador transmitente y, por otro, el cambio de titularidad debido a transmisión, es decir, cuando entre transmitente y ad-

(72) VALLET, en nota 117 a dicha pág. 47, dice que salvo determinadas excepciones, entre ellas el arrendamiento configurado en la L. A. U., conforme al art. 70; pero este punto será examinado a su debido tiempo.

(73) Empleamos la palabra transmisión en un sentido que comprende tanto la enajenación como la disposición, entendidas éstas del modo que expone FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO en *La facultad de disposición* citada, pág. 1031.

quirente se produce el fenómeno sucesión, del cambio de titularidad debido a necesidad jurídica.

La protección para el arrendatario en la legislación especial de arrendamientos rústicos descansa, en lo que ahora interesa, en los siguientes principios:

a) La fijación de un mínimo de duración obligatoria del contrato, variable según las características de la finca arrendada (74).

b) La concesión al arrendatario del derecho a prorrogar el arrendamiento por unos plazos, variables según los casos, prórroga obligatoria para el arrendador, a no ser que a la finalización del contrato o de alguna de sus prórrogas éste reclame el cultivo de la finca cumpliendo determinados requisitos (75), salvo en las fincas de aprovechamiento ganadero o de arrendamiento de rasca arrendada.

c) Mediante la llamada subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del contrato en caso de transmisión de la finrojeras o análogos, en los que no hay prórroga.

Esta última se halla establecida en el artículo 9.º de la Ley de 23 de julio de 1942, cuyo párrafo primero, relativo a arrendamientos protegidos, establece que en caso de *transmisión* de la finca arrendada el adquirente «*quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones dimanantes del arrendamiento y no podrá rescindir el contrato que esté vigente al tiempo de la transmisión...*» pudiendo recabar el cultivo de la finca al extinguirse el plazo contractual o de prórroga, si cumple con los requisitos que la Ley establece. El párrafo segundo de dicho artículo contiene una reglamentación análoga para los arrendamientos no protegidos (76).

La regulación relativa a los cambios de titularidad que no impliquen «sucesión» está contenida en los artículos 3.º, 9.º, 24 y 25 de la ley de 15 de marzo de 1935, de los cuales los artículos 3.º y 24 pueden considerarse como básicos, siendo los otros aplicaciones concretas o desarrollos del principio general.

El artículo 3.º, en su párrafo penúltimo, dispone: «En todo caso, el arrendador deberá hallarse en la posesión jurídica de la finca a título de propietario, usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutar con capacidad, para realizar actos de enajenación y sin que los actos que realice puedan tener más trascendencia que los de su propio derecho» (77) y el artículo 24 dispone: «El arren-

(74) Art. 2.º de la Ley de 28 de junio de 1940.

(75) Art. 2.º de la Ley de 28 de junio de 1940.

(76) El párrafo segundo dice así: «En los demás arrendamientos el tercero adquirente de la finca quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones y no podrá rescindir el contrato que esté vigente al tiempo de la transmisión.»

(77) El art. 9.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 es una aplicación concreta al usufructo del principio general contenido en el art. 3.º El citado artículo 9.º dispone: «Los contratos de arrendamiento que otorgue quien tan sólo tenga el derecho de usufructo de la finca arrendada, sea cual fuere el plazo por el que hubieren sido concertados, quedarán resueltos al terminar el usufructo, subsistiendo el arrendamiento únicamente durante el año agrícola.»

damiento se extingue: ... Tercero. Por la resolución del derecho del arrendador» (78).

De estas normas resulta: a) Que cuando se trata de *transmisión*, es decir, de cambio de titularidad de la finca arrendada en la que se produce el fenómeno «sucesión», subsiste el contrato de arrendamiento, o sea, según expresión legal, el adquirente queda subrogado en todos los derechos y obligaciones dimanantes del arrendamiento. Aunque la doctrina jurídica española no ha intentado precisar doctrinalmente este fenómeno jurídico (79), el precepto es claro y no hay lugar a dudas. b) Cuando el cambio de titularidad se produce por necesidad jurídica, es decir, cuando entre los dos titulares inmediatos no se produce el fenómeno sucesión jurídica, por extinguirse el derecho derivado del arrendamiento y se consolida en el constituyente, se extingue el arrendamiento, aunque esta conclusión, formulada en estos términos absolutos ha sido, como se verá, discutida.

El artículo 3.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 sienta el principio de quien otorgue un arrendamiento, en concepto de arrendador, ha de tener la cosa arrendada dentro del ámbito de su esfera jurídica, aunque hay que reconocer que la expresión legal no es muy afortunada. El referido artículo ordena que para otorgar el contrato de arrendamiento es preciso que «el arrendador se halle en la posesión jurídica de la finca a título de propietario, de usufructuario o cualquier otro que *le dé derecho a disfrutar con capacidad para realizar actos de enajenación...*». El empleo de la palabra «capacidad» no es correcto, pues el artículo se refiere, en sus párrafos anteriores al transcrito, a la *capacidad como cualidad subjetiva del arrendador* y la capacidad a que se refiere el párrafo transcrito no es la subjetiva, la capacidad de obrar, sino a que el titular que arrienda ha de tener facultad para transmitir la posesión base del arrendamiento por formar parte del contenido de su derecho sobre la finca. Si la norma contenida en el párrafo transcrito no se entendiera de esta manera existiría una contradicción insoslayable entre las normas de capacidad para arrendar de los cinco primeros párrafos del artículo 3.º y la norma que comenta-

(78) El art. 25 de la Ley de 15 de marzo de 1935, en su párrafo 2.º dispone: «Cuando se resuelva el derecho del arrendador en virtud de sentencia firme, o por causas que no consten en el contrato, se resolverá el arrendamiento; pudiendo éste continuar, subrogándose el nuevo dueño en el lugar del anterior si así lo prefiriese; pero el arrendatario de buena fe, además de los derechos establecidos en el párrafo anterior, que le serán abonados por el adquirente que le venga en la posesión, tendrá el de exigir al arrendador que hubiere contratado de mala fe el pago de los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado.»

(79) FEDERICO DE CASTRO, en un artículo publicado en 1930 (*Cesión de arrendamiento y subarrendamiento*, RGLJ., I, págs. 130 y ss.) trató de la cesión del arrendamiento, pero encontró una dificultad insoslayable en la intransmisibilidad de las obligaciones (pág. 143). Como esta dificultad ha sido superada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, creemos que no hay inconveniente en calificarlo de cesión legal de contrato.

mos, desde el momento en que ésta no es la establecida en aquellos cinco primeros párrafos (80).

O sea, que la legislación especial de arrendamientos rústicos exige, para reconocer eficacia a los contratos por ella regulados, que sean otorgados por quien tenga poder de disposición de la finca bastante para conceder la posesión, de manera que los contratos de arrendamiento otorgados por quien carece de dicho poder de disposición son en absoluto ineficaces y los otorgados por quienes sólo tienen un derecho de duración limitada o cuyo derecho esté afectado por cualquier germen de ineficacia, no pueden tener más trascendencia que la que tenga el derecho del arrendador. El Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de noviembre de 1949, aplicando el párrafo penúltimo del artículo 3.º de la Ley de 1935, declara: «Nadie puede disponer de derechos que no le pertenecen, ni adquirirlos de quien no está facultado para transferirlos.» Es el reflejo de toda la doctrina expuesta al hacer las consideraciones generales básicas para este trabajo.

La doctrina jurídica española se muestra, en general, conforme con la interpretación formulada (81), con una sola excepción que nosotros sepamos.

4. Don NICOLÁS PÉREZ SERRANO con relación al arrendamiento de finca rústica otorgado por el usufructuario ha discrepado de la opinión expuesta. Hay que tener en cuenta que aunque se mueve en el limitado ámbito del contrato otorgado por el usufructuario, las conclusiones a que llega serían, de ser exactas, aplicables, en el ámbito del arrendamiento incluido en la L. A. R., a todo caso de extinción de un derecho derivado.

PÉREZ SERRANO (82), aparte de un argumento de derecho comparado, se funda en que, en materia de extinción de arrendamiento rústico otorgado por el usufructuario se viene modelando de una manera un tanto discutible la figura jurídica de la resolución, que no tiene los caracteres que suelen atribuírsele. Causa una cierta sorpresa observar que aquí se traiga a colación el instituto de la

(80) En el primer párrafo del art. 3.º se establece—como regla general—que la capacidad, en general, para otorgar, en concepto de arrendador, un contrato de arrendamiento sometido a la L. A. R., es la misma que para arrendar establece el C. c. y las legislaciones forales. Según el artículo 1.548 del C. c. esta capacidad es la propia para obligarse, excepto para otorgar arrendamientos por un plazo que exceda de seis años. Las reglas especiales de capacidad del art. 3.º se apartan, en los casos de las letras a), b) y d) de dicho artículo, de la capacidad para contratar en los supuestos especiales que contemplan, que, por otra parte, no son paralelos a los casos en que el C. exige una capacidad específica.

(81) Entre otros, puede consultarse: RODRÍGUEZ JURADO: *Comentarios a la legislación de arrendamientos de fincas rústicas*, págs. 357 y 436, Reus, Madrid, 1942; PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO: *Arrendamientos rústicos*, páginas 176 y 512, Gerona, 1951; NART: *Ex-arrendamientos*, ADC., IV-3, página 935.

(82) *La fijación de la renta en dinero y la nulidad de los arrendamientos rústicos*, ADC., I-3, pág. 868.

resolución, sorpresa que se desvanece un tanto cuando el artículo 9.º de la Ley de 1935, que se refiere a los efectos que la extinción del usufructo concedente del arrendamiento provoca en éste, dice: «...quedarán resueltos al terminar el usufructo...», terminología que se confirma en el artículo 25.

No es que PÉREZ SERRANO funde su opinión en la terminología legal, sino que dotado del propósito de establecer una solución proteccionista para el arrendamiento rústico en caso de extinción del usufructo, procura buscar una solución paralela a la establecida en el B. G. B. (83), a cuyo efecto se vale del instrumento de la resolución al que, por lo menos, la terminología legal parece prestar cierto apoyo. PÉREZ SERRANO argumenta de la siguiente forma: «La resolución —dice— no es ni inexistencia, ni nulidad, ni anulabilidad, ni rescisión y presupone un contrato que tiene todos sus requisitos esenciales, que no pugna con texto legal obstativo, sin vicio alguno y sin que concurra lesión de parte o de tercero que induzca a la ineficacia. Fundándose en los dos supuestos en que el Código civil habla de resolución contenidos en los artículos 1.124 y 1.506, PÉREZ SERRANO afirma que la resolución no actúa *ope legis*, sino que sólo constituye un derecho potestativo de su respectivo titular. Corolarios de este concepto son: a) La resolución no puede presumirse, pues sólo la manifestación deliberada de accionarla sirve para darle realidad. b) Que el no ejercicio mantiene viva la relación jurídica existente, en cuyo seno nada hay que la invalide. La consecuencia es que el nudo propietario al extinguirse el usufructo tiene el derecho potestativo de resolver el arriendo, pero ni está obligado a hacerlo, ni el contrato se extingue mientras la resolución no se haya decretado (84).

A nuestro modesto entender, ni la extinción del arrendamiento otorgado por el usufructuario por extinción del usufructo concedente es un supuesto de resolución, ni menos un derecho potestativo del titular del derecho constituyente que consolida, sino que,

(83) La extinción del arrendamiento otorgado por el usufructuario a la extinción de éste está supeditada, en el BGB., a una previa denuncia por el nudo propietario.

(84) PÉREZ SERRANO (loc. cit., pág. 873) aún añade dos argumentos complementarios por reducción al absurdo y que pueden resumirse así: a) Según el art. 1.571 del C. c., el comprador tiene derecho a que termine el arriendo. Si en la concepción individualista del C. el arriendo no se extingue de pleno derecho, ¿cómo pensar que el nudo propietario al convertirse en pleno dueño ostentará otra condición jurídica? Lo lógico sería que en uno y otro caso se respetase el derecho potestativo del nuevo adquirente. b) El art. 1.571 ha quedado derogado por la legislación de arrendamientos, y según el art. 9.º de la Ley de 1942 el comprador ha de respetar el arriendo. ¿No resultará excesivo que el nudo propietario pueda hacer lo que al pleno dueño le está vedado? Aunque no escapa a la fina percepción de PÉREZ SERRANO que los casos del comprador y del nudo propietario no son iguales, en último término—dice—lo que se adquiere es un derecho de dominio y éste no es diferente en un caso y en otro. La entraña jurídica de ambas instituciones—dominio y arriendo—perdura la misma, sea cual fuere el título a través del cual ostente su titularidad el propietario.

incluso, en materia de arrendamientos rústicos es un supuesto de consolidación con todas las consecuencias de ésta.

Ciertamente que la resolución y la consolidación, como causas de extinción de una situación o relación jurídica tienen un común denominador: la de que la causa de extinción se encuentra fuera del negocio jurídico creador de la situación o relación (85). En la resolución del artículo 1.124, en la necesidad de que los contratantes consigan la equivalencia de las prestaciones, cuya equivalencia se frustra por el incumplimiento de una de las partes; en la del artículo 1.506, que en realidad es completamente diferente de la del artículo 1.124, o bien la resolución no afecta a la relación jurídica en sí, sino tan sólo en cuanto a uno de los elementos personales que viene sustituido por otro, por lo menos en cuanto al retraccio legal o bien por haberse reservado el derecho a retraer en el convencional. En la consolidación, la causa de ineficacia reside, y repetimos lo antes expuesto, en la impotencia del derecho del transmitente para subsistir más allá de determinado hecho o de determinado plazo.

Pero, fuera de este común denominador, todo lo demás son diferencias, empezando por el hecho de que producida una causa de resolución, ésta sólo se opera en virtud de la voluntad de la persona que está investida de la facultad de hacerla valer (86), mientras que en la consolidación los efectos se producen *ipso jure* al acaecer el hecho que la determina.

Y el artículo 25 de la Ley de 15 de marzo de 1935, que es el precepto destinado a consagrar los efectos de la consolidación «o resolución del derecho del arrendador», no permite afirmar que nos encontremos ante un supuesto de resolución, sino que, por el contrario, esta regulación se amolda a los cánones de la consolidación. El párrafo segundo de dicho artículo 25, que emplea indebidamente el término resolución, dice: «Cuando se resuelva el derecho del arrendador... se resolverá el arrendamiento; *pudiendo éste continuar, subrogándose el nuevo dueño en el lugar del arrendador anterior, si así lo prefiere.*»

Queda perfectamente claro que el efecto inmediato de la extinción del derecho del arrendador es la extinción del arrendamiento y sólo en el caso de que exista una manifestación de voluntad, expresa o tácita, del nuevo dueño, continuará el arrendamiento. Precisamente lo contrario de lo que pretende PÉREZ SERRANO. Para enervar el efecto establecido por la Ley y, por tanto, la extinción del arrendamiento, se requiere una especial voluntad del dueño.

(85) BETTI (ob. cit., pág. 374) lo confirma cuando dice: «Resolución y desistimiento unilateral están, por tanto, en rigor, fuera del campo verdadero y propio de la ineficacia del negocio, en cuanto se dirigen contra la relación creada por él...»

(86) ENNECERUS, KIPP y WOLFF (ob. cit., II-1, pág. 192) definen la resolución como *declaración* dirigida a la otra parte de que el contrato concluido con eficacia plena debe ser considerado como no concluido.

De no producirse ésta se extingue el arrendamiento por necesidad jurídica, efecto ineludible, no voluntario, sin perjuicio de la limitada protección temporal que el artículo 25 de la Ley citada, confiere al arrendatario. Luego, no es ni derecho potestativo, ni resolución (87).

5. La falta de todo tecnicismo en la LAU, hace que las dificultades se multipliquen en materia de arrendamientos urbanos.

a) Como ya se ha indicado, la permanencia del arrendatario se desarrolla a través de dos grupos de normas diferentes: uno, el que tiene por objeto protegerle contra los efectos de la extinción del contrato por razón del transcurso de la duración pactada, que constituye la llamada prórroga forzosa y otro que tiene por objeto la protección por razón de los cambios de titularidad, ya que como es sabido, por el principio de la Ley Emptorem, consagrado en el artículo 1.571 del C. c., el adquirente puede dejar sin efecto el arrendamiento otorgado por el vendedor (88).

A pesar del carácter fundamental de la distinción, la LAU sólo se refiere, de una manera expresa, a la prórroga forzosa. El artículo 70 dispone: «Sea cual fuere la fecha de su edificación u ocupación, y tanto en las viviendas como en los locales de negocio, *aunque cambie el dueño o titular arrendador*, llegado el día del vencimiento pactado en el contrato de arrendamiento, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes».

COSSIO y RUBIO (89) dicen a este respecto: 1.º Que falta en la LAU un precepto en el que se regule la sucesión en el arrendamiento desde el punto de vista de la persona del arrendador. 2.º Que ello plantea la cuestión, en la exégesis del artículo 70, de determinar si el alcance del mismo es establecer de un modo indirecto tal sucesión o si, por el contrario, dejando en plena vigencia el ar-

(87) Creemos que la voluntad del nuevo dueño de subrogarse en el lugar del anterior a que se refiere el art. 25 de la Ley de 1935 es una regulación típica de la ley especial. En el ámbito del derecho normal se produciría la extinción por consolidación y la voluntad del dueño habría de interpretarse como voluntad dirigida a celebrar un nuevo contrato, mientras que en la L. A. R. sigue el mismo, con todas sus consecuencias, con respecto al plazo y a sus prórrogas. Claro que cabe celebrar un nuevo contrato, pero en vista de lo preceptuado en dicho artículo—que implica la existencia de un contrato que se continúa a pesar de la consolidación—deberá resultar claramente que la voluntad está dirigida a la celebración de un nuevo contrato.

(88) Naturalmente, a falta de inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad.

(89) *Tratado de arrendamientos urbanos*, pág. 397, Madrid, 1949. La doctrina, en general, no se ocupa de hacer un examen crítico del art. 70 de la L. A. U. y da por sentado que, por lo menos, en los casos de transmisión del dominio (GARCÍA ROYO), o bien, en términos generales, es decir, en todo cambio de titularidad del derecho base del arrendamiento, se produce la permanencia del arrendatario (CONDEMINES: *Arrendamiento de inmuebles urbanos*, pág. 113, RDP., Madrid, s. f.; ARCHANCO: *Comentario a la nueva Ley de Arrendamientos urbanos*, etc.).

título 1.571 del C. c., se limita a establecer una prórroga legal a favor del arrendatario, a partir de tal momento, o lo que es lo mismo, si se presupone que, no obstante la transmisión, el arrendamiento persiste, o si debe entenderse, por el contrario, que el mismo queda extinguido en aquel momento, produciéndose, sin embargo, a partir de entonces, la prórroga legal.

COSSÍO y RUBIO (90), fundándose en argumentos de tipo histórico, de analogía con la LAU y en la propia LAU, estiman que se produce una verdadera sucesión. Aquí sólo nos vamos a ocupar de los argumentos basados en la ley, que son dos: 1.º La naturaleza de la prórroga legal que, a diferencia de la tácita reconducción, no presupone nuevo contrato, sino la persistencia del originario, ya que no es posible una solución de continuidad. Si la transmisión originase, no una sucesión, sino una resolución del contrato, ¿cómo sería posible, sin contradicción, hablar de prórroga del mismo? Equivaldría a que la ley diera nacimiento, por sí sola, a un nuevo contrato, en absoluto distinto del anterior, cosa que se halla en oposición con los términos de la Ley. 2.º la redacción del artículo 70 indica claramente que en los casos de cambio de dueño o titular arrendador se producirá la prórroga «llegado el día del vencimiento pactado en el contrato». Y, por otra parte, al no distinguirse el título por el cual el cambio se produzca, nada autoriza a dar una solución distinta al caso de sucesión «mortis-causa», por ejemplo, y al de compraventa (91).

Evidentemente, si el artículo 70 de la LAU impone la prórroga forzosa, aunque cambie el dueño o titular arrendador, hay que pensar que, de una manera necesaria, impone la subsistencia del contrato al nuevo titular. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, prórroga viene de prorrogar y es igual a prorrogación que significa «*continuación de una cosa por tiempo determinado*», en este caso, el contrato de arrendamiento. Si el nuevo titular está obligado por la prórroga forzosa es requisito esencial que se le imponga la persistencia del contrato al tiempo de la transmisión, único medio de que la prórroga sea viable (92).

b) Otro de los problemas que plantea el artículo 70 de la LAU es el de determinar si la subsistencia del contrato se produce en todo cambio de titularidad de la finca, incluso la provocada por necesidad jurídica, o bien tan sólo en los casos en que haya trans-

(90) Ob. cit., pág. 399.

(91) Esta afirmación de COSSÍO y RUBIO es lógica si se tiene en cuenta que el art. 1.257 del C. c. establece que los contratos sólo producen efecto entre las partes y sus herederos. En la L. A. U., contrariamente al C. c., hay paridad de efectos.

(92) El Proyecto de Ley de reforma de la L. A. U. presentado a las Cortes, en punto a distinguir netamente entre prórroga forzosa y subrogación del adquirente en el contrato de arrendamiento, sigue la pauta del texto que pretende modificar y, por tanto, con el mismo defecto de técnica legislativa. Ver Base VII. Es cierto que ha habido un retoque de redacción, pero no afecta en lo más mínimo al problema ahora estudiado.

misión, es decir, sucesión entre transmitente y adquirente. En este último supuesto sólo habría derogación del principio de la Ley Emptorem. En el otro, el alcance de la protección al arrendatario sería mucho más amplio.

La doctrina jurídica se ha ocupado de este problema, principalmente al extinguirse el usufructo cuyo titular ha otorgado un contrato de arrendamiento.

La opinión predominante es la de considerar que la subsistencia del contrato se produce no sólo en el supuesto de transmisión, sino también en la extinción del usufructo, único caso que, generalmente (93), se contempla de extinción de derecho derivado. En este grupo se encuentran, entre otros, CONDEMINES (94), FERREIRO (95), GARCÍA ROYO (96) y NART (97).

Los argumentos básicos aducidos pueden reducirse a dos: uno, es el de que, según el artículo 70 de la LAU, la prórroga procede en el caso de que *cambie el dueño o titular arrendador*, con lo que quiere significarse que la prórroga se da no sólo en el caso de transmisión del dominio de la finca arrendada —aunque cambie de dueño—, sino también en el caso de *cambio de titular arrendador*

(93) Con la excepción de GARCÍA ROYO: *Arrendamientos urbanos*, II, página 15, Madrid, 1948, en donde trata de la venta con pacto de retro y de otros casos, usando las razones expuestas para el usufructo.

(94) Ob. cit., pág. 113, en donde dice que contra la afirmación de que la extinción del usufructo significa relajación del vínculo contractual se levanta una objeción que le parece de extraordinaria fuerza: si el extraño que adquiere en virtud de transmisión válida y eficaz, pero voluntaria, del dueño del inmueble, viene obligado a respetar los arrendamientos vigentes, ¿por qué ha de disfrutar de un especial privilegio el nudo propietario que consolida el pleno dominio al tiempo de extinguirse el usufructo? Entendemos y pretendemos demostrar que entre un caso y otro no existe, desde el punto de vista jurídico, equiparación posible.

(95) *El arrendamiento de la Propiedad Urbana*, pág. 142, 2.ª edición. Ediciones Libertad. Valladolid. Su argumentación es, en términos generales, la expuesta en el texto.

(96) Ob. cit., II, pág. 12. Parte de una afirmación muy correcta, que los autores hasta ahora examinados no han tenido en cuenta, y es la de que la alusión diferenciadora a la variación de dueño o titular arrendador es motivada por el hecho de que no sólo el propietario del edificio puede pactar su cesión arrendaticia, sino que lo puede hacer un usufructuario, por ejemplo, y tiene la virtud, además, de entrar a fondo en el estudio del problema, reconociendo que hay argumentos contrarios a la subsistencia del arrendamiento en caso de extinción del usufructo; pero considera de mayor importancia los favorables, que en definitiva pueden reducirse también a los expuestos en el texto.

(97) *Ex-arrendamientos* citado, pág. 935. Afirma que en la L. A. U. la permanencia del arrendatario viene impuesta de un modo absoluto e indefinido por el art. 70 al decir «aunque cambie el dueño o titular arrendador». Esta frase marca una fuerte diferencia con el régimen del colonato, y a pesar de que NART advierte la justicia y la lógica del sistema establecido para el colonato, añade: «Pues bien, en el régimen de la L. A. U. el usufructuario puede dar enquilinato o locación las viviendas y los locales de negocio, gravándolos con un derecho real «in faciendo» que no se extingue con el derecho y vida del concedente, sino que permanece indefinidamente, afectando plenamente al nudo-propietario que consolida «nominalmente», pues tiene que pechar con la situación creada y conformarse con ganar la percepción de las rentas... que pudieron haber sido ridículamente fijadas por el usufructuario.»

por lo que comprende, además del propietario, al que por cualquier otro título ceda en arrendamiento, en cuyo supuesto se encuentra el usufructuario arrendador que fallece, que es un mero titular de un derecho en cosa ajena, al que se le reconoció la facultad de disposición, con limitación de tiempo, del ejercicio de su derecho de uso y disfrute (98). Lo mismo cabe decir respecto de los demás casos de extinción de otro derecho derivado. El otro argumento, es el de considerar la referida redacción del artículo 70, o mejor dicho, el empleo por el mismo de la frase «cambio de dueño o titular arrendador», como una reacción legal contra la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1941. Esta sentencia, dictada con referencia al Decreto de 29 de diciembre de 1931, había empleado, como uno de los argumentos del fallo que dió lugar a la declaración de extinción del arrendamiento otorgado por el usufructuario, que el artículo 12 de dicho Decreto aludía literalmente al supuesto de cambio de dueño para declarar la subsistencia del arrendamiento y que en la extinción del usufructo no hay cambio de dueño; que el artículo 19 de dicho Decreto daba la significación jurídica de la palabra propietario, usada en distintos pasajes, no como sinónima de dueño, sino como significación genérica y más amplia que ésta, una de sus especies, que es a la que se refería el artículo 12 y no se definía en el 19. La conclusión que sacan los referidos autores es la siguiente: «Luego, si en el sistema del Decreto de 1931 no se producía la subsistencia del arrendamiento en caso de extinción del usufructo porque tal Decreto sólo se refería al cambio de dueño, ahora esta interpretación no es posible porque la Ley habla no sólo de cambio de dueño, sino también de cambio de titular arrendador.»

En sentido contrario al hasta ahora expuesto se encuentran COSSIO y RUBIO (99), los cuales se pronuncian por la no subsistencia del arrendamiento a la extinción del usufructo, fundándose en que la frase del artículo 70 «cambio de titular arrendador» no puede referirse a este supuesto por la sencilla razón de que no es posible la prórroga de un contrato que ha quedado extinguido (100).

c) Una cosa nos parece evidente: que la frase «cambio de titular arrendador» del artículo 70 no es ningún modelo de técnica legislativa (101) y que, por lo menos, cabe plantearse la duda de

(98) FARREIRO: loc. cit., pág. 143.

(99) Ob. cit., pág. 399.

(100) COSSIO y RUBIO dicen que aunque es posible, no es fácil indicar casos en que se produzca un cambio de arrendador sin que se produzca transmisión del dominio de la finca, y en este sentido señalan el caso de arrendamiento otorgado por el usufructuario que después cede su derecho. No nos parece tan difícil este señalamiento; basta considerar los supuestos de constitución de un derecho limitado de goce (usufructo, enfiteusis, etc.), los fideicomisos condicionales, etc.

(101) En el Proyecto de Ley de reforma de la L. A. U. se ha suprimido la frase «cambio de dueño o el titular arrendador» por otra que dice «un cuando un tercero suceda al titular arrendador en sus derechos y obligaciones», que, como veremos, tampoco aclara fundamentalmente la cuestión.

si esta frase ha de venir referida a aquellos supuestos de cambio de titular que no lo sea de dominio, pero en el que exista sucesión (102) o ha de venir referida a todo cambio de titular, exista o no sucesión.

Constituye, pues, un problema interpretativo, para lo cual la LAU tiene sus normas específicas, pero antes queremos transcribir unas ideas de carácter general expuestas por CARNELUTTI.

El derecho—ha dicho CARNELUTTI (103)—está integrado por conceptos, los cuales atesoran, a su vez, ideas, y, si bien unas y otras se expresan en palabras, esto no supone algo irreal que existe sólo en el mundo del espíritu, sino que entrañan una realidad indeclinable; para llegar al conocimiento de esta realidad no basta acudir a la exégesis de la Ley, sino que es preciso penetrar en los conceptos que la integran y elevarse al plano superior de la dogmática jurídica, pero ésta aunque es necesaria, es en sí insuficiente, y hay que tener en cuenta el fin humano del derecho.

El ordenamiento jurídico no puede ser una monumental obra estática, con la simple pretensión de mantener la armonía actual con interdependencia de los individuos de la sociedad; su fin es dinámico y su proyección al futuro, es elemento esencial, si se pretende evitar un estancamiento en orden al progreso de la sociedad misma; *situación que inexorablemente daría lugar al nacimiento de lo antijurídico, o con más exactitud antinormativo, que oponiéndose a todo ordenamiento salvaría el obstáculo siguiendo la trayectoria de orden natural en orden a la civilización y al progreso.* Por esto, al interpretar la norma de derecho no podemos olvidar los altos objetivos que se propone alcanzar, debiendo posponer todo elemento contradictorio que signifique un obstáculo para el logro de aquellos, ya que, en definitiva, la última y suprema finalidad de la Ley a ellos va dirigida.

Y abordando el problema, desde un punto de vista estrictamente jurídico, vamos a empezar por el estudio de las normas de interpretación de la LAU.

El artículo 13 de la LAU establece que «en aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias que esta Ley regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los Tribunales aplicarán sus reglas por analogía» (104), lo cual viene a establecer una norma supletoria, preferente a las demás, para los arrendamientos urbanos. Hay que tener en cuenta, además, el artículo 16 del C. c. el cual ordena que «en las materias que se rijan por leyes especiales, las deficiencias de éstas se suplirán por las disposiciones del C. c.».

(102) Casos señalados en nota 100 de constitución de usufructo u otro derecho limitado de goce, transmisión de su derecho por parte del heredero fiduciario, etc.

(103) Conferencia pronunciada en la Universidad de Barcelona en el año 1950, citada por PÉREZ TEJEDOR y SERRANO, ob. cit., pág. 74.

(104) Sobre el concepto de analogía con relación concreta a la I. A. U., Cossío y Rubio, ob. cit., págs. 132 y ss., y GARCÍA ROYO, ob. cit., I, pág. 332.

Luego, la jerarquía de fuentes para solucionar un problema de arrendamientos urbanos es la siguiente: 1.º La LAU. 2.º La analogía basada en las normas de la propia LAU en cuanto a las materias reguladas y no expresamente prescritas en la propia Ley. 3.º El derecho común.

Como dicen COSSIO y RUBIO (105) no hay duda que las «sedes materiae» del arrendamiento urbano no lo es ya el C. c., sino la propia LAU; pero esto nada significaría por sí solo si no se diese la circunstancia de que tal disposición se halla informada por una serie de principios perfectamente diferenciados de los orientadores del Derecho común y dotados de fuerza expansiva suficiente para orientar la aplicación de las normas comunes en un sentido lejano de la concepción individualista que las motivara.

Para que entre en juego la analogía se requiere: 1.º Que se trate de materia regulada en la Ley. 2.º Que no esté expresamente prescrita. Y existen una serie de cuestiones relativas a arrendamientos que constituyen materia no regulada en la LAU. Entre tales pueden incluirse las relativas al concepto y requisitos del arrendamiento, forma de pago de la renta, inscripción en el Registro de la Propiedad (106), a la nulidad y anulabilidad de los contratos (107), etcétera.

A nuestro entender, los autores que defienden la tesis de que subsiste el arrendamiento a pesar de la extinción del derecho derivado concedente, resuelven la cuestión sobre la base de dar un valor excesivamente absoluto a una frase, la de «cambio de titular arrendador», que, como se ha señalado, puede admitir dos acepciones, una amplia y otra más restringida (108) y lo procedente es profundizar el estudio del problema siguiendo los medios que la propia Ley señala, o sea: a) Examinar la interpretación global del artículo 70 sin dar por sentada la significación de una frase del mismo con independencia del sentido del conjunto. b) Si no se despeja la duda buscar la solución a través de la analogía. c) Y si tampoco se encuentra la solución aplicar las normas del Derecho común (109).

(105) Ob. cit., pág. 137.

(106) Las señalan COSSIO y RUBIO, ob. cit., pág. 139.

(107) La señala CONDEMINES, ob. cit., pág. 135.

(108) O sea, la amplia, cuando, por cualquier causa, incluso por necesidad jurídica, se produce un cambio de titularidad que no sea de dominio en las facultades de goce que constituyen la base del arrendamiento, cambio producido mediante sucesión. Esta es la que recoge la S. de 23 de noviembre de 1954, la cual, refiriéndose a la total frase «cambio de dueño o de titular arrendadora», distingue cuatro supuestos posibles: cambio de titular del dominio a otro titular de dominio; cambio de dueño a un titular de derecho real de disfrute que faculte para arrendarla; cambio de titular de derecho real de disfrute con facultad de arrendarla a otro con igual contenido, supuesto del usufructo transmisible, y de un titular no dueño con derecho a arrendar a uno que advenga dueño, como acontece en la consolidación del usufructo. Este caso no se comprende, según el T. S., en la frase del art. 70.

(109) Por esto no nos parece correcto el siguiente argumento empleado por GARCÍA ROYO (ob. cit., II, pág. 13) a favor de que la frase cambio de ti-

Sería perfectamente explicable que la frase cambio de titular arrendador comprendiera la subsistencia del arrendamiento, tanto en el caso de que el cambio de titularidad implique sucesión, como en el de que no la implique, si ambos supuestos descansaran sobre unos mismos o análogos principios. Pero, entre el titular de la finca que ha adquirido por negocio jurídico y el titular que recupera las facultades normales de su derecho por extinción de una limitación que constituía un gravamen, existe una enorme diferencia (109 bis).

Cuando hay transmisión, es decir, transferencia de un derecho por una persona para que el mismo derecho pase a ser de otra, o sea, cuando existe sucesión entre transferente y adquirente, las partes regulan voluntariamente el alcance de las prestaciones de cada una y, en general, del negocio jurídico y es lógico que el adquirente tenga en cuenta no sólo los derechos limitados que gravan la finca, sino la utilidad que para él representa la prestación del transferente, es decir, tratándose de una finca arrendada, la renta de la misma, la posibilidad desahuciar al ocupante u otros motivos que le inducen a contratar (110). A estos efectos, la Ley puede añadir con carácter necesario la sucesión o subrogación del adquirente en la posición contractual arrendaticia del transmitente, lo cual, en definitiva, sólo consiste en la derogación del principio de la Ley Emptorem, frecuente en las legislaciones, pero esto no es más que una consecuencia necesaria del negocio de transmisión que, *puede ser libremente otorgado por el adquirente y además es un efecto conocido que puede influir en la naturaleza de la prestación de dicho adquirente, el cual actúa siempre dentro de la competencia de su esfera jurídica, conociendo las consecuencias de su acto en orden a la subsistencia del arrendamiento.*

Cuando el cambio de titularidad se produce como consecuencia de la extinción del derecho derivado concedente del arrendamien-

tular arrendador se refiere a todo cambio de titularidad de la finca arrendada: la L. A. U., de haber querido la resolución del arrendamiento en caso de extinción del usufructo concedente de tal arrendamiento, lo hubiese declarado expresamente, teniendo en cuenta que existía un precedente legislativo, cual el art. 9.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 para los arrendamientos rústicos. La solución de los problemas de arrendamientos urbanos hay que buscarlos en esta Ley y no en otra, que no es citada entre los medios de interpretación. Pero, además, hay otras consideraciones: Si la Ley no establece una norma en el sentido indicado, tampoco establece la contraria de una manera expresa (art. 13 de la L. A. U.) y en buena técnica legislativa, tratándose de una ley especial que discrepa bastante de los principios en que descansa la legislación común, lo recomendable es fijar expresamente las desviaciones y mayormente, tratándose de imponer a una persona un contrato otorgado por otro por tiempo indefinido y sin posibilidad de modificación, que es tanto como conceder a una persona un poder de disposición sobre una esfera jurídica ajena, supuestos que sólo son posibles en los casos en que la Ley lo declara de una manera expresa. Y al dejar la Ley sin solucionar de una manera expresa el problema, hay que recurrir a los medios de interpretación que establece.

(109 bis) La diferente situación entre comprador y nudo propietario la ha señalado ya ROCA SASTRE (ob. cit., III, pág. 69, nota 2.ª, 5.ª edición).

to y subsiguiente consolidación del derecho a favor del constituyente, *éste se encuentra con la recuperación de la integridad de su derecho sin acto alguno de su voluntad y la subsistencia del arrendamiento constituye una imposición de un acto jurídico realizado por un tercero que ha dispuesto, sin la intervención del titular del derecho constituyente, de la esfera jurídica de este último.*

La cuestión que se discute en torno a la frase «cambio de titular arrendador», del artículo 70 de la LAU, se plantea en sus verdaderos términos, cuando se formula del siguiente modo: La protección dispensada al arrendatario urbano mediante la llamada sucesión del nuevo titular en la posición arrendaticia del antiguo se refiere a la voluntad de la Ley de evitar las consecuencias que se derivarían de la aplicación del principio de la Ley Emptorem, recogido en el artículo 1.571 del C. c., unido a una prórroga forzosa indefinida del contrato o bien va dirigida más allá de la derogación de este principio y deja sin efecto un principio fundamental del Derecho, cual es el de la ineficacia de los actos realizados por quien ha visto extinguido su derecho, y que concede como consecuencia de ello y de la prórroga forzosa al titular del derecho derivado de un poder de disposición de una esfera jurídica ajena por tiempo indefinido.

No nos complace en absoluto la posición conformista adoptada por NART (111) y creemos que, por lo menos, se debe intentar comprobar si la posición legal es o no realmente la que cada uno afirma.

No creemos que en el artículo 70 de la LAU pueda encontrarse alguna tendencia favorable a considerar que impone la subsistencia del arrendamiento en caso de extinción del derecho derivado concedente. Este artículo, al referirse de una manera directa a la prórroga forzosa y sólo indirectamente a la llamada sucesión del adquirente, descansa en la idea de continuación del contrato de arrendamiento más allá del límite temporal pactado. Como dicen COSIO y RUBIO (112) es indudable que el artículo 70 no puede referirse a tales supuestos (o sea, a la subsistencia del contrato otorgado por el titular del derecho derivado extinguido) por la sencilla

(110) Una de las causas que motivan la falta de inversión de capitales en fincas urbanas, principalmente en las localidades que tienen edificios de vivienda única en gran mayoría, es la falta de rentabilidad de éstas por el bloqueo de alquileres y de coste de las reparaciones. También juega un factor importante, de una manera más acusada en las edificaciones de vivienda o local único, la fuerte presión fiscal, posiblemente más importante en el aspecto municipal que en el estatal, que han de soportar. Un arbitrio de plusvalía, una contribución especial de mejoras, etc., dan al traste con la renta de dos o tres años de la finca, por lo menos. Cuando hay más de una vivienda o local, como los recursos que proporciona la finca son mayores, el problema no adquiere los agudos y devastadores efectos que proporciona en las de vivienda o local único. Los principios en que descansan el arbitrio de plusvalía, contribuciones especiales de mejoras, etc., quedan barridos en la realidad, porque, p. ej.: ¿qué obtiene el propietario con los índices de valoraciones de los Ayuntamientos, si se encuentra con el tope del art. 67 de la L. A. U.?

(111) Las afirmaciones de NART pueden verse en la nota 97.

(112) Ob. cit., pág. 399.

razón de que no es posible la prórroga de un contrato que se ha extinguido (113-114).

Sin embargo, a nuestro entender, la solución hay que buscarla por otros caminos. Según el artículo 13 de la LAU, cuando la cuestión debatida «no obstante referirse a las materias que esta Ley regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma...», se acudiría a la analogía. Y que la cuestión de la subsistencia del arrendamiento en caso de extinción del derecho derivado concedente no aparece *expresamente* prescrita en la Ley es evidente.

Como antes se ha dicho, en el caso de transmisión de finca arrendada se explica la subsistencia del arrendamiento como una ampliación legal del nexo que une a transmitente y adquirente, ampliación que implica una derogación de una norma propia de la regulación de los arrendamientos en el C. c., cual es el principio de la Ley Emptorem consagrado en el artículo 1.571 del C. c., pero cuando se trata de la extinción de un derecho derivado y de la suerte de los actos otorgados por el titular de este derecho en el

(113) La Base VII del Proyecto de reforma de la L. A. U., a pesar del cambio de redacción, no resuelve el problema. Dice así el texto del Proyecto: «Cualquiera que sea la fecha de ocupación de viviendas, con o sin mobiliario, y locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario *aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones*. Al referir el Proyecto la sucesión del adquirente en los derechos y obligaciones del arrendamiento deja la cuestión en el mismo punto en que estaba, ya que se ignoran las causas que dan lugar a la sucesión en el arrendamiento.

Con el empleo del verbo suceder parece que se quiere seguir la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en materia de extinción del arrendamiento otorgado por el usufructuario cuando se extingue el usufructo, de lo que nos ocuparemos a su debido tiempo, cuya doctrina jurisprudencial hace depender la subrogación del nuevo titular de la finca en el contrato de arrendamiento al hecho de que exista sucesión entre antiguo y nuevo titular. Pero hay que tener en cuenta que la sucesión entre ambos tiene lugar en virtud de una relación jurídica entre ellos establecida que versa sobre el dominio o derecho real de disfrute que pueda servir de base al arrendamiento, y entonces y por razón de esta sucesión operada en un derecho en la cosa sobre que recae el arrendamiento, la Ley extiende tal sucesión al contrato de arrendamiento, o mejor dicho, impone una cesión de contrato que no puede eludir el adquirente.

Si lo que se pretende con el Proyecto de reforma de la L. A. U. es esto, podía haberse redactado de una manera más conveniente, porque, en realidad, a base de una interpretación que no fuera finalista, se llegaría al resultado—evidentemente no querido en el Proyecto citado—de que la continuación del arrendamiento por el nuevo titular sólo se produciría en los casos de «sucesión mortis-causa» o de cesión voluntaria del contrato de arrendamiento. Estos dos son los casos en que, sin imposición legal, se produce una sucesión en el arrendamiento. Esta es la razón que hace deseable una mejor redacción.

(114) El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 14 de mayo de 1952 y 23 de noviembre de 1954 se ha ocupado de la frase del art. 70 de la L. A. U., tachándola de vulgar, confusa y deficiente, y en la última de las dos citadas Sentencias declara: «...pero el caso que no puede estimarse comprendido en dicho precepto es el de cambio de titular no dueño, a un titular en pleno dominio, como es el de la consolidación del usufructo con la nuda propiedad, porque para ello sería preciso deducir de una expresión confusa y deficiente... la derogación clara y terminante del art. 480 del C. c.»

momento de la extinción del mismo, nos encontramos ante otra causa de extinción del arrendamiento. Entonces nos encontramos ante una causa de ineficacia derivada del principio *Resoluto jure dantis, resolvitur jus concessum*. Y cabe preguntarse, ¿la LAU regula y modifica las causas de la ineficacia de los contratos, ya sea debida a defecto de los requisitos o de los presupuestos del negocio?

En la LAU existe, por lo menos, una solución de analogía. Es la regulación dictada para el subarriendo en caso de resolución del derecho del arrendatario-subarrendador, contenida en el artículo 152, número 6, que la considera como causa de resolución del subarriendo (115). Y el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de enero de 1952 relativa a un subarriendo que se apoyaba en el arrendamiento concedido a una persona que falleció sin continuadores en el arrendamiento y cuyo subarriendo era de los comprendidos en la disposición transitoria segunda, declaró: «pero esta protección (la dispensada por la citada disposición transitoria) de los subarrendatarios y sus sucesores por una finalidad de orden público y social, *presupone siempre la subsistencia del arrendamiento inicial de que el subarriendo depende, sin que quepa otorgar a éste, sin expresa disposición legal que así lo autorice, mayores derechos de los que corresponden al arrendatario sobre la cosa arrendada* y, por lo tanto, como acontece en el expresado caso, el arrendamiento queda resuelto...».

Cabria pensar que esta solución, que tiene su apoyo en normas de la Ley especial y que descansa en principios de derecho normal, puede ser fruto de la malquerencia con que se admite el subarrendamiento y como es la única que de una manera expresa hemos sabido encontrar en la LAU, vamos a plantear la cuestión desde otro ángulo.

La LAU no impide la aplicación de las normas del Derecho normal cuando la materia no esté expresamente regulada en ella y de la misma manera que CONDEMINES (116) afirma de una manera rotunda que la nulidad del contrato de arrendamiento se regirá por las disposiciones del C. c., cabe plantearse la cuestión de si los efectos de la extinción del derecho derivado concedente vienen o no regulados en la LAU, pues en caso de no venir regulados su normativa será la del Derecho normal.

Dejando aparte la debatida cuestión del alcance de la frase «cambio de dueño o titular arrendador» del artículo 70, que nada aclara (117), el único sitio donde puede encontrarse una regulación en la Ley de la ineficacia del contrato de arrendamiento está

(115) Igual en el Proyecto según la Base XI.

(116) Ob. cit., pág. 135.

(117) Resuelto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 14 de mayo y 19 de mayo de 1952, 8 de junio de 1953, 12 de enero de 1955, entre otras. Esta doctrina jurisprudencial sería suficiente para apoyar una solución, pero creemos conveniente profundizar en el problema para examinar si las bases en que descansa son o no correctas.

en el Capítulo XI y de una manera especial en los artículos 149 y 155 (118).

En todos ellos se emplea abundantemente el término resolución para referirse a la ineficacia del arrendamiento, pero lo que hay que observar es si las causas que la Ley llama de «resolución» se corresponden o no con el concepto técnico de resolución, entendiéndose por tal la facultad concedida a una de las partes de una relación obligatoria recíproca de romper la eficacia vinculante de tal relación por causa de incumplimiento de la otra. Y, desde luego, se puede afirmar que no todas las causas que el artículo 149 recoge son causas de resolución en sentido técnico y que no lo es, en absoluto, la del artículo 155.

Si se observa el artículo 1.568 del C. c. (119) se percibe claramente que este precepto distingue entre la extinción del arrendamiento por pérdida de la cosa arrendada y la posible extinción del arrendamiento por incumplimiento de obligaciones que incumben al arrendatario y que esta posible extinción por incumplimiento es una pura resolución del tipo de la contemplada en el artículo 1.124, que es citado de una manera expresa en dicho artículo 1.568.

Pues bien, las causas 1.^a a 5.^a, inclusive y 7.^a del artículo 149 (120) obedecen a la naturaleza propia de la resolución del artículo 1.124 del C. c., si bien matizadas en la LAU, con relación al Código y a los requisitos exigidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de resolución, en general. La causa 9.^a (121) del artículo 149 y el artículo 155 (122) de la LAU no tienen ningún punto de contacto con la llamada resolución en sentido técnico, sino que hacen referencia a la extinción de la obligación por pérdida de la cosa, o sea, una aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.182 del C. c., de forma que hubiese sido innecesaria la norma del artículo 155 si no hubiese sido por la declaración que contiene su párrafo segundo de que se entenderá perdida la cosa arrendada, si habiendo sido afectada de siniestro, requiriese obras que excedan del 50 por 100 del valor del solar computado en la forma que indica. En estos dos puntos el C. c. se produce de una

(118) Capítulo que lleva por epígrafe «Causas de resolución y suspensión de los contratos a que se refiere este Ley». La Base XI del Proyecto de reforma no contiene innovaciones esenciales.

(119) El art. 1.568 del C. c. dispone: «Si se pierde la cosa arrendada o alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará respectivamente lo dispuesto en los arts. 1.182 y 1.183 y en los 1.101 y 1.124».

(120) Que se refieren respectivamente a falta de pago de la renta y cantidades asimiladas; a subarriendo no consentido; a cesión sin los requisitos legales; a transformación de vivienda en local de negocio o viceversa; a daños u obras no consentidas en la finca y a ejercicio de oficio o negocio inmorales o peligrosos para la integridad del inmueble.

(121) Relativa al caso de declaración de ruina de la finca.

(122) Regula la pérdida de la cosa dada en arrendamiento.

manera mucho más técnica. La causa 8.^a (123) del artículo 149 constituye una causa de ineficacia que no tiene ningún punto de contacto con el derecho del arrendador ni con la voluntad, ni con las relaciones entre arrendador y arrendatario, sino que se funda en el interés general canalizado en la Administración cuando ésta actúa la expropiación forzosa, y tanto es así, que la letra g) del número 1 de la Base XI del Proyecto de reforma faculta a la Administración para proceder al lanzamiento del arrendatario por vía administrativa, sin que la voluntad del arrendador tenga la más mínima función en la extinción del arrendamiento. La causa 6.^a del artículo 149 (124) carece también de relación con la resolución en sentido técnico, sin que su fundamento pueda encontrarse tampoco en las relaciones entre arrendador y arrendatario, sino que es un medio de defensa concedido a la comunidad de inquilinos de una finca contra otro. Y, por último, la causa 10.^a comprende los casos en que no procede la prórroga del contrato y, por tanto, carece de relación en absoluto con la resolución.

De esta discriminación de los artículos 149 y 155 de la LAU, resulta que bajo el concepto de resolución se comprenden en la LAU, verdaderas causas de extinción del arrendamiento por resolución por incumplimiento, con la consecuencia de que solamente estos incumplimientos podrán alegarse por el arrendador como causas de resolución del contrato, excluyendo a los demás; se comprenden causas de extinción por pérdida del objeto; una causa de extinción, la expropiación, que es de Derecho público y otra causa dirigida a la protección de los demás arrendatarios. La causa décima es sencillamente la aplicación de unas facultades, la negativa de prórroga, que la Ley concede al arrendador y que constituye un contrapeso a la rigurosa prórroga forzosa (125, 126).

(123) Hace referencia a la expropiación forzosa.

(124) Cuando lo soliciten la mayoría de inquilinos y arrendatarios de la finca respecto a cualquier otro.

(125) GÓMEZ ACEBO: *La hipoteca de establecimiento mercantil*. Estudio exegético del título II, capítulo II de la Ley de 16 de diciembre de 1954, en «R. D. M.», núm. 55, enero-marzo 1955, pág. 153, dice que: «lo que la Ley (la L. A. U.) llama causa de resolución en el art. 149 es más bien de revocación; derivan, con enumeración exhaustiva, de la ley que suponen un cambio de voluntad en el arrendador; éste vuelve de su voluntad jurídica inicial constitutiva del arriendo y revoca ésta en virtud de causas típicas sobrevenidas con posterioridad al contrato».

Nos interesa precisar varios extremos de estas afirmaciones. En primer lugar, las causas de posible extinción del arrendamiento del art. 149 de la L. A. U. no son causas, como se acaba de observar en el texto, que tengan una naturaleza homogénea. Y la mayoría de ellas, al suponer el incumplimiento de obligaciones a cargo del arrendatario encajan en el concepto técnico de resolución, aunque en la L. A. U. sólo se recogen ciertos incumplimientos que tienen, a juicio del legislador, una evidente gravedad desde el punto de vista jurídico. La única causa que quizá podría considerarse como causa de revocación es la sexta. Ciertamente que las causas que en el texto hemos señalado como comprendidas en el concepto de resolución pueden no haber sido pactadas en el contrato de arrendamiento, pero no hay que olvidar que estas causas de resolución obedecen a incumplimiento de obligaciones que forman parte del contenido tipo que

Luego—y esto es lo que nos interesa destacar—la I.A.U. no contiene ninguna regulación expresa sobre las consecuencias que en el contrato de arrendamiento reporta la falta inicial o sobrevenida de

la L. A. U. asigna al contrato de arrendamiento, lo cual se confirma si se considera que el art. 11 de la propia L. A. U. declara renunciables, por el arrendador, los derechos que la Ley le concede, entre ellos, los que se derivan de dicho art. 149. Si el arrendador renuncia al ejercicio de las causas de resolución, las obligaciones del arrendatario que la Ley sanciona con tal resolución no estarán integradas en la relación nacida de dicho contrato y, por tanto, el arrendatario no estará sujeto a dichas obligaciones.

En segundo lugar, ni la pérdida de la cosa, ni la declaración de ruina pueden considerarse como causas de revocación. Son, sencillamente, aplicación del principio admitido en materia de obligaciones de que la pérdida de la cosa implica la liberación del deudor, en este caso del arrendador, ante la imposibilidad de seguir prestando lo que no puede prestar. Y mucho menos es causa de revocación, si nos atenemos al sentido técnico de este concepto: la expropiación forzosa.

Y, por último, no es que el arrendador pueda volver de su voluntad de arrendar. Al otorgar el contrato de arrendamiento se obliga a una prestación, o dicho en términos económicos, a prestar un servicio, a cambio de otra prestación, por un tiempo determinado, pero que por la L. A. U. resulta indefinido. En definitiva, un negocio jurídico que se rige por una legislación especial que, por muy proteccionista que sea, no puede olvidar que el arrendatario tiene unas obligaciones que cumplir, y cuando éste no cumple alguna de cierto número de obligaciones que la Ley reputa importantes, es cuando concede al arrendador un recurso jurídico que en el derecho normal tiene un campo de actuación más amplio. La especialidad de la L. A. U. no consiste en transformar la naturaleza de este remedio, sino en limitar y condicionar los remedios del derecho normal.

(126) Hemos hecho un examen de la jurisprudencia del T. S. para conocer el alcance de la doctrina de que el desahucio sólo es posible por alguna de las causas taxativamente señaladas en la L. A. U. Hemos encontrado y examinado las Sentencias de 19 de diciembre de 1952, 16 de febrero de 1954, 21 de enero y 8 de febrero de 1955.

a) En la sentencia de 19 de enero de 1952, el T. S. declara: «... el contrato de arrendamiento urbano... sólo cabe resolverlo a instancia del arrendador, por alguna de las causas taxativamente señaladas en el art. 149 del Ordenamiento especial; y siendo esto así, como lo es, no puede la parte actora amparar su pretensión en los arts. 1.124 y 1.567 del C. c....».

b) La Sentencia de 16 de febrero de 1954 conoció un caso cuyo supuesto de hecho era el siguiente: En contrato de arrendamiento de local de negocio se fijó taxativamente la clase de comercio a ejercer por el arrendatario y se le prohibió expresamente que se dedicara a otro determinado comercio. El arrendatario infringió, clara y terminantemente, esta obligación, y el arrendador ejerció acción de desahucio, desestimada por la Audiencia, y se promovió recurso alegando infracción del art. 1.569 en relación con el 1.124 del C. c. El Supremo declara: «...que la vigente L. A. U. ha creado un estado de derecho necesario de ineludible cumplimiento, y dado lo en ella dispuesto no puede pretenderse resolver la relación arrendaticia, por causa distinta de las enumeradas en su art. 149...».

c) Sentencia de 21 de enero de 1955. La demanda se fundó en el núm. 2 del artículo 1.555 y 4 del 1.569, ambos del C. c., y declara: «...que la L. A. U. regula en el capítulo octavo las excepciones a la prórroga obligatoria y las causas de resolución y suspensión de los contratos... con carácter exhaustivo...», y reitera la doctrina de la Sentencia de 16 de febrero de 1954.

d) La Sentencia de 8 de febrero de 1955 declara: «...que cuando el objeto del contrato de arrendamiento es un local de negocio está regulado por la Ley especial, de carácter preferente... y en este caso, ejercitándose una acción reso-

los presupuestos esenciales del contrato, ni sobre los requisitos del arrendamiento como negocio jurídico, materias que por expresa declaración del artículo 13 de la LAU en relación con el 16 del Código civil habrán de regirse por la legislación común. Y la consolidación en el derecho constituyente del derecho concedente del arrendamiento constituye una carencia sobrevenida de un presupuesto del negocio: la posibilidad de disponer. En este caso, la posibilidad de arrendar.

En el derecho común o normal, como se ha expuesto al fijar los principios básicos, la regla general, de conformidad con el principio «Resoluto juris dantis, resolvitur jus concessum», es que la extinción del derecho derivado implica la extinción de los derechos otorgados por el titular del derecho derivado extinguido, o bien si se trata de una relación obligatoria que implica el cumplimiento de una obligación específica sobre la base de una cosa en que el deudor ha de tener un derecho, la imposibilidad de cumplimiento y la conversión, en su caso, en una indemnización de daños y perjuicios.

Tan sólo existen en el C. c. dos excepciones relacionadas con el arrendamiento: una, contenida en el artículo 480, relativa al arrendamiento de una finca rústica otorgada por el arrendatario, cuyo arrendamiento subsistirá hasta la terminación del año agrícola (127) y que no comprende, por tanto, a los arrendamientos urbanos, que son los que en este momento estudiamos, y otra en el artículo 1.520 relativa al arrendamiento otorgado en caso de retracto convencional por el titular del dominio revocable, estableciendo el Código la obligación del retrayente de respetar los arriendos otorgados de buena fe por aquél y según costumbre del lugar (128).

Esta solución se apoya, además, en razones que derivan de los

litioria por incumplimiento de una cláusula del contrato, supuesto no comprendido en el art. 149 de la L. A. U., dicha acción no puede prosperar, toda vez que este precepto ha de interpretarse en sentido estricto, sin ampliaciones que hagan más gravosa la situación del arrendatario que vería aumentados los motivos de desahucio en oposición al propósito del legislador y a los propios términos de la Ley».

De este examen resulta que dicha doctrina la aplica el T. S. en casos en que se pretende desahuciar basándose en una acción resolutoria del tipo de las del art. 1.124 del C. c. Por tanto, el T. S. no ha fijado su doctrina cuando se pretenda la nulidad del contrato de arrendamiento, o bien, la falta de uno de sus presupuestos. Mejor dicho, este último caso lo ha resuelto con relación al usufructo y al heredero fiduciario condicional. Respecto del caso de nulidad, la Sentencia de 22 de mayo de 1954, sin referirse a este supuesto, parece abrir a la acción de nulidad un cauce más amplio que a la de resolución.

(127) No se refiere, por tanto, a arrendamientos urbanos. Y en la legislación especial de arrendamientos rústicos existen disposiciones especiales, en cuanto a la extinción del derecho del titular arrendador, contenidas en el art. 25 de la Ley de 1935.

(128) Debe hacerse constar que esta obligación de respetar el arriendo otorgado por el comprador a carta de gracia es explicable con la regulación del arrendamiento en el C. c., pero que no encaja tan bien en una regulación especial que hace de los arrendamientos urbanos un contrato por tiempo indefinido.

principios más fundamentales del Derecho. Uno de estos es el de que cada uno puede disponer de su propia esfera jurídica y sólo en casos excepcionales la Ley permite que se pueda disponer de la esfera jurídica ajena. Pero cuando la Ley establece esta posibilidad de poder disponer de la esfera jurídica no propia se cuida de fijar medidas protectoras a favor de aquel para cuya esfera jurídica se producirían los efectos del acto realizado por el no titular de la esfera jurídica dicha. Lo que interesa es que existan estas medidas. La mayor o menor perfección de las mismas es cuestión de una mejor o peor técnica legislativa (129).

Uno de los aspectos de la moderna reacción contra la preponderancia absoluta del principio de autonomía de la voluntad, que se ha manifestado en la obligación de contratar, ha dejado sentir su influencia en materia de arrendamientos urbanos, aunque con cierta relatividad. La disposición transitoria 23 de la LAU autoriza al Gobierno para que, si las circunstancias lo aconsejan, imponga el alquiler obligatorio de las viviendas que, susceptibles de ser ocupadas, no lo fueran por nadie. Pero este alquiler es sólo obligatorio en el sentido de necesidad de otorgar el arrendamiento, pero sin coartar la elección de persona ni de cláusulas del contrato, excepto la renta, a cuyo efecto se concede el plazo de un mes al propietario para otorgar dicho arrendamiento y si no lo otorga, el Gobernador civil acordará que sea ocupada con arreglo a lo dispuesto en dicha disposición transitoria, de forma que no se priva al propietario de la facultad de disponer de su esfera jurídica, sino que tan sólo se le obliga a disponer, y para el caso de que no cumpla, a modo de sanción, se conceda la facultad de disposición a una autoridad, no a cualquier persona, y no de una manera incondicionada, sino con sujeción a ciertas normas.

De todo ello resulta que ni los principios fundamentales de la organización positiva actual del derecho ni la propia Ley especial de Arrendamientos Urbanos permiten deducir que sea correcta la imposición de un contrato a una persona sin que ésta haya intervenido (130). La subsistencia del arrendamiento otorgado por el

(129) Así, por vía de ejemplo, el art. 507 del C. c. permite al usufructuario de un crédito la facultad de cobrarlo, pero para ello es preciso que dicho usufructuario haya prestado fianza, aun en el caso de que por la ley o por disposición negocial se encuentre dispensado de darla. El marido, como administrador de la sociedad de gananciales, puede disponer a título oneroso y en ciertas circunstancias a título lucrativo, de los bienes comunes, pero el art. 1.413 del C. c. establece la correspondiente medida de protección—bastante imperfecta—para la mujer. El art. 1.520 del C. c. establece la obligación del retrayente de respetar el arrendamiento otorgado por el titular del derecho resoluble, pero siempre que lo hubiese otorgado de buena fe y según la costumbre del lugar, etc.

(130) Este fundamento parece aducirlo el T. S. en su Sentencia de 12 de enero de 1955, relativa a la extinción de un arrendamiento por extinción del usufructo de que era titular el arrendador, en cuya Sentencia se declara que el art. 70 de la L. A. U. no es aplicable al nudo propietario que consolida, ya que éste no adquiere el derecho a disfrutar la casa o local como sucesor del usufructuario, sino como titular de una nuda propiedad que ya tenía y sin que se

titular del derecho derivado, una vez extinguido éste, sería no sólo la imposición de una situación jurídica, sino algo más, sería la posibilidad de que los derechos e intereses del titular del derecho constituyente quedaran a merced del titular del derecho derivado, ya que aquél quedaría sin defensa contra los actos realizados por otro con ausencia de buena fe (131), o sin pensar en casos extremos, quedaría a merced de actos realizados con defecto de la diligencia corriente (132). O sea, que la actividad jurídica del titular del derecho derivado quedaría al margen de la normativa jurídica (133).

obliguen por ello los contratos que sobre estos inmuebles haya podido realizar sin su intervención el usufructuario; y es lógica consecuencia de lo expuesto que los preceptos que contienen los arts. 1.256 y 1.257 del citado Código, respecto a la validez y cumplimiento de los contratos por las partes que los otorgan y sus herederos, no sean de aplicación al caso presente...».

(131) En una ciudad industrial catalana ha ocurrido el siguiente caso: Un heredero fiduciario condicional arrendó un edificio industrial por mil pesetas de renta y percibió del arrendatario una suma que roza el medio millón de pesetas. El fiduciario falleció a los seis meses de otorgado el arriendo y parece que normalmente podía pedirse una renta de quince mil pesetas mensuales en lugar de las mil.

(132) Creemos conveniente, en los contratos de arrendamiento de local de negocio, establecer una cláusula prohibiendo el traspaso a una sociedad anónima, ya que si la arrendataria es una sociedad de este tipo, puede lograr el traspaso mediante la venta de acciones, sin pagar las cantidades prevenidas en el art. 50 de la L. A. U. Podrían darse otros ejemplos.

(133) GÓMEZ ACEBO (art. cit., pág. 158), critica a la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954, entre otras razones, por entender que los resultados que proporciona en materia de resolución del derecho de arrendamiento del hipotecante son escasos y que hubiera habido que exigir más al legislador; considera inadmisibles que la actividad material o jurídica del deudor pueda hacer desaparecer el derecho de arriendo, incluso para el acreedor y simplemente porque en la L. A. U. son causas de resolución del contrato. La protección del acreedor merecía, por lo menos para las causas 2.ª, 3.ª y 4.ª (del art. 140 de la L. A. U.), que son simple actividad jurídica acoger el principio de nulidad con acción para reponer las cosas en el estado en que antes se hallaban.

Si el derecho de arrendamiento del hipotecante se estima esencial en la hipoteca mobiliaria de establecimiento mercantil, hay que reconocer que constituye una base poco consistente, por quedar al arbitrio del deudor la subsistencia de tal derecho, desde el momento en que realizando determinados actos, desaparece el derecho de arrendamiento del conjunto de elementos que constituyen la garantía del acreedor. Pero, si esto es así y si la L. H. M. ha intentado subsanar este defecto estimulando la intervención del propietario con determinados efectos en cuanto al juego de ciertas causas de resolución del art. 140 de la L. A. U., no nos parece, en absoluto, admisible la propuesta de nulidad que hace GÓMEZ ACEBO.

La infracción que suponen las causas de resolución de los números 2, 3 y 4 del art. 140 de la L. A. U. no constituyen infracción de un precepto legal como norma imperativa, sino tan sólo infracción de una norma legal en el sentido de que es una norma integrada en el contenido natural del contrato de arrendamiento protegido por la L. A. U. y que al amparo del art. 11 puede ser voluntariamente modificado por las partes. Luego la infracción de tal norma sólo constituye causa de resolución por incumplimiento de obligaciones a cargo del arrendatario y no causa de nulidad del acto.

Ciertamente que la Ley puede evitar la realización de tales actos a causa de nulidad y no a causa de resolución, con sólo convertir en imperativas las nor-

Creemos, pues, que la doctrina que declara la extinción del arrendamiento al tiempo de extinguirse el derecho derivado concedente, no sólo es la que se ajusta a la Ley, sino además, la única que en el estado actual de nuestra legislación es conforme con los principios fundamentales del Derecho de los cuales depende la subsistencia de éste. Ciertamente que en el conflicto se deja desamparado al inquilino, pero por un lado, éste puede precaverse contra estas consecuencias, obteniendo la adhesión del titular del derecho constituyente (134), y por otro, creemos que hay que dar la preferencia, en un conflicto de intereses, al respeto a las bases fundamentales del Derecho sobre un interés privado, por muy estimable que éste sea.

Se ha estudiado la cuestión desde un punto de vista técnico de derecho constituido. Sobre si es posible alterar la solución sin caer

mas que contienen aquellos preceptos. Pero, si se hubiese llegado a este resultado se hubiese alterado el juego de intereses entre arrendador y arrendatario. El primero hubiese visto alterada su situación, en beneficio del segundo, que mediante un acto de voluntad de éste, simple constitución de hipoteca mobiliaria, alteraría los derechos del arrendador, de manera que para restablecer (en el supuesto de que el arrendatario cometiere alguna de las infracciones de los números 2, 3 y 4 del art. 149) la situación existente el arrendador se hubiese visto obligado a seguir todo un juicio declarativo, con sus molestias, sus dilaciones y sus gastos que, en la mayoría de los casos, los rendimientos de la finca no le hubiesen permitido. Y desde el punto de vista jurídico lo más grave hubiese sido que el arrendatario, mediante su sola voluntad, hubiese podido influir en la esfera jurídica del arrendador. Y si uno de los inconvenientes máximos de la L. A. U. vigente, hasta el punto de que ha sido la principal causa de que se haya promovido su reforma, es la de que contiene muchos casos en que el arrendatario puede valerse de sus normas para realizar actividades por su sola voluntad en provecho propio y en perjuicio del arrendador, nos parece de buen sentido legislativo la necesidad de la cooperación del arrendador para que la hipoteca mobiliaria alcance un mayor grado de eficacia, pero precisando que lo que reconocemos como bueno es el principio en sí, no la regulación legal, que si bien puede resultar admisible para los arrendamientos modernos, es totalmente inadecuada para los contratos de arrendamiento que tienen una renta pactada desde hace veinte o más años, ya que en estos casos el incentivo ofrecido ha de ser, en la práctica, totalmente inoperante.

Creemos que, por el contrario, hay que alabar, por esta vez, al legislador, por el hecho de sentar el principio de la intervención del titular de una situación jurídica, en este caso el arrendador, para modificar tal situación, pues como dice CARIOTTA-FERRARA (*Violenza del legislatore sull'efficacia dei negozi giuridici*. «Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile». L. 950, pág. 915), la obra del legislador no puede sustraerse a su valoración, sobre la base de plantearse el problema de la relación de ésta con los principios fundamentales y generales del mismo ordenamiento positivo, principios que constituyen los puntos cardinales, porque son tales que en contra de éstos no existe orden jurídico estable y sentido, sino sólo la apariencia y la fuerza. Precisamente, LACRUZ BERDEJO (*Los conceptos clásicos de propiedad y contrato ante la L. A. U.* «Foro Gallego», año XIII, núm. 97, enero-febrero 1955, pág. 3 y ss.), señala las desfavorables consecuencias de la vigente protección arrendaticia y las tendencias modernísimas en otros países, tendencias que han alcanzado rango legislativo y que implican un desvío más o menos pronunciado, de la dirección hasta ahora seguida.

(134) Hemos visto casos de nudos propietarios que se adhieren al contrato de arrendamiento otorgado por el usufructuario.

en contradicción con las bases sobre las que descansa el ordenamiento jurídico o de sí, sin modificar tales bases, es posible atemperar las consecuencias que estimamos correctas, es problema de carácter legislativo que no nos incumbe.

La jurisprudencia del T. S. declarando la extinción del arrendamiento otorgado por el titular del derecho derivado a la extinción de este derecho, empieza a ser numerosa. Entre ellas se encuentran las sentencias de 14 y 19 de mayo de 1952, 8 de junio de 1953, 23 de noviembre de 1954 y 12 de enero de 1955.

Esta doctrina jurisprudencial descansa sobre las siguientes ideas:

1.^a Parece ser la fundamental—por lo menos es la más reiterada—la de que entre titular del derecho derivado que se extingue y titular del derecho constituyente que consolida no hay sucesión (135), y la frase cambio de titular arrendador no puede ser referida más que a los supuestos en que entre antiguo y nuevo dueño exista sucesión.

2.^a Los actos realizados por el titular del derecho derivado no pueden afectar al titular del derecho constituyente cuando la consolidación tiene lugar por estar (el titular del derecho constituyente) respecto al arrendatario en el caso del principio «res inter alios acta nec nobis prodest nec nocet» (136). Y no puede afectarles por ser lógica consecuencia de lo establecido en los artículos 1.256 y 1.257 del C. c. (137).

3.^a De la sentencia de 14 de junio de 1954, relativa a un caso de arrendamiento de local de negocio otorgado por el administrador nombrado por el Tribunal de Responsabilidades Políticas en el expediente incoado contra el propietario de la finca, que declara la extinción del arrendamiento al levantarse la administración, parece relacionarse con la falta de poder dispositivo del administrador, mejor dicho, que el arrendamiento está subordinado a la vigencia de la situación jurídica en virtud de la cual arrendó la persona legitimada

(135) La sentencia de 14 de mayo de 1952 declara: «... y en cuanto al cambio de titular arrendador... tampoco puede estimarse que se efectúa, porque en el supuesto que se contempla (extinción de usufructo) es simultánea la extinción de aquel derecho que permitió efectuar el arrendamiento y la desaparición del sujeto que la ostentaba, y el nudo propietario... ni es sucesor en concepto jurídico, ya «mortis causa» o bien por acto «inter vivos» del usufructuario ni, por ende, trae causa alguna de él que le vincule para subrogarse en las obligaciones de aquél...».

La de 12 de enero de 1955 que «... la prórroga obligatoria para el arrendador... que se establece en el art. 70 de la Ley vigente de 31 de diciembre de 1946 no es de aplicar en estos casos en que el nudo propietario al consolidar el dominio total de la casa o local arrendado no adquiere el derecho a disfrutarlos como sucesor o heredero del usufructuario...».

(136) S. de 14 de mayo de 1952.

(137) S. de 12 de enero de 1955.

para arrendar. Es decir, que la protección dispensada por la L.A.U. es inoperante frente a la temporalidad de la situación jurídica del arrendador (138).

4.^a Es preciso que el titular que consolida no consienta, expresa o tácitamente, el arrendamiento otorgado por el titular del derecho privado (139).

5.^a Aunque la doctrina jurisprudencial hasta ahora expuesta (salvo la contenida en el número 3.^o) se refiere a contratos de arrendamiento otorgados por el usufructuario, esto no significa que sea exclusiva del usufructo, pues la sentencia de 19 de mayo de 1952 la aplicó asimismo al contrato de arrendamiento otorgado por el heredero fiduciario en base a las siguientes declaraciones: «...pero esto no obstante es indudable que en cuanto al modo de disfrute existe una gran semejanza entre una y otra institución (usufructo y sustitución fideicomisaria condicional), en cuanto ambas están presididas por la nota común de quedar sujetas a condición resolutoria por vencimiento del término de constitución o por fallecimiento del usufructuario, en todo caso, o por la del fiduciario instituido con la condición de si «sine liberis decesserit» que no deja descendencia y por este evento han de hacer tránsito los bienes fideicomitidos al fideicomisario llamado a la sustitución» (140).

Ciertamente que el T. S. no ha estado acertado al calificar al usufructo como derecho sometido a condición resolutoria para establecer el paralelo existente en orden a la eficacia de los contratos otorgados entre usufructuario y fiduciario. Que este paralelo existe

(138) Dice esta sentencia: «No obstante la existencia del contrato de arrendamientos, sus efectos, en cuanto a su vigencia, están limitados al tiempo en el que el local arrendado permanece en administración, y en ella el administrador actúa no en representación del propietario, sino para salvaguardar unos bienes y atender con ellos al pago de sanciones económicas que es su fin específico.

Por eso, al ser levantado el embargo, quedaron resueltas las relaciones contractuales durante él creadas, por haber cesado el estado legal que las motivó, y con mayor razón cuando el artículo 57 de la Ley de Responsabilidades Políticas establece que si la sentencia es absolutoria, el inculpado recobra la libre disposición de sus bienes, y ello será suficiente para que, sin más requisitos, se tengan por levantados cuantos embargos y medidas precautorias se hubieran podido llevar a cabo.»

(139) La sentencia de 9 de julio de 1953 declara que «el hecho reconocido en la sentencia impugnada de que las actoras, después del fallecimiento de su causante, usufructuario y arrendador, continuaron percibiendo la renta pactada durante más de seis años, sin constancia de reservas ni de reclamación alguna, es claramente expresiva de una declaración de voluntad tácita, pero inequívoca, de que prestaron su consentimiento a una nueva relación arrendaticia, en la que ellas se constituyeron en arrendadoras como dueñas en pleno dominio de la finca arrendada, y es expresiva también de que renunciaron al ejercicio del derecho que pueda derivar de la aplicación del artículo 480 del C. c.»

(140) El sentido general de la doctrina del T. S. en materia de extinción del arrendamiento otorgado por el usufructuario a la extinción de éste ha sido atacada por el consultorio de la *Revista de Derecho Procesal* (VII, año 1951, página 176) y defendida por Esquivas en la misma revista (VII, julio-septiembre 1951, pág. 501).

es indudable, pero la base del mismo no radica en la existencia, en ambos casos, de una condición resolutoria, por la sencilla razón de que en el usufructo aunque puede haberla, la extinción de los derechos o relaciones otorgadas por el usufructuario a la extinción del usufructo se basa normalmente en la naturaleza temporal del derecho, es decir, en que el usufructuario sólo tiene sobre la cosa usufructuada un poder de disposición limitado al tiempo de duración de su derecho, de la misma manera que el fiduciario sometido a la condición resolutoria no tiene más poder que el de disponer de su derecho en la propia forma que a él le pertenece, y en caso de cumplirse la condición se extingue el derecho del fiduciario y, por tanto, se extinguen, asimismo, todos los derechos derivados del mismo (141).

Esta es, a nuestro entender, la razón fundamental de la extinción del arrendamiento otorgado por el usufructuario y la del otorgado por el fiduciario, y esta razón es, sin género de duda, aplicable a todos los casos en que una persona que tenga un derecho atacado de un germen de ineficacia otorgue un contrato de arrendamiento. Si después de otorgado éste y como consecuencia de tal germen de ineficacia el titular del derecho lo pierde, de manera que las facultades que constituían su contenido se consolidan o revierten a otra persona sin que entre ellos exista sucesión, se producirá la extinción del arrendamiento.

V. LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA Y SU TRASCENDENCIA EN ORDEN A LOS ARRENDAMIENTOS

1. Como resultado del estudio realizado en los apartados anteriores se ha llegado a las siguientes conclusiones:

a) El total desarrollo del derecho de hipoteca implica la pérdida del derecho hipotecado y la de los derechos posteriormente derivados de éste para sus respectivos titulares, por razón del poder que compete al acreedor hipotecario, poder que no puede ser eliminado en los actos de transferencia realizados después de constituida la hipoteca.

b) Tanto en arrendamientos rústicos como en arrendamientos urbanos, la pérdida del derecho del titular derivado por consolidación en el constituyente, implica la extinción de los arrendamientos otorgados por aquél, ya se considere que el arrendamiento regulado

(141) En el usufructo es esencial la duración temporal, cierta o incierta en su momento final, y la extinción del derecho, ya sea por muerte del usufructuario, o por transcurso del plazo, es una consecuencia fatal derivada de la naturaleza del derecho. En la sustitución fideicomisaria bajo condición resolutoria, la extinción proviene del cumplimiento de la condición, elemento agregado por el testador al negocio. El usufructuario adquiere un derecho firme, pero que ha de perder por razón de su naturaleza esencialmente temporal. El fiduciario bajo condición resolutoria adquiere un derecho que no es firme, sino que sobre el mismo recae la posibilidad de que concurra una causa de pérdida que, si tiene lugar, la provocará necesariamente. En ambos casos le falta al titular del derecho la plenitud o la estabilidad que son propias del dominio normal.

por las leyes especiales crea un derecho de naturaleza real, ya de naturaleza personal.

Correponde ahora examinar si el arrendamiento otorgado por el titular del derecho hipotecado durante la fase de subsistencia de la hipoteca puede considerarse o no un arrendamiento otorgado por el titular de un derecho cuya situación es análoga a la del titular de un derecho derivado, supuesto el incumplimiento de la obligación asegurada y resuelta favorablemente la ejecución.

2. FLÓREZ DE QUIÑONES (142) considera que el adquirente de la finca hipotecada en el proceso de ejecución es un simple comprador, según se observa con la simple lectura de la regla 17 del artículo 131 de la L. H. (143) y por ello un sucesor del transmitente, con las limitaciones en cuanto a la sucesión en la responsabilidad que la regla 8.ª de dicho artículo establece. Es—añade—un caso de sucesión traslativa a título singular del transmitente, es decir, del propietario del inmueble, pero no del acreedor hipotecario, que no ha transmitido nada, sino que se ha limitado a percibir el importe de su crédito mediante la intervención judicial y dentro de un procedimiento minuciosamente regulado por la Ley.

Estas afirmaciones de FLÓREZ DE QUIÑONES serían correctas en el caso de que existiere una perfecta identidad entre venta voluntaria y venta forzosa, o sea, la que tiene lugar como consecuencia de un procedimiento ejecutivo, con, sin, o contra la voluntad del ejecutado.

Muy controvertida es la naturaleza de la venta forzosa y varias son las teorías formuladas al respecto (144) que pueden agruparse en dos direcciones fundamentales: una de ellas, que la inclina hacia el campo del derecho privado, ve en la venta forzosa un contrato, ya sea recurriendo al concepto de representación (145), ya sea a otros expedientes (146). La otra, que se puede catalogar de publicista, la considera como un acto de disposición del órgano jurisdiccional, en virtud de un poder originario que le compete, totalmente autónomo respecto del acreedor y del deudor (147).

Ha puesto de relieve SATTÀ (148) que la cuestión se plantea porque si bien la posición del adjudicatario parece idéntica a la del comprador en la venta voluntaria, ya que su actividad comercial es también idéntica, no puede decirse lo mismo respecto del acreedor y

(142) Comentario a la sentencia de 5 de febrero de 1945. «R. D. P.», septiembre 1945, página 532.

(143) Literalmente dice: «... según se observa con la simple lectura de las reglas del artículo 117», pero es indudable que se refiere a la regla 17.ª del artículo 131 de la L. H.

(144) Puede verse un resumen de estas teorías en SATTÀ: *Assegnazione del crédito*, en «Rivista di Diritto processale», 1931, II, pág. 198, y en ZANZUCCHI: *Esecuzione*, pág. 73 y ss.

(145) Representación del deudor por el acreedor, representación del deudor o del acreedor por el órgano jurisdiccional.

(146) Véase SATTÀ: *L'esecuzione forzata*, nota a la pág. 76. Turín, 1951.

(147) Véanse las objeciones que señala SATTÀ en loc. cit. en nota anterior.

(148) Ob. cit., pág. 82.

del vendedor. En la venta voluntaria la transmisión tiene su base en la voluntad de las partes, entre ellas la del vendedor, pero como dice PUGLIATTI (149) la transmisión coactiva se funda en la ejecución forzosa, en la voluntad del órgano público competente, que ejercita al efecto el poder que tiene atribuido (150). Ahora bien, el órgano jurisdiccional no puede tener por propia iniciativa una actividad de la índole requerida para operar la venta forzosa, sino que tal actividad presupone el ejercicio de la acción pertinente por parte del acreedor. Y SATTÀ (151), planteándose este problema en otros términos, contesta que la transmisión se opera en el ejercicio de la acción que corresponde al acreedor, ya que el poder de disposición del bien del deudor forma el contenido originario de la acción ejecutiva.

Esta explicación es necesariamente previa a la solución del problema capital que ahora nos ocupa, que es el de determinar si en la venta forzosa existe sucesión entre ejecutado y adjudicatario, y en el caso de que exista, el alcance de la misma.

La doctrina entiende que entre ejecutado y adjudicatario existe sucesión derivativa (152), pero el problema está en determinar cómo y en qué medida se verifica esta sucesión.

El artículo 2.085 del Código civil italiano de 1865, produciéndose en unos términos absolutos, disponía: «desde la fecha de la transcripción del embargo... el deudor no puede enajenar los bienes», norma que no fué interpretada literalmente por la doctrina, sino que se relacionó con la finalidad perseguida, esto es, la que la enajenación no perjudicara a la venta forzosa (153). El artículo 2.919 del Código civil italiano de 1942 no sólo corrige el exceso en que incurrió el Código anterior, sino que se produce con mucho mayor tecnicismo. Dispone: «La venta forzosa transfiere al adquirente los derechos que sobre la cosa correspondían a quien ha sido objeto de expropiación, salvo los efectos de la posesión de buena fe. Sin embargo, *no son oponibles al adquirente los derechos adquiridos por los terceros sobre la cosa, si tales derechos no surten efecto en perjuicio del acreedor ejecutante* y de los acreedores que intervienen en la ejecución.»

SATTÀ explica que la norma contenida en el segundo inciso del artículo 2.919 del Código italiano es una consecuencia muy natural del embargo y constituye el primer indicio de que en la rela-

(149) Ob. cit., pág. 180.

(150) Es cuestión de los procesalistas un estudio detenido de estos problemas, bastante desarrollados en Italia, pero nuestra falta de especialización, la carencia de bibliografía y otras razones nos inducen a hacer sólo una breve referencia.

(151) Loc. cit., pág. 82.

(152) Entre otros, PUGLIATTI: Ob. cit., pág. 186; CARNELUTTI: *Processo di esecuzione*, II, pág. 386; SATTÀ: Ob. cit., pág. 76. Sin embargo, no desconocemos que existen autores, alineados en la dirección procesalista, que consideran la adquisición del adjudicatario como originaria.

(153) CARNELUTTI: *Processo* cit., II, pág. 182; PUGLIATTI: Ob. cit., pág. 148.

ción que se constituye con la venta forzosa no se puede eliminar la presencia del acreedor, sobre cuya posición jurídica y no sólo sobre la del deudor se modela la derivada relación jurídica del adjudicatario (154). Idea que resalta con mayor intensidad si se considera con CARNELUTTI (155) que la función del embargo—y es absolutamente indudable que hay que decir lo mismo de la hipoteca—está dirigida a asegurar la conservación de la cosa hasta que pueda ser convertida en dinero y evitar así los peligros de su alteración, deformación o sustracción. En los inmuebles la sustracción sólo se puede realizar por acto jurídico y el derecho se encuentra en situación de impedirlo; privando de la facultad (se refiere a la de disposición) al deudor embargado y haciendo, así, ineficaz la enajenación (156).

En España se han ocupado, que nosotros sepamos, de la venta forzosa GUASP y FENECH, aunque ambos lo hacen de pasada, sin hacer un estudio profundo de la cuestión, ni menos de preocuparse de la posible diferenciación o no de efectos en relación con la venta voluntaria (157). Aunque nuestros viejos textos legales—Código civil y Ley de Enjuiciamiento Civil—carecen de la técnica precisa para calificar la venta forzosa, y aunque el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil diga que se otorgará «escritura de venta» (158), creemos que son perfectamente aplicables las ideas que, en su tiempo, formuló PUGLIATTI para el Código italiano de 1865 en relación con el problema que nos ocupa. PUGLIATTI afirmó que hay que distinguir la venta forzosa de la voluntaria, tanto por su naturaleza como por su estructura, lo que hace presumir que la distinción se proyecta incluso sobre los efectos (159).

Concretándonos a los mismos aspectos a que antes nos hemos referido, no puede negarse que la venta forzosa supone una venta realizada con completa independencia de la voluntad del vende-

(154) Ob. cit., pág. 81.

(155) Ob. cit., II, pág. 171.

(156) Ob. cit., pág. 178.

(157) FENECH (*Recepción de la hipoteca* cit., pág. 17), si bien manifiesta que la venta forzosa se halla integrada por un negocio y una resolución judicial, el legislado intuyó su carácter contractual y lo ha confirmado la jurisprudencia del T. S. GUASP (*La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, pág. 163 y ss., Barcelona, 1951, pág. 167) parece inclinarse por la teoría del contrato para la venta verificada de conformidad con las normas de la L. E. C. y por la teoría del acto de disposición del órgano jurisdiccional para la venta verificada al amparo del artículo 131 de la L. H. derivándolo de la supresión de la escritura pública y del no empleo de la palabra venta, aunque afirmando que la única duda que puede surgir en este punto la plantea el texto literal de la Ley por el empleo del término representación.

(158) Nos parece el único de los artículos que cita FENECH que ofrece un apoyo viable a la tesis contractualista. Los demás artículos que cita (1.500 y 1.503 de la L. E. C. y 131 de la L. H.) ofrecen un apoyo muy escaso. Pero por encima de las palabras, están la naturaleza y estructura de las cosas. (Loc. cit., pág. 17.)

(159) Ob. cit., págs. 175, 178 y 267.

dor (160), lo cual implica, por lo menos, una diferencia de estructura con la voluntaria. Pero esta diferente estructura ¿se refleja en el Derecho positivo español en los efectos?, o sea, dicho en otras palabras: ¿permite establecer alguna diferencia en cuanto a los efectos con relación a la venta voluntaria?

Nosotros creemos que se puede contestar afirmativamente. El artículo 131 de la Ley Hipotecaria consagra el principio de subsistencia de las cargas anteriores y preferentes (regla 8.^a) y la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipotecante ejecutante (regla 17). Por otra parte, cuando se estableció por primera vez el procedimiento judicial sumario, se impuso esta norma con carácter general, modificando el sistema del artículo 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y éste es el criterio en vigor, por expresa disposición del párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Hipotecaria. De manera que es criterio general que la ejecución provoca la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca ejecutante o a la de la acción real o personal que se ejecute en caso de no ser la acción hipotecaria, en cuyo caso la cancelación se practicará con respecto a las que sean posteriores a la inscripción del derecho real o a la anotación de embargo.

Creemos que de este conjunto de disposiciones se puede deducir, sin mucho esfuerzo, una norma idéntica a la contenida en el artículo 2.919 del Código civil italiano, si se considera que en nuestro Derecho positivo se ha introducido en una ley especial, dirigida a finalidades concretas, cual la Ley Hipotecaria, y que tal norma se formula y se redacta en función del fin perseguido por la Ley que la establece. Por esto la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se refiere a cancelación de inscripciones y anotaciones, en lugar de referirse a extinción de derechos. Sin embargo, creemos haber demostrado que no sólo se cancela el asiento, sino que también se extingue el derecho a que el asiento se refiere, extinción que confirma de una manera explícita el artículo 225 del Reglamento Hipotecario cuando habla de «derechos que deban declararse extinguidos». Y por la misma razón de haberse introducido la norma en la Ley Hipotecaria, en lugar de hacerlo en una ley de carácter general, los artículos comentados comprenden, única y exclusivamente, a los derechos inscritos o anotados, sin tener un alcance omnicompreensivo, como sucede en el artículo citado del Código civil italiano.

Esta forma ocasional de introducirse la norma en el Derecho positivo es el motivo que justifica el alcance literal de la misma en dichos preceptos, pero su razón de ser nos demuestra que tiene un contenido mayor. Según se ha visto antes, el propietario hipotecante, desde el momento en que la hipoteca queda constituida —y lo mismo cabe decir respecto del propietario embargado, una

(160) Aun en el caso de que éste otorgara la escritura de venta a que le haya condenado la resolución dictada en el juicio ejecutivo.

vez anotado el embargo—, no tiene un derecho normal, sino sólo un derecho afectado de una causa de posible pérdida, que, en caso de cumplirse determinados supuestos de hecho que ya se han explicado, lo perderá indefectiblemente sin que, en los actos jurídicos que otorgue con relación a ese derecho, una vez constituída la hipoteca o anotado el embargo, pueda eliminar la existencia y actuación, en su caso, de esa causa de posible pérdida. Por tanto, la razón de extinción de los derechos otorgados por el propietario, una vez constituída la hipoteca o anotado el embargo, es independiente de la naturaleza del derecho y de la circunstancia de que se haya o no se haya inscrito o anotado en el Registro de la Propiedad, mientras no exista una disposición legal que sustraiga uno de tales derechos a los efectos de la ejecución.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que en la venta forzosa la transmisión no tiene lugar por voluntad del ejecutado, sino por iniciativa del acreedor hipotecario, si se trata de ejecución hipotecaria, que tiene poder para provocar, en virtud de su derecho, la salida de la finca hipotecada del patrimonio del deudor hipotecado o del tercer poseedor, aun cuando para hacer valer este poder tenga que recurrir a los órganos competentes y sujetarse a uno de los varios procedimientos establecidos.

Y hechas estas consideraciones, vamos a examinar en qué medida se dan en la venta forzosa los tres requisitos que BARASSI reputa esenciales para que exista sucesión (161). Recordamos que estos requisitos son los siguientes: *a)* un cambio de sujeto; *b)* una idéntica relación jurídica, y *c)* nexa que liga a los dos sujetos.

De estos tres requisitos se produce, en la venta forzosa, de una manera indudable, el primero de ellos. En cambio, ninguno de los otros dos se produce de una manera total, como ocurre en la venta voluntaria.

En la venta forzosa el adjudicatario no adquiere el derecho del ejecutado en la misma situación en que éste lo tenía en el momento de producirse la transmisión, o sea, la ejecución, ya que desde este momento quedan extinguidos todos los derechos constituidos con posterioridad a la hipoteca o a la anotación de embargo, sino que lo adquiere en la situación que el ejecutado tenía el derecho en el momento de constituirse la hipoteca. Precisamente en esta consecuencia radica la eficacia de la hipoteca, o, si se quiere, en esta consecuencia radica la sujeción de la finca hipotecada al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituyó y a la que se refieren los artículos 1.876 y 104 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto al nexa que liga a ejecutado y adjudicatario, tampoco existe a la manera en que existe en la venta voluntaria. La inexistencia de voluntad del ejecutado y su sustitución por el poder del acreedor y la intervención de los órganos jurisdiccionales competentes ha de producir ciertas modalidades, que han tenido

(161) La cuestión ha sido ampliamente examinada en el número 1 del apartado II de este trabajo.

consagración legislativa en el Código civil italiano (162), y de las que no podemos ocuparnos, por implicar un estudio global de la venta forzosa en España, que escapa a nuestra competencia y que no es necesario para los fines perseguidos.

Por consiguiente, y ésta es la conclusión que interesa, *el derecho del adjudicatario se apoya no sólo sobre el derecho del vendedor, sino también sobre el derecho del acreedor hipotecario*. Se apoya en el derecho del vendedor, en cuanto el adjudicatario adquiere el derecho por virtud de pertenecerle a aquél, y se apoya en el derecho acreedor en cuanto el derecho de éste supone el bloqueo de la actividad jurídica efectiva del ejecutado desde el momento en que fué constituido y en cuanto el impulso que provoca la venta forzosa proviene precisamente de dicho acreedor canalizado a través del derecho de este (163).

En definitiva, la equiparación hecha por FLÓREZ DE QUIÑONES entre venta voluntaria y venta forzosa no es exacta, desde el momento en que en la venta voluntaria el adquirente es un sucesor pleno del vendedor, mientras que en la venta forzosa el adjudicatario sólo sucede al ejecutado en cuanto a la situación jurídica que éste tuviera en la finca en el momento de constituirse la hipoteca.

3. Nos queda por examinar si, desde el ángulo de las leyes especiales de arrendamientos, existe alguna norma que implique una excepción a la doctrina que se acaba de exponer y que, por tanto, implique la subsistencia, en caso de ejecución forzosa, del arrendamiento otorgado por el propietario hipotecante una vez constituida la hipoteca (164).

La Ley de Arrendamientos Rústicos establece, en sus artículos 3 y 24, la regla general de extinción del arrendamiento por reso-

(162) La especialidad de la venta forzosa con relación a la voluntaria se manifiesta en el C. c. italiano de 1942, entre otros, en los siguientes aspectos: En caso de evicción, el comprador sólo puede dirigirse contra el precio si no ha sido distribuido, y contra los acreedores que han cobrado, en caso de haberse distribuido. Contra el vendedor sólo puede dirigirse si ha sobrado residuo y por éste (art. 2.921). Se excluye el saneamiento por vicios ocultos (art. 2.922) etcétera.

(163) Esto resulta claro en el procedimiento extrajudicial regulado en el artículo 234 del R. H. al exigir en su número 1.º que en la escritura de constitución de hipoteca se nombre a un mandatario para que en representación del deudor otorgue la escritura de venta, pues cabe preguntarse, en el caso de enajenación de la finca una vez constituida la hipoteca, ¿qué facultades tiene tal mandatario del adquirente? En cambio, en el procedimiento judicial del artículo 131 de la L. H., la regla 17.ª dispone que el auto lo dictará el Juez en representación del dueño de los bienes hipotecados, y aunque se ha suscitado alguna duda sobre a nombre de quién actúa el Juez en algunos casos, GUASP (ob. cit., pág. 167) parece inclinarse por estimar que no actúa en nombre del hipotecante que después ha vendido la finca.

(164) El C. c. italiano de 1942 hace aplicación concreta del principio general que establece en el artículo 2.919 para caso de venta forzosa al contrato de arrendamiento al disponer en el artículo 2.923 que «los arrendamientos consentidos por quien ha sufrido la expropiación son oponibles al adquirente si tienen fecha cierta anterior al embargo...»

lución del derecho del arrendador, sin perjuicio de las especiales modalidades que el artículo 25 de dicha Ley impone (165).

El problema ha sido examinado por algunos autores con relación al arrendamiento rústico con completa divergencia de pareceres.

De un lado, PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO (166) afirman: «Mención especial ha de hacerse aquí de los casos en que la transmisión (de la finca arrendada) se derive de hechos anteriores a la formalización del arrendamiento, adquiriendo así, en cierto modo, efectos retroactivos, pues en tales casos, en cuanto queda resuelto el derecho del arrendador, por derivación habrá de considerarse resuelto también el contrato de cesión de disfrute de sus derechos, conforme disponen los artículos 24 y 25 de la Ley de 1935. Tal ocurre si la adquisición se deriva, por ejemplo, de remate en ejecución de procedimiento hipotecario o de la venta en procedimiento de efectividad, siempre que el arrendamiento figure concertado con posterioridad al otorgamiento de la hipoteca que dió lugar a la ejecución.»

En sentido contrario se pronuncia FLÓREZ DE QUIÑONES (167). Como las afirmaciones de éste se contienen en un comentario a una sentencia a la que nos hemos de referir luego, nos limitamos a exponer, en este momento, aquellas que deriva directamente de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

Dice que el adquirente de la finca hipotecada en el proceso de ejecución es un sucesor del transmitente con las limitaciones, en cuanto a la sucesión en la responsabilidad que la regla 8.ª (del artículo 131 de la Ley Hipotecaria) establece; pero también con las ampliaciones que ordena el artículo 9.º de la Ley de 23 de julio de 1942, cuando se trata de una finca arrendada. Es—añade—un caso de sucesión traslativa a título singular del transmitente, es decir, del propietario del inmueble, pero no del acreedor hipotecario, que no ha transmitido nada, sino que se ha limitado a percibir el importe de su crédito mediante la intervención judicial y dentro de un procedimiento minuciosamente regulado por la Ley.

De que el adjudicatario no es un sucesor pleno del ejecutado nos hemos ocupado ya. Aquí hemos de limitarnos a exponer que el propietario, una vez constituida la hipoteca, no es un propietario normal, sino que su dominio está afectado de una causa de posible pérdida por la concurrencia de determinados supuestos de hecho y que, en caso de que se produzcan, pierde, efectivamente, su derecho. Luego este supuesto no encaja en el artículo 9.º de la Ley de 23 de julio de 1942, sino que cae dentro del ámbito del artículo 3.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, pues este precepto dice que los actos que realice el propietario «no pueden tener más

(165) Véase este artículo en nota 78.

(166) Ob. cit., pág. 335.

(167) Comentario antes citado.

trascendencia que los de su propio derecho», con la consecuencia de que, llegado el momento en que pierde su derecho, se extingue el arrendamiento otorgado, como resulta de aplicar el número tercero del artículo 24 de la propia Ley, que dispone que el arrendamiento se extingue por la resolución del derecho del arrendador.

La Sentencia de 5 de febrero de 1945, que confirmó las del Juzgado y de la Audiencia que habían declarado extinguido el arrendamiento y condenado al arrendatario a cesar en la posesión o disfrute de la finca, se ocupa del problema con relación al arrendamiento rústico, y funda el fallo basándose en los argumentos que pueden resumirse en la siguiente forma (168):

1.º La hipoteca, cuando su efectividad llega, destruye cuantas cargas y limitaciones de disposición, uso y disfrute se constituyan con posterioridad a la misma, incluida cualquier cohibición del goce y la perdurable cesión de éste. La razón está en la influencia que tienen en el valor, en cambio, de la finca las limitaciones de la facultad de disfrutar que merman la garantía y cuando se trate de arrendamientos a largo plazo posteriores a la garantía. Lo determina registralmente la cancelación de la inscripción, si lo estuviere como derecho real, y la causa de su título personal, porque la hipoteca deshace el derecho del arrendador, ya que, de no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacuo.

2.º El remate en la ejecución de hipoteca o la venta en procedimiento de efectividad no es una transmisión sujeta al artículo 27 ó al 9.º (169), pues viene de acto precedente que no autoriza el derecho a ceder el disfrute, y por esto lo deshace y lo resuelve, según prevé el artículo 25. Si la pugna de derecho surgiere entre *el de hipoteca posterior al arriendo*, y éste no inscrito, su solución, que de ningún modo se prejuzga, merecería meditar sobre la trascendencia registral en este aspecto social; pero siendo anterior en el tiempo y conocida por el arrendador (170), basta fijarse en el último párrafo del artículo 3.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, para percibir que los actos del arrendador no pueden tener más

(168) El supuesto de hecho que dió lugar a esta sentencia es el siguiente: En 22 de octubre de 1926 se constituyó hipoteca sobre una finca rústica en garantía del pago del precio aplazado de venta de la misma. En 7 de mayo de 1932 fué arrendada por plazo de veinticinco años mediante escritura que fué inscrita en el Registro de la Propiedad. El acreedor ejercita la acción hipotecaria en 18 de mayo de 1940, cuyo procedimiento terminó mediante auto en que se adjudicó a un tercero, ordenándose la cancelación de todas las inscripciones posteriores a la inscripción de la hipoteca ejecutante, entre ellas la del arrendamiento. El adjudicatario obtuvo en 17 de julio de 1943 la posesión judicial y en 23 de septiembre de 1943 el arrendatario promovió demanda a fin de obtener la declaración y reconocimiento judicial de su cualidad de arrendatario y, como consecuencia, a que se condenase al arrendador a mantenerle en el goce pacífico del arrendamiento hasta su terminación.

(169) Debe tratarse de los artículos 27 de la Ley de 1935 y 9 de la Ley de 1942.

(170) Debe ser arrendatario.

trascendencia que los de su propio derecho, y como el de éste no llegaba a cederlo en oposición o perturbación del otro antecedente, la consecuencia de resolución proviene de su origen.

3.º El concepto resolución no viene limitado al usufructo ni a otros supuestos que impliquen la integración en uno de los derechos confluentes o la vuelta a su posición inicial de un derecho transitoriamente ostentado, y no hay motivo técnico para dejar fuera del ámbito del artículo 25 al caso de hipoteca anterior que se ejecuta (171).

(171) Esta sentencia, aparte de la imprecisión en el empleo de los términos jurídicos, en especial de los relacionados con la ineficacia, está huérfana de toda sintaxis. En definitiva, los considerandos principales dicen así: «*La hipoteca, derecho real de máxima garantía para la realización del valor en la cosa gravada, efectuada por el titular del pleno dominio, naturalmente pulveriza cuando su efectividad llega, cuantas cargas o limitaciones de disposición, uso y disfrute figuren establecidas en el fundo posteriormente a la fecha de aquélla, momento en que fué perfecta y han de retrotraerse todos sus efectos. Produce sin duda tal destrucción incluyente de cualquier cohibición del goce y la perdurable cesión de éste, porque es de esencia sustancial de la calidad de este característico gravamen y porque la razón advierte la notoria influencia que en el dicho valor inmobiliario en cambio tienen los condicionados de la facultad de disfrutar que ciertamente merman la garantía constitutiva, y cuando se trate de arrendamientos a largo plazo, estipulado después de dicha garantía, ocasiona el finiquito de éste. Lo determina magistralmente el ser cancelada su inscripción si lo estuviere como derecho real y la causa de su título personal, porque la propia hipoteca deshace el derecho del arrendador para acceder en perjuicio de la facultad dominical que integra parte de lo realizable asegurado. De no entenderse así, el efecto hipotecario sería vacuo, pues a dejarlo incierto bastaría ceder el disfrute por tantos años que prácticamente, si se abonaren anticipados—y no en el tiempo y forma de pago hay legales topes—, reducirían poco a menos que a la nada el valor de la finca.*»

No es, pues, el remate en ejecución de la hipoteca o la venta en su procedimiento de efectividad, siempre que el arrendamiento figure concertado posteriormente a aquel gravamen una transmisión de finca regida por el ya citado artículo 27 ó el 9.º, también dicho, pues ésta viene de acto precedente; que no autoriza el derecho de ceder el disfrute cual consta practicado y que por lo mismo lo deshace e impone resolver el arrendamiento según prevé el artículo 25, asimismo aludido. Si la pugna de derechos surgiere entre el de hipoteca posterior al arriendo y éste no inscrito, su solución, que de ningún modo se prejuzga, merecería meditar sobre la trascendencia registral en este aspecto social; pero siendo primera en el tiempo aquélla y efectivamente conocida por el arrendador, no hay más que fijarse en el penúltimo párrafo del artículo 3.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 para percibir que los actos del arrendador que ha de ser poseedor jurídico del disfrute no pueden tener más trascendencia que los de su propio derecho, pues éste no llegaba en el supuesto tan repetido a cederlo en oposición o perturbación del otro antecedente. La consecuencia de resolución es traída de origen.

El concepto específico de resolución técnico-jurídico arrendaticio no se cree limitado a los casos de usufructo que ciertamente no precisaba regularse en el artículo 25 tan repetido, porque ya en el 9.º de la misma Ley, en su original y párrafo 2.º, se consigna quedarán los arrendatarios (sic) resueltos al terminar aquél ni otros que impliquen la integración de uno de los derechos confluentes o la vuelta a su posición inicial de un derecho transitoriamente ostentado, pues sin profundizar en su estudio se percibe alguno incontrovertible, cual la expropiación forzosa de la finca, que no se encuentra en estos supuestos. De modo que no hay motivo técnico para entender fuera del ámbito de tal artículo

FLÓREZ DE QUIÑONES (172) ha criticado severamente esta sentencia sobre la base de los argumentos que pueden resumirse así:

1) La cancelación de los derechos inscritos en el Registro, por efecto de la ejecución hipotecaria, es una consecuencia del rango hipotecario, y se cancelan porque la regla 17 del artículo 131 lo ordena taxativamente.

2) La hipoteca sólo defiende el derecho del acreedor a hacerse pago de su crédito con la parte del precio obtenido en la venta que sea necesario para ello, sin que pueda por menos de estimarse excesiva la pretensión que defiende también los intereses del que adquiere la finca en la ejecución hipotecaria, el cual es un simple comprador y, por ello, un sucesor del transmitente, con las limitaciones, en cuanto a la sucesión en la responsabilidad que la regla 8.^a establece; pero también con las ampliaciones que ordena el artículo 9.^o de la Ley de 23 de julio de 1942.

3) De los considerandos deduce que parece resultar que el éxito del comprador y el fracaso del arrendatario se deben al largo plazo pactado en el arrendamiento (173). El argumento sería correcto—añade—en una acción por fraude ejercitada por el acreedor, pero es más discutible aplicada al adquirente y en contra del arrendatario, teniendo en cuenta que la legislación especial está dirigida a proteger la consolidación del arrendamiento poniendo trabas y dificultades para desahuciar y el establecimiento de prórrogas forzosas con obligaciones de cultivo directo por el propietario, todo ello dirigido a conseguir la permanencia, durante largos plazos, en la finca arrendada.

4) La frase de la sentencia «si la pugna de derechos surgiere entre el de hipoteca posterior al arriendo y éste no inscrito; su solución, que de ningún modo se prejuzga, merecería meditar sobre la trascendencia registral en este aspecto social...» le hace parecer a FLÓREZ DE QUIÑONES que el resultado hubiera sido diferente si el arrendamiento no hubiese sido inscrito. Y de esta apreciación deduce que de dicha sentencia se adivina otra idea, que vamos a transcribir íntegra: «La Ley Hipotecaria al admitir a inscripción el arrendamiento le proporcionaba efectos reales, aun sin llegar a transformar completamente su naturaleza, y enervaba la acción de rescisión por compra, coadyuvando así a una mayor seguridad en el disfrute de la finca arrendada. De donde resulta que es de peor condición el contrato inscrito que el no inscrito.»

No es necesario ocuparse de todos estos argumentos, pues ya se ha examinado largamente las cuestiones que plantea FLÓREZ DE

lo 25 el caso de hipoteca anterior que se ejecute, donde la adquisición por quien remata o por el acreedor viene a ser el resultado de aquella resolución del derecho dominical, sin la cual no se hubiera producido.»

(172) Loc. cit.

(173) Al efecto subraya la siguiente frase contenida en uno de los considerandos: «... cuando se trate de arrendamientos a largo plazo, estipulado después de dicha garantía, ocasiona el finiquito de éste.»

QUINONES en los que figuran bajo los números 1 y 2. En cuanto a los otros dos creemos que hay que tener en cuenta las siguientes observaciones:

El plazo del arrendamiento no puede ser, en nuestra legislación, la causa de su extinción en caso de ejecución de la hipoteca, porque la extinción del arrendamiento depende, según se ha dicho, de reglas fundamentales. La mayor o menor duración del plazo puede influir de *lege ferenda*, en cuanto el legislador pretenda autorizar la subsistencia del arrendamiento que haya sido otorgado por persona diferente de la titular de la esfera jurídica en la que incide, si se tiene en cuenta que cuanto mayor es el plazo más grave es la invasión de aquella esfera jurídica. Por esto, las legislaciones francesa e italiana, que autorizan expresamente la subsistencia del arrendamiento otorgado por el usufructuario para después de la extinción del usufructo, ponen límites temporales a esta subsistencia.

El último de los argumentos de FLÓREZ DE QUINONES se funda en una apreciación subjetiva que, además, descansa sobre bases incompletas, porque la frase de la sentencia habla de dos hechos que, eventualmente, podrían dar lugar a una solución diferente y que son: hipoteca posterior al arriendo y no inscripción de éste. Desde luego, que si el arrendamiento es anterior a la hipoteca, la solución ha de ser opuesta a la del fallo comentado. Pero cuando se trate de arrendamiento posterior a la hipoteca y éste no se halla inscrito, no hay razón alguna que abone una solución que esté en divergencia con la sentencia de 5 de febrero de 1945, ya que la causa de extinción del arrendamiento no se encuentra en el hecho de que la regla 17.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria ordené la cancelación de los asientos posteriores a la hipoteca ejecutante, sino en un principio general de derecho, que entre otras manifestaciones en nuestro Derecho Positivo, ha sido consagrada en la referida regla (174).

b) En la Ley de Arrendamientos Urbanos no existe una disposición que, de una manera expresa y clara, excepción para los arrendamientos urbanos protegidos de los efectos que la ejecución de la hipoteca provoca respecto de los derechos constituídos con posterioridad a la hipoteca ejecutante. La única traba radica en la interpretación que la doctrina ha venido dando a la frase «aunque cambie el titular arrendador» empleada por el artículo 70.

En el transcurso de este trabajo se ha intentado demostrar las siguientes afirmaciones:

1.^a Que el propietario de la finca, una vez constituida la hi-

(174) En cambio, no interesa a nuestros fines la sentencia de 22 de diciembre de 1945, relativa a la extinción de un arrendamiento inscrito, por tratarse de arrendamiento de explotación industrial, la cual, con relación al arrendamiento regulado por leyes especiales declara: «... quedando al margen del debate las normas especiales que regulan los arrendamientos rústicos y urbanos, porque no son extensivos al caso de autos que contempla el arrendamiento de una explotación industrial.»

poteca, se encuentra en una situación de titularidad no perfecta, de análogas características a las de un derecho derivado o resoluble, lo cual se manifiesta en la pérdida del derecho hipotecado, como consecuencia de la ejecución y sin acto alguno de voluntad por parte del ejecutado.

2.^a No constituye materia regulada por la Ley de Arrendamientos Urbanos las consecuencias que, con relación a los contratos de arrendamiento sometidos a la misma, provengan de la falta de presupuestos del negocio, como lo es el poder de disposición, o de los defectos del contrato. Al no contener la Ley de Arrendamientos Urbanos norma alguna respecto a estas materias, han de regirse por el Derecho normal (175).

3.^a La situación del propietario arrendador, una vez constituída la hipoteca, es la de un titular, a quien no falta ciertamente la facultad de disponer y, por tanto, la de arrendar, pero, esta facultad no es la normal, sino que adolece, como toda su posición jurídica respecto de la finca, de un germen patológico, constituído por la posibilidad de agresión jurídica por parte del acreedor, y que en caso de que tenga plena eficacia, es decir, de que el acreedor ejecute, provocará la pérdida del derecho del propietario hipotecante y la de los que tengan un derecho derivado del mismo. El propietario hipotecado puede arrendar, pero su arrendamiento durará, en caso de ejecución, hasta tanto no sea ejecutado.

4.^a La frase «cambie el titular arrendador» del artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no comprende la consolidación del derecho derivado en el constituyente, de manera que cuando se produce la consolidación se extingue el arrendamiento otorgado por el titular derivado. Y que la razón de que el arrendamiento otorgado por el titular derivado se extinga con el derecho del arrendador, es la de que no existe sucesión entre titular derivado y titular que consolida, y

5.^a En las transmisiones que son consecuencia de una venta forzosa, el adjudicatario sólo es sucesor del ejecutado con relación al momento de constituirse la hipoteca, ya que la adquisición del adjudicatario descansa no sólo en el derecho del ejecutado, sino también en el del ejecutante, que con su derecho provoca, en caso de que exista ejecución, el cierre de la actividad jurídica eficaz del propietario con relación a la finca hipotecada.

Por consiguiente, creemos que se puede afirmar que la posición del propietario hipotecante, una vez constituída la hipoteca y supuesta la ejecución de ésta, es análoga a la del usufructuario y a la del heredero fiduciario condicional, en el caso de que se cumpla la condición resolutoria a éste impuesta. Porque es evidente que si al constituirse la hipoteca hubiese la certeza absoluta del incumplimiento de la obligación asegurada y subsiguiente ejecución, la posición del propietario sería la de un titular temporal

(175) Arts. 13 de la L. A. U. y 16 del C. c.

del derecho y la efectividad de la pérdida tardaría en producirse el mismo tiempo en que tardase en dictarse el auto de adjudicación en el procedimiento judicial sumario o en firmarse la escritura de venta si se tratase de otro procedimiento. El que exista incertidumbre, durante la subsistencia de la hipoteca, sobre si habrá o no incumplimiento, no altera, en lo más mínimo, la situación del propietario, en el caso de que exista tal incumplimiento y se ejecute la hipoteca.

Y el arrendamiento otorgado por el propietario, una vez constituida la hipoteca, ha de extinguirse al producirse la transmisión subsiguiente a la ejecución promovida por el acreedor hipotecario, por las mismas razones que se produce para el arrendamiento otorgado por el titular del usufructo y, en general, por el titular de un derecho derivado. La pérdida del derecho del arrendador, por un defecto del derecho, es materia no regulada por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Que estas causas por las que se produce la extinción del arrendamiento otorgado por el usufructuario son aplicables *mutatis mutandis* al otorgado por el propietario hipotecario, lo confirma la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en materia de usufructo:

El Tribunal Supremo ha declarado, como antes se ha expuesto, que «... el nudo propietario... ni es sucesor en concepto jurídico... del usufructuario, ni, por ende, trae causa alguna de que el que le vincule para subrogarse en las obligaciones que aquél contrajo, estando respecto del arrendatario en el caso del principio *res inter alios acta nec nobis prodest nec nocet...*» (176), y que «... la cosa usufructuada al revertir a la posesión del nudo propietario, terminado el usufructo, no puede volver con otros gravámenes que los que tuviera al constituirse aquél...» (177).

En estas sentencias sólo basta cambiar las palabras nudo propietario, usufructuario y cosa usufructuada por adjudicatario, ejecutado y finca hipotecada.

Y en la sentencia de 19 de mayo de 1952, relativa al arrendamiento otorgado por el heredero fiduciario que ve resuelto su derecho, el Tribunal Supremo dice: «...es indudable que en cuanto al modo de disfrute existe gran semejanza entre una y otra institución (usufructo y sustitución fideicomisaria), en cuanto ambas están presididas por la nota común de *quedar sujetas a condición resolutoria por vencimiento del término de constitución o por fallecimiento del usufructuario...*». Dejando aparte ciertos motivos de crítica, de los que ya nos hemos ocupado, interesa señalar que el Tribunal Supremo destaca que, en ambos casos, no existe una titularidad perfecta, sino que adolecen de limitaciones que implican la posibilidad de extinción del derecho en cuanto concurren determinados hechos y esto ocurre también en el derecho del titular

(176) S. de 14 de mayo de 1952.

(177) S. de 14 de mayo de 1952.

hipotecado desde el momento de la constitución de la hipoteca.

En definitiva, se llega a la conclusión de que el ejercicio de la acción hipotecaria provoca la extinción de los arrendamientos otorgados con posterioridad a la constitución de la hipoteca ejecutante y el adjudicatario puede desahuciar al arrendatario, siempre que no exista una voluntad, expresa o tácita, de dicho adjudicatario, demostrada por hechos concluyentes, que signifique su voluntad de prórroga o de otorgamiento de un nuevo arrendamiento de igual contenido que el anterior (178).

(178) La posibilidad de extinción del arrendamiento urbano regido por la L. A. U. como consecuencia de la ejecución de la hipoteca la apunta **MORO LEDESMA** al final de un dictamen que lleva el siguiente título: *Relaciones entre la Ley arrendaticia urbana y los préstamos hipotecarios*, Madrid, febrero 1954.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Ninguna ley puede durar, proyectándose al futuro, si no se asienta sólidamente en unos antecedentes que la justifiquen desde el pasado. Los antecedentes jurídicos son para las nuevas leyes como las raíces a las plantas. Un árbol sin raíces no puede vivir; cualquier sople lo derribará.

El Derecho no debe inventarse, y aunque lo inventásemos sólo podría vivir si, casualmente, germinase en tierra fértil, es decir, si el invento encajara en el clima moral económico o sociológico circundante y si pudiera enraizar con un mínimo de viabilidad.

Por eso, el legislador, consciente de su misión, debe conocer las semillas, las estacas y los esquejes, a sembrar, plantar e injertar, así como la contextura del suelo y el clima atmosférico en los que debe desarrollarse su obra. Para lo primero, les es indispensable estudiar historia. Esta le ofrecerá antecedentes, resultados y doctrinas a través de los cuales podrá seleccionar los materiales y depurar los instrumentos técnicos más adecuados. Para lo segundo, debe aguzar su sensibilidad para captar la conveniencia, oportunidad y posibilidades de su labor y para adaptar a las necesidades presentes, mirando al futuro, aquellas elaboraciones hechas por la técnica jurídica con la experiencia suministrada por el pasado.

La Ley que comentamos no carece de antecedentes, ni le faltó clima actual que reclamara su elaboración. Aunque en algunos extremos es posible que haya querido llegar más allá de lo aconsejable, dados los medios técnicojurídicos disponibles y de lo reclamado por las necesidades teleológicas de nuestra realidad económico-social.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

a) *Paulativo planteamiento del problema de las garantías reales en el Derecho romano.*

La garantía real requiere la sujeción de la cosa que constituye su objeto. Actualmente por esa sujeción de la cosa destaca de la garantía puramente personal, respecto la cual ofrece la indudable ventaja de no disiparse con la insolvencia del deudor. Pero, en el primitivo Derecho romano constituyó más bien el *pendant* de la sujeción personal del deudor dado en *nox*.

El Derecho en sus orígenes es tan simplista como absoluto. Sus instituciones carecen de matices, son concretas y oscilan entre conceder todo o negarlo absolutamente. De persona a cosa sólo se concibe que aquélla sea dueña de ésta o que no lo sea. Para sujetar una cosa debe adquirirse su dominio. La *fiducia cum creditore*, a través de la transmisión dominical, mediante la fórmula de la *mancipatio*, y de la obligación contraída por el acreedor de retransmitirla al deudor, si éste satisface la deuda, fué la primera fórmula de garantía real que elaboró el Derecho. Sin duda era excesiva a los fines perseguidos: sobraba seguridad al acreedor con la consiguiente inseguridad por el deudor.

Percibida la diferencia entre *dominium* y *possessio*, y protegida jurídicamente la posesión, balbucea una nueva forma de garantía. Se transmite la posesión y se conserva el dominio. El acreedor puede retener la cosa mientras el deudor no le pague (*pignus*). La *missio in possessio* es la nueva fórmula constitutiva. Pero mientras el acreedor conserve la posesión de la cosa pignorada, el deudor no puede utilizarla, con evidente perjuicio cuando represente para él un elemento de producción y de trabajo. Se garantiza así el cobro al acreedor, pero se dificulta la posibilidad de liberación del deudor.

Cuando a la titularidad de la prenda se unió la posibilidad de instar la venta de la cosa pignorada, para satisfacer con su precio la obligación garantizada, se pudo pensar en la posibilidad de aislar esa facultad de la posesión de la cosa. El medio inicial fué simplemente la *retrotraditio* de la prenda. Después, la ley prescindió de la *missio in possessio*, tratándose de los *invecta et illata* y, por fin, la *conventio* pudo ser la forma constitutiva de la prenda, así que comenzó a imponerse el predominio de la *voluntas* sobre la forma en la génesis y en la determinación del contenido de los negocios jurídicos a través de su interpretación. De ese modo, se pudieron constituir por *pignus quo non transit nec possessio ad creditorem* o *hypotheca* garantías reales sobre elementos de producción y trabajo del deudor, sin privar a éste de su uso, facilitándole sus posibilidades de pago y liberación. Así, después de la prenda legal sin desposesión de los *invecta et illata*, pueden multiplicarse los objetos de garantía. Incluso se configuran el *pignus tabernae*, la *hypotheca* de aquellas cosas que «*noundum sunt, futura tamen sint... ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum*», e incluso la *hypotheca omnium bonorum*.

b) *Replanteamiento del problema en el crisol germánico del «Droit coutumier» difundido por el «Code de Napoléon».*

El esquema de los medios de garantía legados por el Derecho romano ha sufrido la proyección de una importante cuestión teleológica que el Derecho germánico y los usos comerciales orientaron a favor de la seguridad dinámica; una matización dogmática, a través de la formulación bizantina de los bienes en muebles e in-

muebles y de la mayor adecuación de unos y otros para la forma posesoria o para la convencional y la recepción de un nuevo elemento de publicidad formal—la inscripción en los registros públicos—aplicable a la sujeción en garantía de ciertos bienes.

Con estos elementos el *Droit Coutumier*, principalmente en las regiones de París y Orleáns, cristaliza bajo las viejas denominaciones de prenda (*gage*) e hipoteca (*hypothèque*), dos conceptos netamente diferenciados, que difunde el *Code de Napoléon* y que, a través del Proyecto de 1851, penetran en nuestra Ley Hipotecaria y en el Código civil español.

He ahí los postulados de la nueva elaboración:

Tratándose de bienes muebles no es posible admitir su persecución frente a terceros adquirentes de buena fe (*meubles n'ont pas de suite*) o, por lo menos, no cabe su persecución hipotecaria (*meubles n'ont pas de suite par hypothèque*). Respecto a ellos, no cabe otro medio de garantía real que la prenda poseída por el deudor y supeditada a la consecución de dicha posesión.

Los bienes inmuebles, en cambio, son registralmente identificables y tienen un tráfico más pausado. Ello permite la publicación registral de sus cargas y aconseja al presunto adquirente el examen de los correspondientes asientos para conocerlas. La hipoteca encarna en la inscripción como único medio de dotarla de reipersecutoriedad frente a todo tercero.

Esa distinción caracterizó la prenda: a) Por el dato de la persistencia de la puesta en posesión, que pasó a ser requisito esencial para su eficacia real, *erga omnes*, b) Por restringirse su aplicación a los muebles, por razón de adaptarse adecuadamente a esta forma de garantía posesoria.

Y caracterizó la hipoteca: a) Por su constatación registral, que con mayor eficiencia dota la garantía de visibilidad suficiente para imponerla a todo tercero; y b) Por aplicarse únicamente a los inmuebles, considerados como los únicos bienes susceptibles de publicidad registral.

c) *Nuevos intentos de revisión de las garantías mobiliarias: hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión.*

La cuestión no quedó definitivamente resuelta. Una nueva revisión teleológica no se hizo esperar por parte de las legislaciones y de la doctrina. Continúan aleteando los inconvenientes que la prenda normal sin desposesión supone al deudor. Sigue repitiéndose que amortiza los elementos de trabajo y de producción, al privar al deudor de su utilización, que disminuye la capacidad productora y la posibilidad de liberación de éste y cierra fuentes de producción y de riqueza a la economía nacional.

El problema se ha acentuado progresivamente en los tiempos modernos, en los que ha ido perdiendo fuerza lógica la clasificación totalitaria de los bienes en muebles e inmuebles. Han surgido

nuevos bienes: la propiedad intelectual y la industrial, los automóviles, las aeronaves, las empresas mercantiles. Su desenvolvimiento y desarrollo emparejados a los progresos de la técnica y al apogeo del maquinismo y la industria ha hecho alcanzar a estos muebles un valor jamás sospechado y una importancia extraordinaria como medios de producción en gran escala.

Por eso desde hace varias décadas se están buscando fórmulas que afiancen las garantías mobiliarias, salvando estos inconvenientes sin lesionar la seguridad crediticia ni las bases del comercio jurídico de bienes muebles.

Varios caminos se han ensayado para salvar esas dificultades:

α) El más racional se ha basado en la revisión de los dualismos hipoteca-inmuebles y prenda-muebles. En la segunda mitad del pasado siglo Exner observó la vaciedad que suponía hacer reposar en la cualidad de la cosa gravada y no en la naturaleza del derecho la distinción entre hipoteca y prenda. FERRARA junior, bastantes años más tarde, se adhirió a esa tesis. Hallada la esencia de la hipoteca actual en la publicidad registral, la naturaleza de los bienes aptos para ser hipotecados deriva de su adecuación a dicha publicidad. LEOPOLDO ALAS, ROYO MARTÍNEZ, FEDERICO DE CASTRO y ANGEL SANZ han sido los primeros que en España han planteado esta distinción; JOSÉ MARÍA DE PORCIONES la quiso recoger en un anteproyecto particular que estaba elaborando cuando cesó como Director general de los Registros y del Notariado.

β) Pero comoquiera que son muchos los bienes muebles no aptos para ser hipotecados—sea por razón de las dificultades de su individualización específica o bien por los perjuicios que el comercio jurídico reportaría la necesidad de que todo adquirente examinara previamente el registro para asegurarse de la libertad de cargas del bien adquiridos—respecto de algunos de esos bienes se ha intentado utilizar otros medios para hacer compatible la pignoración con el mantenimiento del deudor en la posesión de los bienes ofrecidos en garantía. Así, observamos:

1.º El sistema denominado de la prenda sin desplazamiento, por el cual el pignorante se constituye en depositario de la cosa pignorada en nombre del acreedor. Se caracteriza: por la inscripción de la prenda; por su constitución en depósito en manos del mismo pignorante, y por la determinación del *status loci* de la cosa pignorada.

2.º El sistema francés de los *warrant a domicile*, en los que la posesión del bien pignorado se sustituye por la de su *warrant* representativo, unido a su inscripción. Claro que—como ha subrayado CABRILLAC—la jurisprudencia francesa no ha podido ni ha querido sustituir totalmente la posesión de la cosa por la del *warrant*—lo cual no sólo resultaría *contra natura*, sino, además, perjudicial al comercio jurídico—, y, por ello, los efectos del artícu-

lo 2.279 han seguido arrojando la posesión real de la cosa y no la representativa de su *warrant*.

3.º El sistema de los signos o marcas, combinado o no con uno u otro de los sistemas anteriores para ampliar su eficacia. Procedimiento que no ha podido superar los inconvenientes de la desaparición del signo o marca y de la desvalorización de los bienes que hubieran sufrido la estigmatización.

d) *Posición de la ley española.*

A la vista de los antecedentes expuestos, la Ley de 16 de diciembre de 1954 ha seguido dos caminos, como su mismo enunciado expresa: el de la hipoteca mobiliaria, al considerar ciertos bienes muebles—que determina con criterio de *numerus clausus*—susceptibles de ser hipotecados, y el de la prenda sin desplazamiento, en los términos que luego vamos a resumir.

Para hacer una sucinta reseña de la materia de esta Ley, seguiremos, uno a uno, los epígrafes de su propio texto.

II. DISPOSICIONES COMUNES A LA HIPOTECA MOBILIARIA Y A LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN

A) *Bienes susceptibles.*

El primer artículo de la Ley exige que los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento sean enajenables, y que, en caso de estar en proindivisión o pertenecer en usufructo y nuda propiedad a titulares distintos, no puedan hipotecarse ni pignorararse sino en su totalidad, con el consentimiento de todos los partícipes. Esta última exigencia es justificada en la *Exposición de motivos* por razones de orden práctico, para evitar el posible confusionismo que en otro caso pudiera originarse.

B) *Prohibiciones objetivas a su constitución.*

El artículo 2.º prohíbe que se constituya hipoteca mobiliaria o prenda sin desposesión sobre bienes que ya estuvieran hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado. La prohibición comprende tanto el caso de que la hipoteca anterior sea mobiliaria como el supuesto de afección a hipoteca inmobiliaria, por la extensión prevista en el artículo III de la Ley Hipotecaria, y lo mismo la prenda anterior posesoria que la constituida sin desposesión.

La prohibición es objetiva, como resulta del propio texto de la Ley. El notario debe negarse a su autorización y el registrador denegar la inscripción en caso de contravenirse este precepto.

Pero puede ocurrir que, aun existiendo alguna o algunas de las causas expresadas que motivan la prohibición, éstas no puedan ser apreciadas por el notario ni por el registrador y, posiblemente, que incluso sean desconocidas por el acreedor que pretende garantizar su crédito. En estos casos probablemente se inscribirán dichas hipotecas o prendas irregularmente constituidas.

Para tales supuestos, así como en caso de constitución *a non domino*, deberá tenerse en cuenta lo que dispone el último párrafo del artículo 3.º de la Ley: «La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Los asientos practicados en los libros especiales de hipoteca y de prenda, que se han de llevar en el Registro de la Propiedad, están bajo la protección de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se cancelen o se declare su nulidad.»

Planteada la cuestión en este terreno, debemos resolver si la acción para impugnar la hipoteca o la prenda irregularmente constituida por transgresión del artículo 2.º será una acción de nulidad absoluta o de mera anulabilidad. A nuestro juicio, la *ratio* del precepto (expuesta en la *Exposición de motivos* con respecto al supuesto de precio aplazado pendiente) justifica que se trata de un supuesto de anulabilidad. Por tanto, sólo puede pedir la quien esté legitimado por ser titular de la prenda, hipoteca o embargo anterior o acreedor del precio pendiente, y será sanable cancelando la carga anterior o pagando totalmente el precio aplazado.

Es de notar que el artículo 68 *d)* de la Ley declara inscribibles los mandamientos judiciales de embargo sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario o pignoraticio, y que el artículo 13 del Reglamento de 17 de junio de 1955 incluye como inscribibles los títulos de adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca cuyo precio se hubiera aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio, «siempre que consten en escritura pública».

¿Puede deducirse de ello que los embargos no inscritos o el precio aplazado garantizado en la forma dicha, pero no inscrito, no perjudicarán al titular de la hipoteca o prenda posteriormente constituidas?

Ningún precepto de la Ley determina dicho resultado. La *Exposición de motivos* de la Ley parece aceptarlo, tratándose de embargos, pero induce a admitir la solución contraria con respecto a la pendencia del precio aplazado. Nosotros creemos indispensable distinguir:

a) El crédito del vendedor por razón del precio aplazado parece que debe legitimar siempre a su titular para pedir la anulación de la hipoteca o prenda, aunque no conste en la forma prevista en el artículo 13 del Reglamento. «Exigir al vendedor para estar debidamente garantizado—dice la *Exposición de la Ley*—que acudiera siempre a la hipoteca o a la prenda, sería muy gra-

voso para el comprador y chocaría con la práctica habitual en esta clase de ventas.» Más gravoso aún, e igualmente opuesto a la práctica habitual, sería exigirle la formalización en escritura pública—con la consiguiente liquidación de derechos reales—de la compraventa bajo reserva de dominio o condición resolutoria y su inscripción en el Registro.

Pero lo cierto es que esos razonamientos de la *Exposición de motivos* de la Ley resultaban más precisos en el Anteproyecto y resultan excesivos aplicados al texto vigente. El Anteproyecto prohibía la hipoteca en caso de pendencia del precio del objeto solamente tratándose de máquinas, mobiliario, instrumentos, utensilios y demás elementos de trabajo de los establecimientos mercantiles (art. 17), de sus mercaderías o materias primas (art. 18), de los automóviles (art. 36) y de la maquinaria industrial (art. 48), y siempre en la prenda sin desplazamiento (art. 65). En cambio, no prohibía la hipoteca en caso de pendencia del precio de traspaso del local o de sus instalaciones fijas ni del precio de las aeronaves o de la propiedad intelectual e industrial. En esos casos, al autorizar la hipoteca, aunque el precio de adquisición no estuviera totalmente pagado, no se atentaba contra el principio defendido, según las palabras de la *Exposición de motivos*. Por ello, si la Ley hubiera seguido en este punto el Anteproyecto, estaría plenamente justificado el párrafo primero del artículo 13 del Reglamento de 17 de junio de 1955. Pero la Comisión de Códigos, al crear las disposiciones comunes de la hipoteca y de la prenda, generalizó, sin excepción alguna, la prohibición de hipotecar o pignorar sin desposesión los bienes cuyo precio de adquisición no estuviera totalmente pagado, a no ser cuando se constituyan precisamente para garantizar su pago.

b) Los embargos no inscritos no pueden oponerse a la hipoteca mobiliaria o a la prenda sin desplazamiento, siempre que éstas hayan sido regularmente constituidas y que el titular de las mismas sea de buena fe.

La *Exposición de motivos* explica que: «anotado un embargo, si posteriormente se constituye una hipoteca, carecerá ésta de toda efectividad y no será inscribible. Asimismo ocurrirá en la prenda. No obstante, si se hubiera decretado aquél por la autoridad judicial, pero no se hubiera llevado al Registro, tanto la hipoteca como la prenda serán válidas y gozarán de rango preferente a ese embargo no acogido a su debido tiempo a la publicidad registral.»

Sin embargo, parece que este resultado sólo puede imponerse cuando la hipoteca o la prenda se hayan constituido regularmente, y no puede constituirse regularmente la prenda si el embargo, inscrito o no, ha sido material y prácticamente efectivo, pues en este caso no será posible cumplir el requisito de la constitución en depósito de la cosa pignorada en manos del deudor (arts. 57, números 2 y 3, y 59). En colisión un embargo efectivo con desposesión

del deudor, pero no inscrito, y una prenda sin desplazamiento posterior, pero inscrita, en la que no se cumplieron los requisitos de los números 2 y 3 del artículo 57, sin duda deberá prevalecer el embargo por la irregular constitución de la prenda.

C) *Forma constitutiva.*

Del artículo 3.º de la Ley se deduce que dos requisitos son necesarios para la efectividad de las garantías mobiliarias que regula la Ley:

1.º Su constitución en escritura pública, aunque tratándose de prendas sin desplazamiento que garanticen operaciones bancarias o se refieran a cualquiera de los supuestos comprendidos en el artículo 93 del Código de comercio, también podrán constituirse mediante póliza intervenida por agente de Cambio y Bolsa o corredor de comercio. Es decir, que la posibilidad de constitución de la prenda en póliza requiere: la intervención mediadora del agente o corredor (la fe de los agentes y corredores va unida a su intervención, como mediadores en la operación) y que la operación esté incluida en las enumeradas en el apartado segundo del párrafo primero del artículo 3.º de la Ley.

2.º Su ulterior inscripción: *condicio iuris* de la efectividad de la garantía. La falta de la inscripción—según el párrafo tercero del artículo 3.º—«privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que respectivamente las concede esta Ley». Es decir, los relativos a su calidad hipotecaria o pignoratícia, no los correspondientes al crédito garantizado o por su forma. En cambio, según el párrafo cuarto, la inscripción carece de valor sanatorio, aun cuando surta todos sus efectos, mientras no se cancele o declare su nulidad.

D) *Prohibición de enajenar los bienes gravados.*

El artículo 4.º dispone que: «El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin consentimiento del acreedor.»

La prohibición—justificada por razones no dogmáticas, sino teleológicas, como lo es la importancia que para el acreedor tiene, en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento, la persona del titular de los bienes gravados—no es objetiva, sino subjetiva, conforme la letra del precepto. Es decir, éste no declara inalienables los bienes hipotecados o pignorados, sino que prohíbe al deudor realizar dicha enajenación. Así lo observaron los autores del Anteproyecto en su *Exposición de motivos*. La exposición de la Ley no recoge los párrafos de aquélla que trataban de esta cuestión; pero no ha modificado el signo subjetivo con el que está redactada la prohibición.

De ello dimana—y así seguía expresándolo la exposición del Anteproyecto—que la enajenación realizada en contravención de dicha prohibición, si bien ilícita para el deudor, no era objetivamente ineficaz, por lo menos si el adquirente obró de buena fe.

No cabe alegar, en contra de esta interpretación, que, conforme al artículo 4.º del Código civil, son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo en los casos que la misma Ley ordene su validez. El maestro FEDERICO DE CASTRO (*Derecho civil de España*, T. I, segunda edición, pág. 538) ha precisado, al efecto, que la nulidad de todo acto contra ley no significa «que sea inexistente o sin valor en el Derecho, sólo se excluyen las consecuencias favorables para el infractor, no las que se deriven de la ilicitud del propio acto (para indemnización) o las que sirvan de apoyo a la buena fe de un tercero».

Las consecuencias de esa enajenación serán, pues, las siguientes:

- 1.º Responsabilidad civil del deudor por daños y perjuicios.
- 2.º Vencimiento del crédito garantizado. No sólo en el supuesto de la causa tercera del artículo 29 de la Ley, que prevee especialmente el vencimiento de la hipoteca de establecimiento mercantil por «enajenación por el deudor, sin consentimiento del acreedor de alguno de los bienes hipotecarios, excepto de las mercaderías, de conformidad con el artículo 22» (no olvidemos que la Ley detalla especialmente, por su mayor dificultad, la hipoteca de establecimientos mercantiles, sea concretando los principios generales o bien anticipándose a la previsión de las partes facilitándoles una pauta en materia tan nueva), sino también siempre que suponga disminución de la garantía para el acreedor, por aplicación del artículo 1.128 del Código civil.
- 3.º Responsabilidad penal. Prevista especialmente en los artículos 44 y 59, pero que puede tener lugar—como decía la exposición del Anteproyecto—siempre que, atendidas las circunstancias, concurren los supuestos necesarios para ello.
- 4.º Conservación de la reipersecutoriedad en la hipoteca mobiliaria, siempre que recaiga en elementos perfectamente identificados en la inscripción y únicamente en los demás supuestos si el adquirente fuera de mala fe, es decir, cómplice en el acto prohibido por la Ley.

Como resulta del propio artículo 4.º, el acreedor, beneficiario de la norma, podrá autorizar, previa o simultáneamente, la enajenación—total o parcial—o ratificarla *a posteriori*.

E) *Extensión de la garantía.*

«La hipoteca y la prenda se extenderán—según el artículo 5.º— a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante o al pignorante concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados o pignorados, si el siniestro o hecho que las motiva

acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda.» Del párrafo segundo del mismo artículo resulta que si la constitución de gravamen fué notificada al obligado a satisfacer la indemnización, éste no quedará liberado si paga al hipotecante o pignorante.

En este precepto deben entenderse comprendidas:

- 1.º Las indemnizaciones por razón de seguro (ver art. 6.º).
- 2.º Las derivadas de expropiación forzosa o de requisa.
- 3.º Las correspondientes a los daños causados a los bienes hipotecados o pignorados.
- 4.º Las que correspondan al titular del bien gravado por el ejercicio por tercero de un derecho de adquisición o de despido preferentes. Entre estas últimas indemnizaciones se incluyen las que debe satisfacer el arrendador del local de negocio al arrendatario saliente (art. 23).
- 5.º Incluso, el crédito por el precio aplazado de la cosa gravada, especialmente cuando sea imposible al acreedor hipotecario o pignoraticio ejercer la acción reipersecutoria, sea por razones jurídicas como meramente fácticas. A ese resultado se llega no sólo por interpretación extensiva —pero conforme a su *ratio*— del artículo 5.º, sino también por aplicación del artículo 1.186 del Código civil.

F) *Cantidades garantizadas.*

Salvo pacto expreso, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, en garantía de una obligación que devengue intereses, «asegurará a perjuicio de tercero, además del principal, los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente» (art. 9.º).

G) *Prelación.*

Notemos que, además de la extensión de la garantía y de la extensión asegurada, de la cesibilidad y de la prescripción especial, las disposiciones comunes a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento no regulan más efecto común a ambas instituciones que la prelación y no mientan siquiera a la reipersecutoriedad, que específicamente señala el artículo 16 para la hipoteca sin que ningún otro artículo la reconozca a la prenda sin desplazamiento.

El artículo 10 asigna a los acreedores garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento «la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1.922, número 2 y 1.926, número 1, del Código civil (*es decir, la asignada a la prenda manual*), «dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales».

(Esta salvedad, ¿debe entenderse referida sin excepción a todos los créditos laborales? o bien, ¿debe interpretarse en armonía

al 59 de la Ley de Contrato de trabajo? Nos inclinamos por esta segunda solución, apoyada precisamente en una norma concreta de la Ley fundamental en materia de Derecho laboral. Siendo así, habrá que reconocer —conforme la regla primera de dicho artículo— la preferencia de los créditos por salarios y sueldos por elaboración e incorporación a los bienes en cuestión, pero con limitación —por aplicación analógica del § 2.º de dicho número— a los salarios de las dos últimas semanas y a los sueldos del último mes. En cambio—conforme a la regla segunda del propio artículo 59—, el crédito pignoraticio debe tener preferencia con respecto a los demás créditos laborales aunque el bien pignorado se halle incorporado a la empresa o explotación.)

Este artículo 10 está limitado, con relación a la hipoteca aeronáutica, por el artículo 41 y, respecto a la prenda sin desplazamiento, por el artículo 66.

Por otra parte, la prelación establecida en el artículo 10 puede perder su efectividad frente a determinados créditos cuando la hipoteca o la prenda no hayan sido regularmente constituidas. Así ocurrirá en la hipoteca y en la prenda si el precio del objeto hipotecado o pignorado no estuviera totalmente pagado: supuesto en el cual el vendedor a quien se le adeudare podrá oponer esa circunstancia al titular de la hipoteca o al de la prenda, aun cuando estas garantías hubieran sido inscritas. Igualmente, con respecto a la prenda sin desplazamiento, la falta de constitución en depósito en su correspondiente *status loci*, podrán invocarla los titulares de prendas ordinarias, embargos posesorios o privilegios legales que posean el mismo objeto pignorado (ver Rev. Dr. Not. VIII, páginas 100 y sigs.).

H) *Prescripción.*

«La acción hipotecaria y la pignoraticia prescribirán a los tres años desde que puedan ser legalmente ejercitadas.» Es decir, que la ley—art. 11—señala para dichas acciones un plazo breve de prescripción, que normalmente será mucho más corto que el del crédito asegurado.

III. DISPOSICIONES GENERALES PARA LAS HIPOTECAS MOBILIARIAS

A) *Bienes susceptibles.*

Con criterio de *numerus clausus* determina la Ley los bienes que juzga—por su perfecta identificabilidad registral y adecuación a su régimen jurídico— susceptibles de hipoteca mobiliaria. Según el artículo 12:

- «Unicamente podrán ser hipotecados:
1.º Los establecimientos mercantiles.

2.º Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular.

3.º Las aeronaves.

4.º La maquinaria industrial.

5.º La propiedad intelectual y la industrial.

No podrán hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria ni los bienes comprendidos en los artículos 52, 53 y 54.»

B) *Principio de la individualidad de la hipoteca.*

El artículo 14 dispone para caso de hipoteca conjunta de varios establecimientos mercantiles, vehículos de motor, vagones, tranvías, aeronaves o derechos de propiedad intelectual o industrial, que «deberá distribuirse entre ellos la responsabilidad real por principal, y en su caso, por intereses y costas».

En cambio, no hay que olvidar que la hipoteca de establecimiento mercantil puede incluir entre sus elementos vehículos, maquinaria, derechos de propiedad industrial o intelectual que por sí solos podrían ser hipotecables. En estos supuestos la hipoteca es única e indivisa para todos los elementos que integran el establecimiento, unitariamente considerado.

C) *Reipersecutoriedad.*

Es expresada—con la misma fórmula empleada para la hipoteca inmobiliaria en los artículos 1.872 Código civil y 140 Ley Hipotecaria— en el artículo 16, que destaca su esencia radicante en la sujeción *erga omnes* en función de garantía de un crédito: «La hipoteca mobiliaria sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida».

No obstante, la reipersecutoriedad de la hipoteca no puede alcanzar a los elementos y partes integrantes ni a las pertenencias, que no queden debidamente individualizadas en la inscripción de la garantía—base de su eficacia—cuando sea de buena fe el adquirente de las mismas y éstas estén separadas de la unidad hipotecada (ver Rev. Dr. Not. cit., págs. 80 y sig.).

D) *Diligencia debida por el hipotecante y acción del acreedor en caso de depreciación no fortuita de los bienes hipotecados.*

El artículo 17 se remite a la diligencia tipo del buen padre de familia, e impone al hipotecante la obligación de hacer las reparaciones y reposiciones que fueren menester.

El artículo 18, en caso de depreciación no fortuita de los bie-

nes hipotecados, faculta al acreedor para pedir la intervención judicial, regulándose al efecto un breve y sumario procedimiento.

IV. HIPOTECA DE ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES

A) *Objeto.*

No lo es la empresa, ni siquiera la hacienda mercantil considerada como *universitas*, con su activo y su pasivo. Se centra en el local de negocio—del cual el hipotecante puede ser dueño o bien arrendatario con facultad de traspasar (art. 19)— con el que se integran, para constituir garantía unificada, determinados elementos del activo. El elemento espiritual del negocio —aviamiento o *achalandage*—, no es susceptible de sujeción real, aunque pueda conectarse con la hipoteca a través de la estipulación de obligaciones para el hipotecante tendentes a la conservación del aviamiento y la clientela del establecimiento.

B) *Contenido objetivo.*

a) Su *contenido inicial* tiene fijados por la ley un límite mínimo, otro límite máximo y su determinación natural a falta de pacto:

α) *Contenido mínimo*: Lo determina el artículo 20.

El contenido mínimo necesario debe integrarse por el arrendamiento del local o, en caso de ser el hipotecante propietario de éste, por lo establecido en el artículo 28 de la ley.

Ese contenido mínimo se extiende forzosamente a las instalaciones fijas o permanentes cuando pertenezcan al titular del establecimiento.

Ahora bien, así como sin comprender las expresadas facultades de goce del local no es posible la hipoteca del establecimiento, en cambio, la hipoteca puede no comprender las instalaciones fijas o permanentes, sea porque no las haya en el local o porque no pertenezcan al hipotecante.

β) *Contenido natural*. La determina el artículo 21:

Además de las expresadas facultades de goce del local y de las instalaciones fijas, la hipoteca comprenderá, salvo pacto en contrario:

1. El nombre comercial, rótulo del establecimiento, marcas distintivas y demás derechos de propiedad industrial e intelectual.
2. Las máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y de trabajo.

(Entre estos últimos debe entenderse comprendidos, sin duda, los vehículos que merezcan dicha calificación de instrumentos de producción y de trabajo.)

El párrafo final del artículo 21 requiere para que estos elemen-

tos queden afectos a la hipoteca: «Que sean propiedad del titular del establecimiento; que su precio de adquisición esté pagado y que se hallen destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial.»

γ) *Contenido máximo.* Es determinado *contrario sensu* por el artículo 22, en relación con los artículos 21 y 22.

Mediante pacto, la hipoteca puede extenderse, además, a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento cuando concurren los dos primeros requisitos exigidos en el párrafo último del artículo 21.

b) *Contenido complementario.* Lo señalan los artículos 5.º y 23. Este aclara que entre las indemnizaciones referidas por aquél se incluyen las que el arrendador del inmueble debe satisfacer al arrendatario conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos.

C) *Efectos de la hipoteca.*

Démoslos distinguir:

a) *Hipoteca constituida por el empresario que sea propietario del local.*

El artículo 28 determina que, en caso de ejecución, adquirirá de pleno derecho el adjudicatario la cualidad de arrendatario con sujeción a lo pactado en la escritura de hipoteca.

b) *Hipoteca constituida por el empresario que sea arrendatario del local.*

a) *Si no se ha notificado al arrendador la constitución de la hipoteca.*

El artículo 24, § 2.º, exige que se notifique al arrendador del local de negocio la constitución de la hipoteca del establecimiento instalado en el mismo. Este requisito lo habíamos entendido como esencial. (El apartado final del precepto, que determina que la notificación se hará «a instancia del acreedor o del deudor», no tuvo otro fin que el prevenir una posible jurisprudencia formalista que interpretara que sólo quedaba cumplido el precepto cuando fuera el cedente quien notificase la cesión al arrendador y que no bastara la que hiciera el cesionario.) Pero, a la vista del artículo 19, circunstancia *Tercera*, del Reglamento, parece que es posible inscribir la hipoteca aun a falta de notificación, haciéndose constar así en la inscripción.

Admitida por el Reglamento, al parecer, esa posibilidad resultará que, mientras no se verifique la notificación al arrendador —a constatar en su día por nota marginal en el Registro (art. 19, 3.º, apartado final)— la hipoteca no vinculará ni obligará en absoluto al arrendador, que no sufrirá las obligaciones del artículo 26 ni las derivadas del artículo 23, en relación con el artículo 5.º y, además, será válido el nuevo arrendamiento que el arrendador otorgue del local abandonado por el hipotecante (ya que, en este caso, la renuncia de éste será eficaz plenamente, según resulta *sensu contra-*

rio del art. 33) o, cuando lo haya recuperado por la causa 2.ª del artículo 76 I.A.U. (a pesar del artículo 90 de la L. H. M.), sin incurrir por ello en responsabilidad alguna.

β) *Si se ha notificado al arrendador sin solicitar o sin obtener su conformidad.*

Previamente podría plantearse: si la conformidad del arrendador debe ser rogada, si cabe prestarla con los efectos previstos por la ley sin necesidad de rogación, o si puede excluirse su eficacia expresando en la notificación que no se solicita el consentimiento. En el artículo 31 del Anteproyecto aparecía claramente que para producir esa conformidad los efectos previstos en la ley, era necesario que fuese instada por el acreedor o el deudor (y, sin duda, que ni acreedor ni deudor podrían solicitarla si al constituirse la hipoteca así lo conviniesen ambos). Pero el artículo 31 de la ley no plantea cuáles son los requisitos de esta conformidad. Su redacción literal arranca de que la conformidad ya está prestada y sobre este supuesto se limita a determinar sus efectos. Por lo tanto, para concretar si la conformidad requiere rogación o, por lo menos no exclusión previa, hay que acudir a la *ratio* de la norma y a la situación teleológica sobre la cual ésta se plantea.

El precepto, sin duda, no es de orden público, no es de derecho necesario. Las partes pueden excluir su aplicación—del mismo artículo resulta que el arrendador puede no prestar su consentimiento—sería injusto que su aplicación o su inaplicación, afectando a ambas partes, dependiera de una sola. Su *ratio* es reforzar la posición del acreedor en caso de resolución del arrendamiento, y la de estimular al arrendador a que consienta ese afianzamiento (no olvidemos que sin la autorización de este precepto no sería válido pactar el aumento de la renta a trueque de que el arrendador consintiera la hipoteca). Si el acreedor, por su propio interés (la subida de la renta disminuye proporcionalmente el valor del derecho arrendaticio) o por haberlo convenido con el deudor, no desea —a dicho precio—el afianzamiento de su derecho (por confiar en que el arrendatario no incurrirá en causa alguna de rescisión o resolución), no hay duda que podrá excluir la eficacia específica favorable y adversa, de la conformidad del arrendador, previamente rechazada o por lo menos no solicitada expresa ni tácitamente. Por ello, la ley exige que esa conformidad se preste en escritura pública y no aceptada como suficiente la aceptación constatada en el acta de notificación o en otra acta posterior.

Resuelta esta cuestión previa, deben precisarse los efectos de la hipoteca notificada y no consentida eficazmente por el arrendador. Son los siguientes:

1.º El arrendador deberá trasladar al acreedor las notificaciones previstas en los artículos 102 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 26)...

2.º El acreedor podrá ejercitar los derechos que correspondan

al arrendatario para exigir que cesen las perturbaciones de hecho o de derecho, o para que se ejecuten las reparaciones necesarias en el local arrendado, cuando el deudor o hipotecante no las ejecutare, siempre que hubieren transcurrido ocho días desde que fué requerido para ello por el acreedor (art. 25).

3.º El acreedor podrá pagar el alquiler en descubierto y en este caso (lo mismo que cuando hubiese abonado cargas sociales y fiscales y primas de seguro) podrá hacer efectivo su importe, con los intereses legales, al mismo tiempo que la deuda garantida, dentro de la cantidad máxima señalada para costas y gastos en la escritura de hipoteca (art. 30).

4.º El acreedor podrá mostrarse parte en el procedimiento cuando el arrendador ejercite las acciones resolutorias reconocidas en los números 2 a 5 y 10 del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 32, § 1.º, apartado segundo).

5.º El arrendador no quedará liberado en cuanto a las cantidades debidas por él como indemnización al arrendatario, conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos, si el acreedor hipotecario que le hubiese notificado oportunamente su crédito no presta su conformidad al acuerdo que fije el importe de dichas indemnizaciones. El acreedor tendrá, en todo caso, personalidad para exigir la intervención de la Junta de Estimación (art. 23).

6.º No surtirá efecto alguno en perjuicio del acreedor la renuncia de los derechos derivados del contrato de arrendamiento durante la subsistencia de la hipoteca, si ésta se hubiere notificado en la forma prevista en el art. 24 (art. 33).

7.º Cuando la hipoteca hubiere vencido por la causa 7.ª del artículo 29 de la ley (en relación con la causa 2.ª del art. 76 LAU.), la transmisión del establecimiento mercantil comprenderá el derecho del arrendatario a volver al inmueble cuando fuera reedificado (artículo 90).

8.º Por aplicación del artículo 1.001 Código civil, el acreedor podrá aceptar la herencia del arrendatario si los herederos de éste la repudiaran, limitándose exclusivamente los efectos de esta aceptación a considerar que el local de negocio se halla en el patrimonio de dichos repudiantes al solo fin de ejercitar la acción hipotecaria de modo que alcance al arrendamiento del local.

9.º En cualquier caso de resolución o extinción del arrendamiento, el acreedor podrá dar por vencida la hipoteca (art. 29, 4.º y 5.º), que subsistirá sobre los demás bienes hipotecados (artículo 32, § 3.º).

γ) *Si el arrendador ha prestado eficazmente su conformidad.*

Además de los efectos expuestos en el supuesto anterior, y como *plus* de los mismos:

1.º La sentencia declarando la resolución del contrato de arrendamiento por cualquiera de las causas señaladas en los números 2 al 5 y 10 del artículo 149 de la LAU., deberá ser notificada en forma auténtica por el arrendador al acreedor, así que fue-

re firme y no será ejecutiva hasta que transcurran treinta días a partir de la notificación (art. 31, § 3.º). Durante este plazo el acreedor podrá hacer efectiva la acción hipotecaria (art. 31, § 4.º). Si no la ejercita en dicho plazo, el arrendador recuperará el local objeto del arrendamiento resuelto y el acreedor podrá ejercer la acción hipotecaria sobre los restantes bienes hipotecados (art. 31, § 6.º).

2.ª El arrendador tendrá derecho al aumento de la renta vigente en un 5 por 100 (art. 31, § 1.º) y, si no ejercitare su derecho de retracto, incrementará en un 10 por 100 la participación que le corresponda en el traspaso con arreglo a la ley (art. 31, §§ 1 y 5).

δ) Efectos generales.

1.º El hipotecante está obligado a continuar el comercio o industria en el establecimiento hipotecado con arreglo a los usos del comercio y a participar al acreedor, dentro de los ocho días, cualquier acto o novedad dañosas (art. 27).

2.º En caso de extenderse la hipoteca a las mercaderías o materias primas, quedarán a salvo los derechos del comprador, de conformidad con el artículo 85 del Código civil, pero el deudor viene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos del comercio (art. 22, § 2.º). La disminución en un 25 por 100 del valor de las mercaderías o materias primas hipotecadas, si el deudor no las repusiere de conformidad con el artículo 22, será causa de vencimiento de la hipoteca (art. 29, número 8).

3.º Debe notificarse al arrendador la iniciación del procedimiento hipotecario, el precio total del remate y la parte correspondiente al traspaso del local para que aquél ejercite, en la forma que se regula, los derechos de preferencia o de participación en el precio del traspaso art. 89, reglas 1.ª, 4.ª y 5.ª).

V. HIPOTECAS DE AUTOMÓVILES Y OTROS VEHÍCULOS DE MOTOR, TRANVÍAS Y VAGONES DE FERROCARRIL DE PROPIEDAD PARTICULAR

A) Objeto.

Según el artículo 34, se considerarán vehículos de motor, además de los automóviles, los camiones, autocares, autobuses, tractores, motocicletas y cualesquiera otros susceptibles de matrícula en el correspondiente Registro Administrativo; y también serán hipotecables los tranvías, trolebuses y vagones de ferrocarril de propiedad particular. Estimamos que las locomotoras de propiedad particular (las hay incluso no dedicadas al servicio público) también deben estimarse hipotecables en cuanto son vehículos de motor.

No deben hipotecarse sin autorización especial —por no ser ena-

jenables sin dicho requisito — los vehículos adscritos a servicios públicos regulares comprendidos en las concesiones de transportes otorgadas con arreglo a la Ley y Reglamento de Ordenación de Transportes mecánicos por carretera, ya que, conforme al artículo 50, § 2.º de dicho Reglamento de 12 de enero de 1950, no pueden ser enajenados, sustituidos ni retirados sin autorización de la Dirección General de Ferrocarriles, Tranvías y Transportes por Carretera (según su art. 79, ni siquiera son embargables) y puesto que el artículo 1.º, § 1.º de la Ley que comentamos, requiere que para ser hipotecables los bienes en cuestión deben ser enajenables.

B) *Seguro obligatorio.*

El artículo 36 establece la obligación de asegurar los vehículos hipotecados contra los riesgos de robo, hurto, extravío, sustracción o menoscavo, por una cantidad igual o superior al importe total de la responsabilidad hipotecaria.

C) *Interdicción de traslado al extranjero.*

El párrafo final del artículo 35, dispone que el Notario, en el momento del otorgamiento de la escritura de hipoteca, hará la anotación correspondiente en el permiso de circulación del vehículo.

Sobre este presupuesto, en el artículo 37 se prohíbe la salida del territorio nacional, sin consentimiento del acreedor, de los vehículos que tuvieran anotada la hipoteca en dicho permiso de circulación, que deberá ser exigido a tal efecto por las Aduanas españolas.

VI. HIPOTECA DE AERONAVES

A) *Objeto.*

El artículo 38 distingue las aeronaves españolas y las extranjeras. Estas se registrarán a los efectos de su hipoteca por los convenios internacionales y el principio de reciprocidad.

Las españolas podrán ser hipotecadas siempre que se hallen inscritas en la sección correspondiente del Registro Mercantil de la provincia donde estén matriculadas. También serán hipotecables las aeronaves en construcción si se hubiere invertido un tercio de la cantidad presupuestada.

B) *Extensión objetiva.*

Determina el artículo 39, que salvo pacto en contrario, comprenderá la célula, motores, hélices, aparatos de radio y navegación, herramientas, accesorios, mobiliario y, en general, pertrechos y enseres destinados al servicio de la aeronave, aunque sean separables de éstas. Los repuestos de almacén quedarán hipotecados con

la aeronave —dice su § 2.º—, siempre que consten inventariados en la escritura de hipoteca.

C) *Prelación.*

Ateniéndose a lo que determinó en su artículo 4.º la Convención de Ginebra, el artículo 41 de la Ley señala la preferencia con respecto a la hipoteca mobiliaria de las remuneraciones debidas por salvamento y gastos absolutamente necesarios para la conservación de la aeronave por orden cronológico inverso, siempre que se anoten en el Registro Mercantil correspondiente dentro de los tres meses siguientes a aquél en que se hubieren terminado dichas operaciones o reparaciones.

VII. HIPOTECA DE MAQUINARIA INDUSTRIAL

A) *Objeto.*

Se requiere, según resulta del artículo 42:

1.º Que se trate de máquinas, instrumentos o utensilios, considerándose como máquinas las calderas de vapor, los hornos que no formen parte del inmueble, las instalaciones químicas y los demás elementos materiales fijos afectos a la explotación de la industria.

2.º Que dicha maquinaria se halle instalada y destinada por su propietario a la explotación de una industria anotada en el censo industrial o minero a nombre del hipotecante, y que directamente concorra a satisfacer las necesidades de la explotación misma.

Ese segundo requisito diferencia decisivamente la maquinaria-elemento de producción industrial de la maquinaria doméstica y de las máquinas-mercancías.

B) *Especial obligación y responsabilidad del hipotecante.*

La determina el artículo 44: «El dueño de las máquinas y demás bienes hipotecados tendrá la obligación de conservarlos en el lugar y en el estado en que se encontraren y responderá civil y, en su caso, criminalmente, del incumplimiento de aquélla. Podrá, sin embargo, usar normalmente dichos bienes conforme a su destino, pero sin merma de su integridad. El mal uso o la resistencia del deudor a la inspección de la cosa por el acreedor o persona que éste designe conferirá al acreedor derecho a dar por vencida la obligación hipotecaria.»

VIII. HIPOTECA DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

A) *Objeto.*

a) *En los derechos protegidos por la Ley de propiedad intelectual*, la hipoteca del derecho principal comprenderá, como acce-

orios, salvo pacto en contrario, «la adaptación, refundición, traducción, reimpresión, nueva edición o adición de la obra hipotecada» (art. 46, 1.º).

Sabido es que los derechos de la propiedad intelectual tienen una doble vertiente. Una que mira a los derechos de la propia personalidad y se concreta en la autodeterminación del autor respecto a la publicación y explotación de su obra. Y, otra que se dirige a la explotación económica de la misma, y que en su perfil se aproxima a los derechos reales. El Derecho italiano (art. 111 de la Ley de 22 de abril de 1941) sólo admite la pignoración del derecho de publicar y utilizar la obra cuando haya sido transmitido con anterioridad inter vivos o mortis causa y, en cambio, admite siempre la pignoración de los resultados económicos de la utilización. Nuestra Ley no ha profundizado esta cuestión, que llega a la esencia de esos derechos y que no sólo se exterioriza al tratar de su hipotecabilidad, sino que asoma del mismo modo en su enajenación inter vivos, es decir, fuera del ámbito de la ley de hipoteca mobiliaria. El aspecto personal y el efecto económico de esos derechos se interfieren notoriamente si el autor arrepentido de su obra quiere retirarla de la circulación y no volverla a publicar, o bien cuando quiere modificarla en forma que perjudique evidentemente su cotización y productividad económica.

b) *En los derechos protegidos por la Ley de propiedad industrial*, la hipoteca del derecho principal comprenderá, como accesorios, salvo pacto en contrario «la adición, modificación o perfeccionamiento de una misma patente, marca, modelo y demás derechos de la propiedad industrial» (art. 46, 2.º). Entre estos bienes destacan como posibles objetos de garantía las películas cinematográficas.

B) *Contenido.*

La sujeción, característica de toda garantía real, procura asegurar al acreedor en caso de no ser voluntariamente pagado, la posibilidad de hacer efectivo su crédito con el contenido económico del objeto de la garantía (principalmente con sus rendimientos, en la anticresis, y con su valor en venta, en la hipoteca normal). Los bienes inmateriales de cuya hipoteca nos ocupamos tienen una duración limitada y, además, muchas veces su valor se diluye con extraordinaria rapidez: por eso conviene asegurar al acreedor garantizado con medidas especiales que los rendimientos del bien hipotecado no escapen a la satisfacción de su crédito.

Por otra parte, la persona del titular del bien hipotecado y su actividad son tan importantes o más que en los demás objetos susceptibles de hipoteca mobiliaria (el crédito de una marca, los resultados de la explotación de una patente o el éxito editorial de una

obra ; dependen tantísimo de quién las realice!). Ello hace que no pueda descuidarse este extremo. Por dichas razones, la Ley prevé:

α) Interdicción de la renuncia y de la cesión del uso o explotación, total o parcial, sin consentimiento del acreedor (art. 48, § 1.º, que debe entenderse como aplicación de lo dispuesto en el artículo 4.º).

β) Para evitar la dejación de hecho de los derechos hipotecados:

α) El artículo 50 autoriza al acreedor para obtener, si el titular del bien hipotecado no lo hiciere, la renovación, rehabilitación o prórrogas necesarias para el mantenimiento de los derechos hipotecados, así como también podrá abonar el importe del canon correspondiente con los efectos del párrafo 2.º del artículo 6.º

β) Por otra parte, para evitar que la caducidad del derecho hipotecado haga ineficaz su garantía, podrá el acreedor darla por vencida antes del cumplimiento de su término (con suficiente tiempo, según el art. 51, para que el derecho sea ejecutado y adjudicado antes de su caducidad): 1.º, por falta de pago del canon correspondiente, y 2.º, por falta de explotación de la patente de un período superior a seis meses, o por falta de uso de las marcas durante cuatro años consecutivos, a no ser que se hubiera estipulado otra cosa.

C) *Cesión al titular de la hipoteca de los créditos del hipotecante producidos por razón del bien hipotecado.*

α) Con notificación a la Sociedad de Autores (art. 49), a la empresa, editorial, etc.

β) Sin necesidad de notificación, y con responsabilidad solidaria de cedente y cesionario de la explotación, en la proporción correspondiente, tratándose de películas cinematográficas (art. 48, § 3.º).

IX. PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Resuelta afirmativamente la posibilidad de aplicar la hipoteca a determinados bienes muebles, cabía intentar otro camino en los demás para agotar las posibilidades de la mayoría de los bienes muebles como objetos de garantía sin desposesión del deudor.

Con carácter previo debieron plantearse varios interrogantes: ¿Conviene extender ilimitadamente las posibilidades del crédito real, haciendo en consecuencia más vacilante el crédito personal complicando y encareciendo con ello las posibilidades crediticias?

Aceptado que, fuera de los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria, los demás bienes muebles si no se desposee de ellos al deudor no pueden ofrecer una garantía eficaz contra todo tercer ad-

quirente, por que de lo contrario se perjudicarían las bases del comercio jurídico mobiliario, ¿valía la pena crear un privilegio convencional dotado únicamente de cierta prioridad y protegido por medidas procesales sumarias y una especial responsabilidad criminal?

¿Es conveniente esa posibilidad de alterar convencionalmente la prelación legalmente fijada por los Códigos civil y de Comercio, especialmente tratándose de los bienes que constituyen la base crediticia que, en general, tienen en cuenta los acreedores quirografarios y especialmente los suministradores?

¿Debiera limitarse a ciertos créditos, merecedores de especial atención, por su finalidad dirigida a fomentar la producción, la posibilidad de ser garantizados en la forma expresada?

Confesemos que estas cuestiones no nos parecen debidamente planteadas ni resueltas en la Ley. En el seno de la Comisión redactora del Anteproyecto no dejaron de observarse y fué subrayada tal deficiencia. Por eso, en su última acta, aparece el voto en contra a la totalidad de la regulación de la prenda sin desplazamiento de Angel Sanz, Alejandro Bérnago y del que suscribe (que, además, hice constar mi voto en contra de la posibilidad de extender a las mercancías la hipoteca del establecimiento mercantil). Faltaron a la sesión otro dos de sus miembros y alguno de éstos tal vez se hubiera sumado a ese voto en contra.

Mas lo cierto es que la Ley ha reglamentado la llamada prenda sin desplazamiento de posesión y es necesario estudiarla, principalmente su estructura y su eficacia.

A) *Objeto.*

Lo determinan los artículos 52, 53 y 54, que se ocupan, respectivamente, las que podríamos llamar: prenda agrícola, prenda comercial, prenda a domicilio y prenda de colecciones.

a) *Prenda agrícola.*

Pueden constituirla los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias sobre los siguientes bienes (art. 52):

1.º Los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato.

2.º Los frutos separados o productos de dichas explotaciones.

b) *Prenda a domicilio propiamente dicha.*

Sobre las máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias, como marca y número de fabricación, modelo y otras análogas, que no reúnan los requisitos exigidos en el artículo 42 (art. 53, núm. 10).

c) *Prenda comercial.*

Sobre mercaderías y materias primas almacenadas (art. 53, número 2.º).

d) *Prenda de colecciones u objetos.*

Sobre colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte. También podrán serlo dichos objetos, aunque no formen parte de una colección (art. 54).

Las expresadas enumeraciones no dejan de plantear problemas. Así, la prenda de ganados renueva los de la ley *Grege*; la de frutos, productos y cosechas, así como la de mercaderías y materias primas, el de la posibilidad de pignorar una parte alícuota o una cantidad aritmética sin individualizarlas de su conjunto (rechaza, en cambio, la posibilidad de pignorar conjuntos variables, como el *pignus tabernae*). De ello nos hemos ocupado en otra ocasión («Rev. Dr. Not.», cit., págs. 45 y ss.) y nos volvemos a ocupar en este mismo ANUARIO, en las notas 46 y 47, a la recensión de la obra de CABRILLAC (*La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans d'èpossession*).

El artículo 55, párrafo primero, excluye la posibilidad de constituir prenda sin desplazamiento sobre los bienes expresados en el artículo 12 o sobre los que por pacto hubieran sido hipotecados con arreglo al artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

B) *Estructura de la prenda sin desplazamiento.*

La prenda sin desplazamiento de posesión regularmente constituida se estructura a través de los siguientes requisitos:

a) *Forma instrumental constitutiva*, a tenor de los párrafos primero y segundo del artículo 3.º

b) *Publicidad registral*, conforme al párrafo tercero del mismo artículo 3.º

c) *Determinación de «status loci»* de las cosas pignoradas, conforme resulta del artículo 57, 2.º, de la Ley, desarrollado por los artículos 31 y 33 del Reglamento. El segundo apartado del número 2.º del artículo 52—que, con referencia a los frutos separados y productos de las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias, expresa que: «Si no estuvieran almacenados, se determinará el lugar en que hubieran de depositarse»—debe entenderse, en armonía con el artículo 57, número 2.º, en el sentido de que en el lugar de su situación actual deberá establecerse el *status loci* interino y de que la determinación del *status loci* definitivo (lugar en que hubieren de depositarse) supone una autorización de traslado de los bienes pignorados de aquel sitio a éste, a la vez que la obligación de hacerlo, y la eficacia de ambas «determinaciones de lugar» a efectos de la pignoración.

d) *La constitución del pignorante en depositario* de la cosa pignorada (arts. 57, núm. 3.º, y 59).

C) *Eficacia de la prenda sin desplazamiento.*

a) *Respecto a los derechos anteriores a su constitución.*

El artículo 56 dice que: «La constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignorados y sin perjuicio de la responsabilidad civil y criminal, en que incurra el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.»

De la interpretación de este artículo—paralelo al artículo 1.862 del Código civil e inverso al 1.865 del mismo Código—ya nos hemos ocupado («Rev. Dr. Not.», cit., págs. 88 y ss., nota 111). Su supuesto normativo puede concretarse en los siguientes términos:

α) Derecho de un tercero sobre el bien pignorado, que conste en documento de fecha auténtica anterior.

β) Ineficacia de la prenda en perjuicio de dicha titularidad, si ésta es justificada en documento de fecha auténtica anterior. La constitución de aquella «no perjudicará en ningún caso» el derecho de este tercero.

γ) Salvedad de la responsabilidad civil y criminal «en que incurriere el que defraudare a otro ofreciendo en prenda como libre cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen».

Como reverso de esa formulación, resulta *contrario sensu*:

La ineficacia respecto al titular de la prenda sin desplazamiento de posesión de los derechos anteriores que no consten en documento de fecha auténtica anterior.

Ahora bien, esa formulación no podrá aplicarse, o deberá entenderse limitada, en los siguientes supuestos:

α) No podrá aplicarse a la prenda irregularmente constituida por falta de su constitución en depósito por el pignorante bajo su efectiva posesión en el *status loci* fijado, por faltarle en este caso requisitos (art. 57, núms. 2 y 3) esenciales a la prenda sin desposesión.

β) Aunque se hayan cumplido esos requisitos, podrá excluirse la aplicación del artículo 56 si el propietario o el titular de un derecho real de inmediato disfrute o uso probaren haber perdido la cosa, que les fué robada o haber sido privados de ella ilegalmente (art. 464, párrafo segundo, por arg. de *maius ad minus*, y párrafo tercero, por arg. *exclusio unius inclusio alterius*).

γ) Tampoco podrá invocarse contra el vendedor al que se le adeude total o parcialmente el precio de la venta de la cosa pig-

norada (art. 2.º, atendida a la *ratio*, asignada en la *Exposición de motivos* a la prohibición de hipotecar o pignorar bienes cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho).

b) *Respecto terceros adquirentes posteriores.*

Así como para la hipoteca mobiliaria el artículo 16 determina su eficacia *erga omnes*, en cambio, falta totalmente una disposición que la establezca para la prenda sin desplazamiento. Detenidamente hemos examinado esta cuestión («Rev. Dr. Not.» citada, págs. 82 y ss.) y, atendiendo tanto a la *ratio legis*, a la *mens legis latoris* y al planteamiento teleológico del problema, así como a la ausencia de reipersecutoriedad en la prenda normal, llegamos a la conclusión de que la prenda sin desplazamiento es ineficaz contra los terceros adquirentes de buena fe, una vez la cosa pignorada haya salido de su *status loci* (antes o después de la adquisición). Por tanto:

1.º Contra los terceros adquirentes de mala fe será siempre oponible la prenda sin desplazamiento.

2.º También será eficaz, aun cuando el tercero sea de buena fe, si la prenda continúa en el lugar donde se entiende depositada (es decir, si continúa en su *status loci*), pues en este caso—que corresponde al de la posesión del acreedor o a la del tercero designados en la prenda ordinaria—la prenda sin desplazamiento despliega toda su eficacia posesoria, a través de la ficción de depósito y actúa el *ius precludendi*—reconocido en el artículo 60—paralelo al *ius retentionis* de la prenda manual.

3.º Tanto en virtud de la extensión subrogada de la prenda—determinada en el artículo 5.º—como por el juego de la subrogación singular—que reconoce el artículo 1.186 del Código civil—debe entenderse que la prelación de la prenda se extiende al precio que el adquirente de la cosa pignorada tenga pendiente de pago. La notificación que a éste le haga el acreedor tendrá el valor de la *denuntiatio* en la cesión de créditos.

c) *Respecto a otros acreedores.*

La prelación determinada en el artículo 10 de la Ley, la limita el artículo 66 respecto la prenda sin desplazamiento, sobre la cual tendrán preferencia:

1.º Los créditos debidamente justificados por semillas, gastos de cultivo y recolección de las cosechas e frutos.

2.º Los de alquileres o rentas de los últimos doce meses de la finca en que se produjeren o depositaren los bienes pignorados.

Aparte de esas limitaciones, si la prenda, pese a haberse inscrito, no hubiere sido regularmente constituida, por pendencia de precio aplazado, o falta de efectiva constitución en depósito en su *status loci*, indirectamente tendrá que sufrir la prioridad de los créditos por precio aplazado, prenda manual anterior (ante la cual, si ésta no consta en documento de fecha fehaciente anterior, tendrá prioridad—art. 1.865 del Código civil—como cré-

dito escriturario, pero sufrirá el *ius retentionis* que impedirá hacerla efectiva) y de los privilegios del artículo 1.922 del Código civil, siempre que el titular de éstos retenga la cosa (ver «Revisa Dr. Not.» cit., págs. 100 y ss.).

d) *Inter partes*.

Produce los siguientes efectos:

1.º Asunción por el pignorante de la posición de depositario de los bienes pignorados (art. 59, párrafo primero), siendo de su cuenta las impensas, los gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes pignorados (art. 61).

2.º Prohibición subjetiva de disponer de la cosa pignorada, sin autorización del acreedor, conforme al artículo 4.º, en los términos anteriormente estudiados.

3.º Derecho preferente de adquisición por dación en pago en caso de venta autorizada por el acreedor (art. 65).

4.º *Ius praeccludendi* del acreedor, es decir, a impedir que los bienes pignorados se trasladen del *status loci* (art. 60).

5.º Derecho de inspección, en los términos y modo que se determinan en el artículo 63.

6.º Como contrapartida de las anteriores limitaciones, el artículo 58—con derogación para este caso de la norma del artículo 1.125 del Código civil—autoriza al deudor para devolver al acreedor, en cualquier tiempo, el importe del principal, con los intereses devengados hasta el día.

7.º Facultad del acreedor para exigir, a la muerte del pignorante, que los bienes pignorados se entreguen materialmente en depósito a otra persona (art. 59, párrafo segundo).

8.º Vencimiento anticipado del crédito asegurado en caso de mal uso de la cosa pignorada o incumplimiento de las obligaciones establecidas (art. 62, párrafo primero).

9.º Vencimiento anticipado de la obligación en caso de abandono de los bienes pignorados, facultándose al acreedor para encargarse de la conservación, administración y, en su caso, de la recolección de dichos bienes «bajo su exclusiva responsabilidad, del modo y forma pactados en la escritura de constitución de la prenda» (art. 64).

10. Responsabilidad civil y criminal, en sus respectivos casos, del pignorante depositario (arts. 59 y 62).

X. PUBLICIDAD DE LA HIPOTECA MOBILIARIA Y DE LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

En la hipoteca mobiliaria, como publicidad esencial para la efectividad de su garantía, y en la prenda sin desplazamiento, como requisito de la especial prelación del crédito asegurado, la inscripción en los registros correspondientes juega como pieza fun-

damental *sine qua non* de la eficacia concedida por la Ley. El párrafo cuarto de su artículo 3.º así lo declara.

Vamos a ver cómo se realiza dicha publicidad y cuáles son sus efectos.

A) Organización general.

El artículo 67 de la Ley, corroborado en el artículo 1.º del Reglamento, organiza los Registros de Hipoteca Mobiliaria y de Prenda sin desplazamiento de posesión, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a cargo de los Registradores de la Propiedad. Dichos Registros son registros de títulos (arts. 68 y 69 de la Ley) organizándose su inscripción del modo siguiente:

a) Hipoteca mobiliaria.

1.º Los registros de hipoteca de establecimientos mercantiles y de maquinaria industrial se deben llevar en el Registro de la Propiedad en cuya demarcación radique el inmueble en que estén instaladas (art. 69, 1.º). Es decir, conforme esta norma y para el más exacto cumplimiento de lo determinado en los artículos 2.º, 55 y especialmente del 68 de la Ley, el registro de estas hipotecas debe llevarse en la misma oficina del correspondiente Registro de la Propiedad. No obstante, parece que el Reglamento, en el párrafo segundo del artículo 2.º, ha olvidado esas ideas fundamentales, ya que, tratándose de las capitales de provincia con varios Registros de la Propiedad (Madrid, Barcelona, Valencia y Sevilla) centraliza todos los libros de hipoteca mobiliaria en uno solo de los Registros de cada capital citada.

No obstante, una correcta interpretación del Reglamento en subordinación a lo dispuesto en la Ley y armonía con otros preceptos del propio Reglamento (arts. 24, 25 y 31, párrafo segundo) debe restringir lo dispuesto en el párrafo primero, artículo 2 del Reglamento a su aplicación a los Registros de hipoteca de vehículos de motor.

2.º Los registros de hipotecas de automóviles y otros vehículos de motor deben llevarse en el Registro de la capital de provincia donde estén matriculados, los de tranvías en el que corresponden al punto de arranque de la línea, y los de vagones en el del domicilio del propietario (art. 69, 2.º). En las citadas capitales con varios registros de la propiedad, se deben llevar (art. 2.º, párrafo segundo del Reglamento) los de automóviles: en Madrid, en el de Occidente; en Barcelona, en el de Oriente; en Valencia, en el de Occidente, y en Sevilla, en el de Mediodía.

3.º Los de la propiedad intelectual e industrial en el Registro de Occidente de Madrid (art. 69, 3.º de la Ley y art. 2.º, párrafo tercero del Reglamento).

4.º Los de aeronaves en la Sección correspondiente del Re-

gistro Mercantil de la provincia donde se hallaren matriculados (artículo 69, 4.º de la Ley).

El artículo 23 del Reglamento —aludiendo al supuesto previsto en el artículo 14 de la Ley, de que se constituya hipoteca sobre diversos bienes, para el que exige la distribución de la responsabilidad— determina que la hipoteca se inscribirá en folio independiente con respecto a cada bien y en su respectivo Registro. Olvida, en cambio, el Reglamento la necesidad de hacer constar en el libro del respectivo elemento la extensión de la hipoteca de un establecimiento mercantil a vehículos, maquinaria industrial o derechos intelectuales o de la propiedad industrial, especialmente cuando éstos deban inscribirse en distinto Registro (v. gr.: hipoteca de un establecimiento situado en Cádiz extensiva a un automóvil matriculado en Burgos y a varios derechos de propiedad industrial).

El artículo 70 de la Ley determina cuál es el Registro en que deben inscribirse las pignoraciones, siguiendo el criterio de hacer coincidir la inscripción de la Prenda sin desplazamiento en el Registro de la Propiedad correspondiente al inmueble de su situación, producción o almacenamiento. Incluso, su regla 5.ª dispone que cuando la finca radique en territorio perteneciente a dos o más Registros se practicará la inscripción en cada uno de ellos. Por ello resulta tan anormal, como tratándose de la hipoteca de establecimientos mercantiles o de maquinaria industrial, que el párrafo segundo del artículo 2.º del Reglamento con referencia a las capitales con varios Registros de la Propiedad, designe uno solo de ellos a los efectos de la inscripción de la prenda sin desposesión. Por ello, nos inclinamos por la interpretación abrogante de este párrafo del Reglamento por el mayor rango de la Ley, dejando limitada su determinación para el registro de hipotecas de vehículos de motor.

Se ha criticado (Juan Bta. SÁNCHEZ PÉREZ, *La Propiedad Industrial*, en «Rev. Dr. Not.», VIII, págs. 147 y sig.) que la hipoteca de la propiedad intelectual se inscriba en un Registro de la Propiedad inmobiliaria y no precisamente en el Registro de la Propiedad intelectual. Lo mismo podría decirse de la hipoteca de la Propiedad industrial con respecto al Registro especial de la misma, e incluso de los automóviles y maquinaria industrial con relación a sus respectivos registros administrativos. Tal vez, la solución ideal —que excede de las posibilidades de la Ley que comentamos— consistiría en hacer depender del Ministerio de Justicia todos los Registros a los que se diera trascendencia jurídica, encargándose de los mismos al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, sin perjuicio de que el personal técnico no jurídico necesario dependiera de su respectivo Ministerio. Ello permitiría, sin peligro alguno para la juridicidad, la unificación de las matriculas administrativas con los registros de gravámenes, en verdaderos registros jurídicos de la propiedad de tales bienes.

B) *Instrumentos de la publicidad con eficacia sustantiva.*

Son:

a) *Los libros del Registro*: «Diario de presentación de documentos», de «Inscripción de hipoteca mobiliaria» y de «Inscripción de prenda sin desplazamiento» (arts. 67 I. y 3.º del Reglamento, que, además, regula otros libros, que podemos llamar auxiliares, ficheros para índices y los legajos).

b) *Las notas de referencia puestas en el Registro de la Propiedad al margen de la inscripción del inmueble correspondiente.*

Se ocupan de ellas el artículo 75 de la Ley y los artículos 24, 25 y 31, párrafo segundo del Reglamento, y son las siguientes:

α) Al margen de la inscripción de dominio del inmueble, debe ponerse la referente a la constitución de la hipoteca de establecimiento mercantil o de maquinaria industrial, o de la prenda sin desplazamiento, si se hipotecan o pignoran bienes susceptibles, conforme al artículo 111 de la Ley Hipotecaria de ser afectados por la hipoteca del inmueble.

β) Al margen de la inscripción de arrendamiento del local o finca debe ponerse la relativa a la constitución de dichas hipotecas o prendas.

El artículo 75 de la Ley, en su párrafo segundo y en el apartado tercero del párrafo tercero, señala como efecto de la extensión de dichas notas que «la hipoteca mobiliaria o la prenda serán preferentes, en cuanto a dichos bienes, respecto a cualquier hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos». *Sensu contrario*, la falta de la oportuna extensión de dichas anotaciones marginales dará lugar a que la hipoteca inmobiliaria se anteponga, respecto dichos bienes, a la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento anteriores.

C) *Instrumentos auxiliares de publicidad sin eficacia sustantiva.*

Son:

a) *Los ficheros índices del Registro correspondiente.*

Se trata de una innovación muy interesante del Reglamento en su artículo 8.º

Observamos, en este precepto, el defecto de no ordenar expresamente la inclusión en el fichero correspondiente, como fichas independientes, las correspondientes a los vehículos, maquinaria industrial individualizable, propiedades intelectual e industrial, comprendidas en la hipoteca de un establecimiento mercantil. Pese a dicha omisión, creemos que la perfecta publicidad del sistema requiere la confección de estas fichas. No obstante, recomendamos a quien quiera adquirir un vehículo o maquinaria, etc., integrante de una empresa, que no se contente con examinar los índices e inscripciones de vehículos, maquinaria, etc., sino que se asegure

de si el establecimiento, al que correspondan, está o no hipotecado, y, en caso afirmativo, de cuál es la extensión objetiva de su hipoteca.

b) *Las anotaciones en los Registros especiales de automóviles u otros vehículos de motor, vagones, tranvías, propiedad intelectual, propiedad industrial y maquinaria industrial.* A dicho fin, los artículos 76 de la Ley y 26 del Reglamento, disponen que el Registrador de la Propiedad oficie a los Jefes y encargados de aquéllos y les comunique la constitución de la hipoteca, así como su cancelación. Pero, la falta de toma de razón en dichos Registros especiales —dice el art. 76 de la Ley— «no alterará en ningún caso los efectos de la inscripción en el Libro de hipoteca mobiliaria».

D) *Titulos inscribibles y anotables preventivamente.*

1.º *Son materia de asientos de inscripción:*

a) Los de constitución de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento y su modificación (art. 64, a) de la Ley). Deben reunir para ello la forma exigida en el artículo 3.º de la Ley.

b) Los de cesión inter vivos de los créditos hipotecarios y pignoratícios inscritos (art. 68, b). La cesión deberá constar documentalmente en la forma determinada en el artículo 8.º, párrafos primero y segundo de la Ley, y ser notificada notarialmente al deudor, excepto si se trata de títulos al portador garantizados con hipoteca (arts. 8.º, párrafo tercero L. y 27 R.).

c) Los de adjudicación mortis causa de dichos créditos a favor de persona determinada (art. 68, c).

d) Las resoluciones judiciales firmes que declaren la nulidad, rescisión, revocación, resolución o cancelación de las hipotecas o prendas inscritas (art. 68, e).

e) Las escrituras públicas de adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca, cuyo precio se hubiere aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio (art. 13, párrafo primero del Reglamento). Como hemos visto anteriormente, la publicidad de esas inscripciones de adquisición con precio aplazado es meramente material, sin que tenga efectos sustantivos, positivos ni negativos, su inscripción o su falta de inscripción.

2.º *Son anotables:*

a) Los mandamientos judiciales de embargo sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario y pignoratício o sobre créditos inscritos (art. 68, e).

b) Aquellos a que diere lugar la demanda de nulidad del título inscrito (art. 68 e, Ley) y las de rescisión, renovación, resolución o cancelación de los mismos (art. 13, número 1, Reglamento).

c) Las demandas en que se reclamen la propiedad de los bienes hipotecables o créditos garantizados con hipoteca (art. 13, número 1, Reglamento).

d) Los documentos susceptibles de inscripción o anotación preventiva que adolecieran de defectos subsanables, siempre que medie petición expresa de parte interesada (art. 13, número 2, Reglamento).

e) Cualesquiera otros documentos que fueran anotables conforme a las Leyes (art. 13, 3.º, Reglamento).

3.º *Son materia de asientos de cancelación de inscripciones o anotaciones.*

a) Los títulos de cancelación de créditos hipotecarios o pignoratícios inscritos (art. 68, b), que tengan la forma documental exigida en el artículo 40 del Reglamento.

b) Las resoluciones judiciales firmes que declaren la nulidad, rescisión, revocación, resolución o cancelación de las hipotecas o prendas inscritas (art. 68, e), Ley).

c) Los mandamientos que ordenen la cancelación de anotaciones preventivas (art. 34, Reglamento).

d) Los títulos de constitución que causaron inscripción, si de ellos mismos resulta que el derecho asegurado se ha extinguido (artículo 44, Reglamento).

4.º *Son materia de nota marginal:*

a) La constancia posterior a la inscripción de las notificaciones referidas en los artículos 8.º y 49 L. (arts. 19, 4.ª y 22, 2.ª, Reglamento).

b) El cumplimiento de las condiciones suspensivas, las prórrogas del plazo de vencimiento de la hipoteca y los pagos parciales de la deuda garantizada cuando no se haya otorgado cancelación parcial (art. 28, párrafo primero).

c) La expedición de las certificaciones por incoación de procedimiento judicial o extrajudicial a que se refieren los artículos 84, 2.ª y 87, 2.ª, de la Ley.

d) La caducidad (art. 79, Ley, y 42, párrafo segundo, Reglamento) de las inscripciones de hipoteca y de prenda, a los seis y tres años, respectivamente, del vencimiento de la obligación asegurada (art. 42, párrafo primero), y de las anotaciones preventivas por defecto subsanable, a los 60 días, ó 180 en caso de prórroga, judiciales, a los tres años de no prorrogarse hasta la sentencia firme (art. 38, Reglamento).

E) *Eficacia de la inscripción registral.*

a) *Valor determinativo de los derechos derivados de la hipoteca y la prenda.*

La inscripción actúa como *condicio iuris* de la efectividad de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento. Como dice el párrafo tercero del artículo 3.º de la Ley: «La falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al

acreedor hipotecario de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley.» Es decir, todos los efectos, tanto contra terceros como inter partes, de la prenda y la hipoteca, quedan en suspenso hasta la inscripción. Sin ella, el crédito asegurado no pasa de ser personal y escriturario.

b) *Prioridad y preclusión.*

La Ley crea un Libro Diario (art. 77), que desarrolla el Reglamento (art. 7), y que conforme las reglas del Derecho hipotecario inmobiliario (disposición adicional tercera de la Ley y disposición final del Reglamento) determinará la prelación de las cargas inscritas, si dentro de su vigencia da lugar a la inscripción definitiva. Pero, esta última tiene, además, efectos preclusivos o de cierre con respecto a las hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento ulteriores o anteriores, pero no inscritas (arts. 2.º y 55 de la Ley). No obstante, con respecto a las hipotecas inscritas en el Registro de la Propiedad inmueble, sólo gozarán de prelación (respecto los muebles a que se refiere el art. III L. H.) una vez extendida en éste la nota marginal a que se refieren los artículos 75 de la Ley, 24, 25 y 31, párrafo segundo, del Reglamento.

c) *Publicidad «erga omnes», es decir, oponibilidad a todo ulterior alqurente, en la hipoteca mobiliaria y carencia de ese efecto en la prenda sin desplazamiento.*

2) Por consiguiente: las hipotecas inmobiliarias no inscritas no deben perjudicar a terceros (art. 3.º, párrafo cuarto, L.). La hipoteca mobiliaria inscrita debe afectar a todo adquirente que derive su derecho con posterioridad del hipotecante (art. 16, L., que impone la sujeción directa e inmediata de la cosa, cualquiera que sea su poseedor).

β) Y, en cambio, la inscripción de la prenda sin desplazamiento no puede afectar a terceros adquirentes de buena fe, en los términos que antes hemos expuesto.

d) *Ausencia de eficacia sanatoria.*

Así resulta del artículo 3.º, párrafo quinto, de la Ley, que repite la doctrina del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, sin la excepción del siguiente artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque sin perjuicio de una presunción de legitimidad paralela a la que fué establecida en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario de 1915.

No obstante, tratándose del libro de aeronaves del Registro Mercantil, sin duda deberán aplicarse a sus inscripciones los efectos de las del Registro de buques, y, por lo tanto, los del Registro de la Propiedad inmueble.

e) *Inaplicación del tracto sucesivo —excepto en el Registro de aeronaves— salvo para la inscripción de las cesiones o la cancelación de las garantías mobiliarias.*

Así lo determina el artículo 68 de la Ley:

α) Los títulos de constitución serán inscribibles, sin que en ningún caso sea necesaria previa inscripción alguna a favor de la persona que otorgue los títulos mencionados, salvo cuando se trate de aeronaves (art. 68, α).

β) La inscripción de la cesión o la cancelación de créditos hipotecarios o pignoratícios requiere su previa inscripción a favor del disponente (art. 68, β).

γ) No es siquiera necesaria la inscripción a favor de los herederos del acreedor de la adjudicación de dichos créditos, para inscribir los títulos de cesión o cancelación que todos ellos otorguen sustituyendo al causante, siempre que el crédito esté inscrito a nombre de éste. Ni será necesaria para el ejercicio por aquéllos ante los Tribunales de las acciones derivadas del crédito inscrito a nombre del causante (art. 68, γ).

XI. PROCEDIMIENTOS PARA EJERCITAR LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS CON HIPOTECAS MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO.

El artículo 81, párrafo primero de la Ley, determina que: «Sin perjuicio de los procedimientos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento civil, el acreedor podrá hacer efectivo su crédito mediante los que se regulan en la presente Ley.»

Son los siguientes:

a) *Procedimiento judicial sumario para ejecución de los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria.*

Su aplicación requiere: 1.º Que en la escritura de constitución de hipoteca se designe por el deudor un domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones, que no podrá cambiarse sin consentimiento del acreedor, y en los establecimientos mercantiles se tendrá necesariamente como tal el local en que éste estuviere instalado. 2.º Que en la misma escritura se hubiera fijado el precio de tasación para la subasta. En la hipoteca de establecimientos mercantiles, deberá expresarse separadamente el que corresponde al traspaso del local, así como el de las existencias y demás bienes hipotecados (art. 82, Ley).

b) *Procedimiento extrajudicial para ejercitar los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria.*

Su aplicación requiere que la escritura de constitución de hipoteca, además de las circunstancias expresadas en el artículo 82, contenga la designación por el hipotecante de un mandatario que le represente en la ejecución de los bienes hipotecados (art. 86).

El procedimiento se seguirá necesariamente ante un Notario competente para actuar en el lugar donde radiquen los bienes (artículo 87, 1.º). Si requerido el hipotecante, o el tercer poseedor, en

su caso, no pagare el crédito ni entregare al acreedor, o al mandatario designado en la escritura, la posesión de los bienes hipotecados en el término de cinco días a contar desde el requerimiento, que se debe hacer al efecto, el Notario no seguirá el procedimiento si así lo solicitare el acreedor, que podrá acudir a cualquiera de los procedimientos judiciales, sin perjuicio de ejercitar las acciones civiles y criminales que le correspondan (art. 87, núm. 3.º).

c) *Procedimiento judicial sumario para ejecución de los créditos asegurados con prenda sin desplazamiento.*

Conforme resulta de la regla tercera del artículo 92, el procedimiento sólo es posible si los bienes pignorados fueren depositados por el deudor o en otro caso aprehendidos al hipotecante. No puede, pues, seguirse contra tercero.

d) *Procedimiento extrajudicial para ejecutar los créditos garantizados con prenda sin desplazamiento.*

Se sigue ante Notario hábil para actuar en el lugar donde se hallen, estén almacenados o se encuentren depositados. No se seguirá el procedimiento si el deudor no entregara la posesión de los bienes pignorados, sin perjuicio de que el acreedor pueda acudir a cualquiera de los procedimientos judiciales o ejercitar las acciones civiles y criminales que le correspondan (art. 94).

VIDA JURIDICA

L NOTICIAS

A) NACIONALES

Conferencia del Profesor Rubio en la Academia Matritense del Notariado

En la Academia Matritense del Notariado, don Jesús Rubio y García-Mina, Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Madrid, pronunció una conferencia sobre el tema «La declaración de quiebra y los créditos pendientes».

Cuatro de los problemas fundamentales en el tema fueron tratados por el Profesor Rubio: el vencimiento de las deudas pendientes del quebrado; el descuento por pago adelantado; la compensación de créditos y deudas, y el tratamiento de la solidaridad pasiva. No se propuso, sin embargo, un estudio detallado ni exhaustivo de la problemática de las cuestiones apuntadas, sino una finalidad de índole metodológica: el demostrar cómo el examen histórico del proceso de introducción de una serie de preceptos puede constituir un elemento metodológico no sólo válido, sino indispensable para la interpretación y aplicación de las normas.

Las cuestiones examinadas en la conferencia fueron utilizadas por el Profesor Rubio como argumentos en favor de su tesis sobre la llamada «comercialización del Derecho civil». Frente a la afirmación tradicional de que la comercialización y retracción del Derecho civil es consecuencia de la tan repetida «facultad de adaptación del Derecho mercantil» como derecho que nace y se nutre de los usos que frente a la reglamentación tradicional se adecuan mejor a la marcha de la economía y a las necesidades del tráfico, el señor Rubio hace notar que esas normas impuestas a través de los usos responden a motivaciones de índole muy varia, ajenas frecuentemente a esas exigencias, tan invocadas, de la «eficacia y rapidez de la contratación» y de la «seguridad del tráfico». «Esas normas—dijo el señor Rubio—actualizan necesidades e intereses, y éstos pueden ser generales, pero otras veces son estrictamente *particulares*, que llegan a imponerse por la fuerza económica y social de los respectivos intereses. Por ello, el examen histórico de normas mercantiles que nacen de usos y pasan al derecho común presenta interés al acometer el proceso de interpretación y aplicación del Derecho.» A esta luz, el conferenciante estudia los cuatro problemas enumerados.

1. *Vencimiento de las deudas.*—«El apartado primero del artículo 883 del C. de c. español—comienza diciendo el Profesor Rubio—recoge una regla tradicional en todos los sistemas de ejecución concursal: el vencimiento de los créditos aplazados. Dos fundamentos se han venido invocando para justificar la anticipación del vencimiento: la desconfianza que respecto del deudor produce

su quiebra, y las necesidades de la liquidación en común. En favor del último puede decirse que se ha pronunciado unánimemente la actual doctrina.» Tal posición, sin embargo, la considera el conferenciante equivocada o al menos superficial, no solamente desde el ángulo finalista o práctico en que se mueve, sino, sobre todo, desde el punto de vista histórico-sistemático, como demuestra a través de la evolución del precepto en dos terrenos: en el cambiario y en el Derecho común.

En el Derecho cambiario, el vencimiento automático de las obligaciones por la quiebra del librado no se ha producido de golpe, sino en virtud de una evolución a través de la cual pueden adivinarse las fuerzas económicas y los intereses en juego que la determinan.

El artículo 444 del C. de c. francés establecía que en caso de quiebra del *aceptante* de la letra o del librador de un pagaré podía exigirse a los respectivos interesados *caución* de que la letra sería pagada a su vencimiento, si es que no preferían pagar inmediatamente. De esta forma se verificaba una excepción al principio del vencimiento de las deudas del quebrado, que Vivante justificaba en consideración a la exigencia cambiaria del vencimiento único.

Es la presión de los intereses de los acreedores (principalmente de los Bancos) la que va a determinar una evolución de esta regla. Evolución en la que no sólo se aprecian anomalías respecto del fundamento que se reputaba esencial para el vencimiento adelantado, sino también respecto de los principios generales concursales y cambiarios. Fruto de esta evolución es la norma según la cual la quiebra del *librado* (aceptante o no) produce el vencimiento automático de la deuda cambiaria, y el portador puede dirigirse contra los coobligados para exigir el *pago* (no ya la caución). El primer sistema que se adelanta a recoger esta evolución, acogida posteriormente en el artículo 44 de la L. U. de Ginebra, es el español (art. 525 del C. de c. de 1829 y, más claramente, el art. 510 del vigente.)

Estudia a continuación el Profesor Rubio la penetración del vencimiento adelantado en el Derecho común, tanto en la ejecución concursal como en la individual. De modo semejante a la acción pauliana evoluciona la suspensión del plazo por insolvencia, que surgida dentro del concepto generador de la acción concursal se desvincula de ésta para pasar a la esfera de la acción individual. Dos son las razones que se abren camino en el Derecho intermedio y en el moderno para desembocar en el artículo 1.888 del Código de Napoleón: una razón económica de fondo (el interés de los acreedores mercantiles en disponer inmediatamente de sus créditos en caso de *insolvencia mercantil* del deudor) y la traducción teórica de estas aspiraciones, formulada por Pothier (es la pérdida de la confianza en el deudor el fundamento esencial de la regla que establece el vencimiento adelantado). El artículo 1.888 sólo habla de quiebra del deudor («el deudor no puede invocar el beneficio del término cuando ha quebrado o cuando por su culpa ha disminuido las garantías que había concedido en el contrato a su acreedor»); pero tanto la Exposición de Motivos como la doctrina que lo interpreta comprenden asimismo los casos de «déconfiture» civil. Y en esta forma pasa al número 1.º del artículo 1.129 del C. c. español. Este artículo plantea dos cuestiones, poco estudiadas por la doctrina, que el Profesor Rubio resuelve afirmativamente: su utilización respecto de la acción individual y su aplicación a la insolvencia de los comerciantes.

II. *Descuento por pago adelantado*.—El conferenciante afronta el problema del método para la computación del descuento, problema no reglamentado por el artículo 883 del C. de c., que se limita a hablar del «descuento correspondiente». Expone, esquemáticamente, los tres métodos clásicos en la materia: el de Karpzov, el de Hoffmann y el de Leibnitz. Es el método de Karpzov el que se ha impuesto en la práctica, a pesar de todas las objeciones dogmáticas que contra él se han formulado. Es, precisamente, este método, tan atacado por la doctrina, el que se aplica en el descuento por pago adelantado más importante en el tráfico mercantil: el descuento de letras por parte de los Bancos.

III. *La compensación de créditos y deudas*.—Quizá la parte más interesante de la conferencia fuera ésta, consagrada a un problema carente de regulación expresa en nuestro Derecho y, por tanto, de matiz polémico en nuestra doctrina.

Examina el conferenciante ante todo la doctrina tradicional que, inspirada en los precedentes francés e italiano, mantiene la inadmisibilidad de la compensación después de la declaración de la quiebra (o, en su caso, después de la fecha a que ésta se retrotraiga).

Mas en España se ha hecho notar una tendencia favorable a la compensación, sobre todo en dos importantes estudios: el de González Palomino («La compensación y su efecto») y el del Profesor Uria («Reaseguro, quiebra y compensación»).

Expone y precisa el conferenciante la teoría francesa de las «deudas conexas» y sus formulaciones jurisprudenciales (la teoría de la cuenta y la teoría de la causa) por ser esta doctrina la que sirve de punto de partida al Profesor Uria en su trabajo, en el que, superando los puntos de apoyo de la teoría de las «deudas conexas», admite, *con carácter general* en nuestro Derecho, la compensación de créditos y deudas del quebrado. Analiza a continuación el triple argumento esgrimido por el Profesor Uria:

a) *De equidad*.—Resulta injusto—viene, en síntesis, a sostener Uria—que quien como deudor ha de pagar íntegramente, como acreedor cobre sólo parcialmente.

b) *De principio*.—No es obstáculo el principio de la *par conditio*, que en todo sistema tiene excepciones (privilegios y preferencias).

c) *Legal*.—El número 5.º del artículo 1.196 no se opone a la compensación, porque está concebido para la ejecución individual y porque, aun estimándose aplicable a la quiebra, quedaría enervado por el artículo 883 del C. de c., ya que el vencimiento automático produciría, automáticamente también, la compensación, de acuerdo con el artículo 1.195 del C. c.

A la argumentación del Profesor Uria responde el conferenciante con una crítica que formula en orden inverso:

Frente al tercer argumento alega que lo fundamental en la declaración de la quiebra es la indisponibilidad (inmovilización del activo del deudor en beneficio de todos los acreedores) y lo secundario es el vencimiento anticipado, que viene impuesto por motivos cautelares en beneficio de todos los acreedores.

Resulta paradójico para el señor Rubio que los autores que defienden la compensabilidad pretenden apoyarse en el concepto facultativo de la compensación, que, a su juicio, resulta totalmente incompatible con las conclusiones que mantienen. Refuta a continuación la tesis de González Palomino, según el cual

el síndico, al aplicar la compensación, no paga, sino cobra. «Lo que la ley prohíbe—dice este autor—es que se hagan pagos fuera de rango... pero no que se hagan cobros, y cuantos más, mejor.» Frente a tal afirmación el señor Rubio objeta: «¿Mejor para quién? Mejor para el acreedor aislado exclusivamente, pero peor para todos los demás, a cuya paridad tiende el procedimiento de la quiebra.» Y concluye: «Efectivamente, el síndico puede cobrar cuanto más, mejor; lo que no puede es dar a unos créditos depreciados, en perjuicio de la masa de acreedores, un valor que no tienen.»

Frente al segundo argumento esgrimido por el Profesor Uriá, observa el conferenciante que los privilegios y preferencias se dan por la ordenación relativa entre unos y otros de los diferentes créditos y no por la posición de un acreedor aislado y de sus relaciones de crédito y deuda con el quebrado. No se trata, pues de una regla (la *par conditio*) y de unas excepciones, sino de un sistema de preferencias para aplicar equitativamente la regla. Una graduación, en suma, para que cobren igual aquellos que se estima se encuentran en una relación igual.

Y frente al argumento de equidad mantenido en primer lugar por el Profesor Uriá, responde que también repugna que entre dos acreedores del mismo deudor uno cobre por entero y otro parcialmente. En realidad, el principio de la *par conditio* no admite más adecuaciones que las explícitamente previstas. En el caso de la quiebra falta el requisito 5.º del artículo 1.196 del C. c., cuya *ratio* es que los créditos que se tratan de compensar no afecten a la esfera patrimonial de terceros.

Termina esta parte de la conferencia afirmando que el motivo que impulsa esta tendencia favorable a la compensación en la quiebra es la «capitalización del derecho patrimonial». Se trata, en suma, de favorecer las relaciones de negocios recíprocas entre comerciantes y, especialmente, con los Bancos.

IV. Analiza a continuación los problemas que plantea la «cadena de quiebras» de los coobligados solidarios. Frente al principio general recogido en el artículo 1.144 de nuestro C. c. (el acreedor sólo puede reclamar de cada uno de los coobligados solidarios lo que no hubiere percibido de los anteriores) una regla, hoy general a todos los ordenamientos germanos y latinos, consagra el derecho de los acreedores a participar en las quiebras de sus codeudores solidarios por el importe íntegro de sus créditos hasta cobrar la deuda sin deducción. Tal regla la consagra el Derecho español exclusivamente para el sector cambiario (art. 518, párr. 2.º del C. de c., reproducción del art. 438 del Código del 29). Pero partiendo de este precepto y empujada por el Derecho comparado, la doctrina (desde González Huebra) ha extendido la regla a todos los supuestos de solidaridad.

Enuncia las numerosas construcciones doctrinales en torno a la fundamentación de esta regla y estudia su aparición y evolución. De la tesis de Savary (satisfecho el acreedor por uno de los deudores en moneda de quiebra ya no puede dirigirse contra los demás) se pasa a la de Pothier (el acreedor puede reclamar en las restantes quiebras la diferencia entre el total de la deuda y lo cobrado) para terminar triunfando la aspiración de los prácticos tendente a conseguir la satisfacción íntegra del crédito. Y el triunfo de esta solución, manifiestamente contraria al principio de igualdad de los acreedores, vino deter-

minada por la presión de la Banca. Se trata, pues, de la misma causa que ha determinado la objetivización del fraude en las paulianas concursales y la admisibilidad de la compensación con posterioridad a la declaración de quiebra.

Sanz de Andino, que trabajó en una casa de Banca francesa durante uno de sus exilios, introdujo en el viejo Código este privilegio del acreedor en caso de deudas solidarias, aunque reduciéndolo a la materia cambiaria. Se trata, pues, de un privilegio, de una excepción—como certeramente lo califica Garrigues—y «no parece—concluyó el señor Rubio—que las excepciones deban interpretarse por ampliación».

M. O.

Solemne apertura de los Tribunales

Con la solemnidad acostumbrada se celebró el pasado 15 de septiembre, en el Palacio de Justicia, la apertura de los Tribunales. El año judicial 1955-1956 fué inaugurado por el Ministro de Justicia, tras un importante discurso del Presidente del Tribunal Supremo sobre *Las Instituciones Protectoras de la Familia y de su Propiedad*. Comenzó el acto con una Misa del Espíritu Santo, oficiada por el Catedrático de la Facultad de Derecho, don Eloy Montero. Con el Ministro de Justicia, don Antonio Iturmendi, el Presidente del Tribunal Supremo, don José Castán, e ilustres personalidades de la vida judicial española en sus distintos órdenes, asistió al acto solemne el Ministro belga de Justicia, M. Albert Liliar; asimismo, M. Robert Martín, Presidente de la Unión Internacional de Abogados, y otros miembros de esta Asociación.

Como ya hemos dicho, el discurso de apertura, a cargo de don José Castán Tobeñas, versó sobre el tema *Las Instituciones Protectoras de la Familia y de su Propiedad*. En él su autor hizo gala, como siempre, de su profundidad de conocimientos y de su envidiable ecuanimidad jurídica. Del contenido de este importante discurso damos cuenta en la Sección de Bibliografía.

Terminada la disertación del señor Castán, el Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo, don Francisco Javier Tornos Lafitte, dió lectura a los datos estadísticos de la actividad desarrollada por el Alto Tribunal en el pasado ejercicio.

Finalmente, el Ministro de Justicia declaró abierto el año judicial 1955-1956.

CARLOS MELÓN INFANTE

B) EXTRANJERAS

Derecho agrario de Holanda

Probada la eficiencia de la concentración parcelaria para la reordenación económica y jurídica del agro en todos los países europeos, Holanda se dispone a perfeccionar con una nueva Ley, la de 3 de noviembre de 1954 que comentamos, su anterior mecanismo normativo constituido por la de 1938, la R. O. de 5 de septiembre de 1945 y Resoluciones del Departamento de Agricultura de 19 de julio e igual fecha de septiembre de 1941.

Contiene la nueva Ley 134 artículos distribuidos con arreglo al siguiente índice:

Título I.—Disposiciones generales.

Título II.—Convenio para la concentración parcelaria.

Título III:

- Capítulo 1.º Disposiciones relativas al dominio.
- Capítulo 2.º Idem al arrendamiento.
- Capítulo 3.º Idem a otros derechos.
- Capítulo 4.º Solicitud de concentración.
- Capítulo 5.º Acuerdo.
- Capítulo 6.º Reordenación de derechos y valoración
- Capítulo 7.º Reordenación de caminos y paisajes.
- Capítulo 8.º Dominio y conservación de caminos.
- Capítulo 9.º Proyecto de adjudicaciones.
- Capítulo 10. Acta de distribución de la propiedad.
- Capítulo 11. Valoraciones complementarias y cuentas.
- Capítulo 12. Gastos.

Título IV.—Disposiciones transitorias y finales.

La concentración se realiza por convenio o de oficio en virtud de la Ley para el Fomento de la Agricultura. Entiéndese por convenio el pacto por virtud del cual un cierto número de propietarios, igual o superior a tres, se comprometen a fusionar determinados bienes raíces de su propiedad para dividir la masa resultante de un determinado modo y distribuirla entre sí. Debe formalizarse por escrito y ser reflejado en el Registro de la Propiedad; si las fincas estuviesen gravadas con cargas reales habrá de ser consentido y suscrito también por los acreedores. Si, celebrado el convenio, se probare que alguno de los presuntos dueños no lo era conforme a las normas civiles, aunque figurase inscrito como tal en el Registro, el pacto conservará su validez siempre que el propietario real asuma los derechos y obligaciones adquiridos, indebidamente por quien no lo era. La concentración pactada se realizará conforme a las cláusulas y condiciones convenidas, aunque las partes pueden remitirse en este punto a las disposiciones del Título III de la Ley, previstas en realidad para la acordada de oficio.

Como organismo rector en la materia actúa una Comisión Central Agronómica. Como mediador entre ella y las Comisiones Locales actúa la de los Estados Generales de la respectiva provincia. Ante ésta habrá de presentarse la solicitud de concentración que en la Ley se denomina «de oficio», tal vez porque precisa de una resolución administrativa para llevarse a efecto, a diferencia de lo que sucedía en la convenida entre particulares. La solicitud de concentración podrá formularse sólo: 1) Por la cuarta parte, al menos, de los propietarios inscritos en el Registro. 2) Por Asociaciones y Fundaciones agrarias con personalidad jurídica. 3) Por el Estado, las Corporaciones provinciales y municipales y otras de carácter público. La aprobación o denegación de lo instado

corresponde a la Comisión de los Estados Generales, previo dictamen de la Central Agronómica. Contra la denegación cabe el recurso ante la Corona.

A partir de este momento todas las actuaciones operan partiendo del principio de que la propiedad está total y previamente inscrita en el Registro Inmobiliario que inspira el ordenamiento civil de los Países Bajos. Se ha podido así prescindir del vidrioso mecanismo de la «investigación de dominio» a que necesariamente han debido acudir las leyes concentradoras españolas de 1952 y 1955, tal vez uno de los más conseguidos en ellas.

Estimando, pues, aceptable la solicitud y los informes y planos iniciales, la Comisión de los Estados Generales convoca a todos los propietarios tabulares por correo certificado sin que posteriormente quepa recurso fundado en la no recepción de la notificación: expone en los Ayuntamientos los aludidos documentos y, reunida la asamblea de propietarios, procede a votar la procedencia de la concentración solicitada. La decisión favorable exige el asenso de la mayoría de los propietarios inscritos o bien, simplemente, la de los que según el Registro resulten dueños de más de la mitad de la superficie catastrada de la masa global afectada por el proyecto. A efectos de participación en la asamblea y subsiguiente votación es de notar que: a) Los que habiendo sido citados no participan en ellas se consideran conformes con el proyecto concentrador. b) Cada comunero se estimará propietario independiente por su cuota-parte. c) Los bienes gravados con usufructo, arrendamiento perpetuo, uso, habitación, superficie o entiteusis sólo se incluirán en la concentración cuando medie acuerdo entre el propietario gravado y el titular del derecho. Si la decisión de la asamblea fuese negativa, el Ministro de Agricultura podrá disponer, no obstante, que se lleve a cabo; precisa para ello que concorra interés público en su realización y unas mayorías mínimas en las votaciones aludidas. Contra este acuerdo administrativo cabe recurso ante la Corona, que resuelve previa consulta con la Sección Contenciosa del Consejo de Estado. Decidida la concentración, se lleva a cabo por una Comisión Local, asesorada por el Inspector del Registro de la Propiedad. El Tribunal del Distrito designará un Juez delegado para todas las actuaciones que en lo sucesivo hayan de relacionarse con ella. A partir de este instante queda prohibido a los propietarios participantes realizar actos con repercusión en el valor de los bienes a concentrar.

Rige también en la nueva Ley holandesa el sistema de compensación por clases de tierras, a cuyo efecto la Comisión central debe establecer un sistema de clasificación y valor. Las valoraciones son recurribles ante el Tribunal del Distrito y contra las resoluciones de éste procede la casación. El proyecto definitivo publicado por la Comisión local, conteniendo la distribución de los lotes podrá ser también recurrible ante el Juez delegado y ante el Tribunal del Distrito.

Firme ese proyecto, el acta notarial de reordenación de la propiedad, firmada por el Juez y el Presidente y Secretario de la Comisión, debe ser inscrita. Establece literalmente la ley que «la adquisición de los derechos reales resultantes de la concentración, se operará por la inscripción del acta en el Registro de la Propiedad». La puesta en posesión de los nuevos lotes se verificará en virtud de mandamiento judicial.

Las normas sustantivas de la Ley pueden sintetizarse así: siempre que ello no obstaculice los objetivos de la concentración, a cada propietario deberán asig-

narse bienes raíces equivalentes en clase de tierra y cultivo, y de preferencia, con la totalidad o parte de los bienes por él aportados. Todo propietario tendrá la facultad de adquirir derechos sobre las mismas tierras por él aportadas en las condiciones legales que se señalan. Con aprobación de la Comisión Central, la Local podrá disponer que se asigne a determinados propietarios una indemnización global en metálico cuando el valor de los bienes por él aportados sea tan pequeño que pudiera tener como resultado la formación de un lote de explotación antieconómica. Las relaciones arrendaticias existentes sobre las fincas objeto de la concentración se mantendrán en la medida de lo posible. No obstante, cuando los objetivos del proyecto lo exijan, la Comisión local podrá declararlas rescindidas o trasladar a los arrendatarios a los nuevos lotes. Del mismo modo los derechos reales que pesen sobre los bienes podrán ser cancelados o modificados por la Comisión, con liquidación, en su caso, de las obligaciones pecuniarias nacidas en virtud de ellos. Las hipotecas pasarán a gravitar sobre los lotes o parte de lote adjudicados en lugar de los bienes anteriormente gravados, conservando la prioridad que tuvieran. La misma norma rige para los embargos y otras medidas de seguridad anotados en el Registro.

ARTURO GALLARDO RUEDA

El contrato de construcción en el nuevo Derecho francés

Seguramente sin propósito de innovar conceptos civiles más o menos tradicionales, y sin otra significación que la de una ordenanza de necesidad, un Decreto de 10 de noviembre del año pasado formula definiciones y limitaciones que no deben escapar a la curiosidad del especialista. En realidad, la disposición forma parte de un complejo normativo encaminado a impulsar la nueva construcción de locales habitables, aunque su objeto inmediato sea la protección del pequeño ahorro frente a ciertos abusos. En manos de empresas que actúan frente a una clientela generalmente poco advertida y de condición modesta, los contratos de construcción han venido a transformarse en peligrosos contratos de adhesión. En efecto, esas empresas se ofrecen para construir o «procurar» a la otra parte una vivienda y garantizan la obtención de un préstamo oficial que reducirá al mínimo el primer desembolso de fondos. Captado el aspirante a propietario, acepta, firma un contrato que no discute y entrega buena parte o el total de sus economías. Naturalmente que le pasa inadvertida una cláusula, siempre igual, por la que la empresa constructora se hace dueña del dinero recibido si el presunto propietario abandonara el propósito de construir. En adelante, todo se dispone con el fin de provocar y conseguir ese abandono. Los préstamos oficiales no se piden o se solicitan en forma defectuosa que obliga a su retraso o denegación: aparecen nuevos gastos, justificados en ulteriores estudios del proyecto o en los aumentos experimentados por los precios de los materiales. El suscriptor acaba por ser definitivamente despojado, desiste de la construcción proyectada y el ilícito negocio del constructor se cierra bajo el signo del más halagüeño de los éxitos. Al parecer, la razón de que éste y otros fraudes sean posibles se atribuye a que los contratos de construcción no están sometidos en Francia a control público alguno. No precisan au-

torización ni aprobación administrativas previas, ni siquiera la homologación del vínculo en un Registro tutelar. Las empresas no han de soportar la vigilancia pública ni su actuación acarrea sanciones punitivas. Ciertamente que el Decreto que comentamos tampoco interfiere con la acción oficial el conjunto de relaciones derivadas del vínculo creado, pero intenta agotar los mecanismos jurídico-privados en la defensa de la parte más débil. Véase el resumen de sus disposiciones:

Está sometido a la nueva reglamentación todo contrato por el que una persona física o moral se obligue a construir o procurar a otra un inmueble cuyo principal destino sea la habitación. El término procurar, inhabitual en la terminología jurídica, hace relación a las gestiones encaminadas a la obtención de préstamos oficiales para la edificación o la rehabilitación de construcciones ya existentes. El contrato debe ser escrito, bajo sanción de nulidad relativa, puesto que sólo puede ser argüida por el suscriptor y sólo hasta el momento de la entrega del inmueble construido. Ha de consignarse en doble ejemplar, uno para cada parte, a fin—según la exégesis gala— de impedir la invocación, por parte del empresario, de las excepciones de los artículos 1.325 del Código civil y 109 del Mercantil. Debe designarse de modo preciso el terreno sobre el que se elevará la construcción para prevenir el ofrecimiento de solares ya vendidos, edificados o inexistentes. Han de constar en el documento numerosas menciones de tipo técnico o la remisión a los proyectos-tipo aprobados por el Ministerio de Urbanismo. También, bajo pena de nulidad, han de precisarse las épocas aproximadas de iniciación y terminación de los trabajos, si bien, no estableciéndose un sistema especial para la exigencia de responsabilidades por el retraso, no cabe al suscriptor sino la vía de las acciones comunes para hacer efectivos los perjuicios. El constructor ha de comprometerse a notificar al suscriptor los nombres o razones sociales y direcciones de los subcontratistas, en su caso. Esta notificación tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes a la firma de los respectivos contratos; su incumplimiento se reputa inexecución del vínculo de edificación, pero no prevé el texto cuál pueda ser la actuación ulterior del notificado.

Es también circunstancia precisa al formalismo del contrato indicar el importe del préstamo que haya de solicitarse y su duración. Por el contrario, no acarrea la nulidad, pero impide al constructor retener cantidad alguna por razón de ellos, la no mención del detalle de los honorarios debidos a los técnicos por estudios y proyectos o por gestiones para la obtención del auxilio económico oficial. La determina, en cambio, la omisión del detalle de todos los demás costes, incluso la de los impuestos y honorarios notariales y registrales.

La evidente relevancia de los préstamos oficiales para auxilio a la edificación induce al legislador a constituirlos en causa misma del contrato que, por ello, se entiende siempre celebrado bajo la condición suspensiva de que se obtengan en la cuantía y por el plazo prometidos por el constructor; de este modo, si no llegan a obtenerse o los concedidos no alcanzan el 85 por 100 de lo prometido o han de reembolsarse en plazo inferior en cinco años al previsto, el suscriptor puede optar por la «rescisión por lesión», según la propia doctrina francesa, evidentemente partidaria del renacimiento de este último concepto en el Derecho civil moderno.

Para evitar los abusos más graves, el Decreto contiene prohibiciones que limitan la autonomía de la voluntad. Se consideran no puestas y sin efecto alguno las cláusulas penales, las de nulidad de pleno derecho y las limitativas de responsabilidad. Prohíbe la percepción de fondos del suscriptor antes de la concesión oficial del préstamo, prohibición esta extensiva a la suscripción de efectos cambiarios. Por excepción, el suscriptor puede ser compelido en cualquier momento al depósito, en poder del notario, de los necesarios para la compra del terreno en que se vaya a edificar.

La simple lectura de la disposición a que nos referimos sugiere otra vez la idea de que poco a poco va instituyéndose en Francia una especie de Derecho necesario, común a todos los contratos de adhesión. Desde los seguros hasta el contrato de construcción, pasando por el de créditos diferidos, el método es el mismo. Junto a la violencia y al dolo, el legislador incluye la ignorancia y la imprevisión como vicios del consentimiento a lo que si, por el momento, no atribuye eficacia anulatoria, estima con entidad suficiente para determinar medidas preventivas y condicionamientos de innegable significación civil.

ARTURO GALLARDO RUEDA

II. NOTAS CRITICAS

Recensión y notas a la obra de Michel Cabrillac: «La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession»

El mismo año 1954 en que fué aprobada y publicada la ley española sobre la Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento apareció en Francia la monografía objeto de este comentario: *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, interesante estudio de MICHEL CABRILLAC.

La obra en cuestión recoge todas las modalidades de garantías mobiliarias sin desposesión del deudor admitidas en Francia, e intenta ordenarlas y sistematizarlas desde el punto de vista de su naturaleza y de su eficacia.

Se trata de un trabajo ceñido al Derecho positivo francés. Su autor se aparta consciente y expresamente de todo estudio histórico y de derecho comparado. Pero, con gran finura crítica y visión eminentemente práctica, trata de poner orden en la serie de disposiciones, bastante dispares cronológica y dogmáticamente, que han ido siendo elaboradas en Francia para salvar la insuficiencia del dualismo, elevado a dogma hace unos años: hipoteca, inmuebles, inscripción y prenda, muebles, desposesión.

Para poder juzgar adecuadamente esta interesante monografía y deducir de ella las justas consecuencias se requiere, ante todo, el examen de las posiciones previas ius positivas y dogmáticas ante las que se ha situado su autor.

a) En el ámbito del Derecho positivo, es sabido que en Francia rige en toda su pujanza el principio proclamado en el artículo 2.279 del *Code de Napoléon*: «En fait de meubles possession vaut titre.» En España, aparte el artículo 85 del Código de comercio—de más limitado ámbito de aplicación, pero que salvaguarda plenamente el dinamismo del comercio en almacenes y tiendas abiertos al público—, el artículo 464 del Código civil es de efectos menos plenos, según lo ha interpretado la jurisprudencia (S. de 19 de junio de 1945, especialmente). En el § 2.º del artículo 464, según esta doctrina, el poseedor de buena fe—la buena fe se presume siempre—es considerado como dueño mientras el reclamante no prueba haber perdido la cosa o que ha sido privado de ella ilegalmente. Protección procesalmente importante, pero que no consagra ninguna adquisición *a non domino* (ver nuestro comentario: *El párrafo 1.º del artículo 464 del Código civil, según la sentencia de 19 de junio de 1945*, en «An. Dr. Civ.», V-IV, págs. 1477 y ss.). No obstante, el problema teleológico es parecido, aunque se plantea en términos distintos y, entre nosotros, se orienta a través de la falta de reipersecutoriedad autónoma contra terceros de buena fe en la prenda (ver en «Rev. de Der. Notarial», VIII, abril-junio 1955, *Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*, IV, B, págs. 82 y ss.). En ese terreno teleológico puede aplicarse a nuestro Derecho el mismo planteamiento que sintetiza CABRILLAC (núm. 2, pág. 23) si se dejara plena libertad al ejercicio de la reipersecutoriedad en los derechos reales mobiliarios, aunque el posee-

dor o el detentador de la cosa ignorasen su existencia se abocaría en una situación particularmente dañina: la irregularidad dominaria en la vida jurídica y el régimen de la propiedad quedaría totalmente minado por el ejercicio eventual de derechos de insospechados interesados.

b) En el campo dogmático, CABRILLAC milita entre los autores que clasifican los derechos patrimoniales en las dos categorías generales de derechos reales y derechos de crédito y con quienes sitúan entre aquéllos la hipoteca y la prenda, que diferencian únicamente por el dato de la desposesión.

BEQUE, en cambio, en el Prefacio de la obra (pág. 7) que comentamos, observa que: «Cuando aparece la hipoteca ya no se puede hablar de derecho real impuesto directamente sobre la cosa: la hipoteca es una afección abstracta, inmateral, que realiza una separación total de la apropiación de la cosa y de la puesta en posesión de la misma, lo que induce a ciertos autores a calificarla como un derecho real menor, inferior, incompleto, de segunda clase, mientras que otros hablan de un significado limitativo, haciendo participar al crédito de las ventajas de la realidad.»

CABRILLAC, bajo su posición dogmática, intenta catalogar todas las garantías mobiliarias en las figuras de la hipoteca o de la prenda. La falta de posesión hace que se incline por la hipoteca: pero, al comprobar que la desposesión debilita la posición del titular de las garantías mobiliarias sin desplazamiento, afirma (págs. 15 y ss.) que se perciben netamente en ellas tres etapas diferentes y propone la siguiente sistematización:

- 1) Derechos reales de garantía en los que la plenitud de su funcionamiento ofrece al acreedor una seguridad suficiente.
- 2) Garantías que sólo pueden organizarse adjuntando al derecho real de garantía una obligación personal del deudor que lo refuerza y dota de la suficiente eficacia.
- 3) Garantías en las que incluso el nacimiento del derecho real está subordinado al cumplimiento de una obligación que necesariamente ha de imponerse al deudor y que constituirá el factor esencial de la seguridad.

Por ello BEQUE (pág. 6), en el Prefacio, anota que la concepción tradicional de la seguridad real se halla notablemente adulterada a consecuencia de esa debilitación de la posición del derecho real en la protección del acreedor y que se ha tenido que completar esa protección: por obligaciones personales impuestas al deudor, por la amenaza de sanciones penales, por la responsabilidad solidaria de un tercero encargado de la conservación de los bienes objeto de la garantía y, a veces, por una vigilancia administrativa.

c) Metodológicamente, CABRILLAC suele utilizar la inversión, tratando de averiguar la naturaleza de la garantía para aplicar las reglas correspondientes al tipo catalogado. Es decir, que no limita su labor a ordenar ideas e instituciones, sino que, conforme los cánones de la escuela dogmática, quiere deducir de aquella clasificación consecuencias para completar la reglamentación de la figura estudiada. Aun cuando ese método esté bastante desacreditado, pues olvida que un principio que sinteticamente contenidos particulares no puede dar lugar a un contenido distinto (ver HERNÁNDEZ GIL: *Metodología del Derecho*, Madrid, 1945, página 121), es lo cierto que CABRILLAC, como buen jurista francés, concluye

por limitar sus consecuencias con una fina percepción jurídica y clara visión de la realidad.

No puede olvidarse que el trabajo en cuestión trata de clasificar y ordenar sistemáticamente una serie variadísima de figuras de dispar orientación, obedientes a muy distintas concepciones a las que falta un planteamiento genérico, panorámico, por parte del legislador francés.

Hechas estas observaciones previas, intentaremos resumir y cotejar, mediante notas, la doctrina que MICHEL CABRILLAC expone e intenta sistematizar, con la posición adoptada por nuestra nueva ley. Para ello le seguiremos en su clasificación fundamental.

A) *Garantías mobiliarias plenamente reales*

El planteamiento teleológico, anteriormente expuesto, lleva a CABRILLAC al examen de la posibilidad de liberar, en ciertos casos, al derecho de persecución de esa parálisis que le afecta en el mundo de los bienes muebles (1). Al efecto observa dos caminos (núm. 2, pág. 25): 1.º Apartar al mueble del imperio de la regla «En fait de meubles, la possession vaut titre» y dotarlo de un régimen de propiedad organizado en el cual el derecho pueda imponerse independientemente del hecho posesorio. 2.º Invertir, en relación a las garantías reales en cuestión, la presunción de buena fe del poseedor (2).

a) El primer sistema requiere la organización de una publicidad suficiente para informar a los terceros de las mutaciones y cargas reales que puedan gravar al objeto (núm. 3, pág. 25). Pero para ello se requieren determinadas cualidades en el bien mueble que le hagan susceptible de dicha publicidad y le permitan escapar del dominio de la apariencia posesoria (pág. 26). Según CABRILLAC estos requisitos deben ser:

1.º *Individualización*, obtenida mediante una matrícula administrativa complementada con medidas apropiadas (núm. 4, pág. 26).

2.º *Uso notorio*, requisito que prefiere al de la *situación fija*, reclamada por otros autores (núm. 5, págs. 26 y 27). A su juicio, la matrícula administrativa, que asegura la individualización, el sistema de publicidad que organiza la propiedad, no se pueden aplicar más que a los muebles en los que su uso e incluso su posesión sean notorios. Pues es necesario que se pueda hallar el mueble, a pesar de sus desplazamientos, lo cual sólo es posible cuando por su propia naturaleza dicho bien sólo resulta utilizable en forma notoria (núm. 6, págs. 27 y ss.).

3.º *Valor económico importante*.—Los bienes muebles deben circular rápidamente. Cuanto menor es su valor económico más deben circular; el número de los adquirentes se eleva en razón inversa a su precio; pero esta circulación quedaría singularmente si, a cada desplazamiento patrimonial, los interesados debieran someterse a las formalidades de la publicidad. No obstante, estima CABRILLAC, esta

(1) La Ley española apunta este resultado para los bienes que reputa, en el art. 12 —con criterio de *numerus clausus*—susceptibles de hipoteca mobiliaria. (El examen de la posición en esta materia de la Ley de 16 de diciembre de 1954 puede verse en nuestro comentario en Rev. Dr. Not., VIII, ver. I, A., págs. 32 y ss.)

(2) De esos dos sistemas la Ley española elige el primero, pero limitado, como todo sistema registral de cargas, a la eficacia de la hipoteca inscrita frente a cualquier tercer adquirente posterior. El registro no informa de las transmisiones, sino tan sólo de los gravámenes.

importancia económica se halla deficientemente precisada como requisito (núm. 7, págs. 28 y ss.) y que en último análisis los requisitos esenciales pueden concretarse en los dos primeros (3).

b) El segundo sistema también requiere, para ser eficazmente aplicado, que los muebles que se sujeten al mismo se caractericen por su individualidad, uso notorio e importancia cierta (núm. 8, pág. 29). Exige, igualmente, una publicidad adecuada.

1.º El modo clásico para lograr la suficiente publicidad es la transcripción o inscripción en un registro. «Pero—objeta CABRILLAC—los imperativos de seguridad y de rapidez necesarios en la mayor parte de las transacciones inmobiliarias no soportarían que la reivindicación del acreedor fuera favorecida de este modo y que el poseedor resultara tachado de una presunción de mala fe por la sola existencia de una publicidad a la cual no tiene razón especial de atender» (núm. 9, página 30).

Además estima que, fuera de las matriculas administrativas, sólo se puede recurrir a una publicidad personal, a través de la cual sólo el primer adquirente podrá conocer la existencia de la garantía. Sería absurdo suponer de mala fe a los posteriores adquirentes por el solo hecho de la existencia de una inscripción que no les puede informar debidamente.

Por eso cree que ese sistema de publicidad sólo puede ser satisfactorio cuando los bienes muebles en cuestión requieran una formalidad administrativa obligatoria (necesidad de autorización para utilizar el bien mueble, necesidad de formalidades para su transmisión, etc.) que suponga una publicidad accesoria tal que el adquirente sometido a dicha formalidad no pueda ignorar el contenido de la inscripción (pág. 31) (4). Sistema aplicado en Francia en la transmisión de los automóviles.

(3) La Ley de 16 de diciembre de 1954, como hemos dicho, enumera con carácter limitativo los bienes que considera hipotecables. El criterio que ha imperado para señalarlos no resulta del texto de la Ley, aunque de la Exposición de motivos se deduce que se atendió a su identificabilidad más fácil o más difícil, y a sus cualidades específicas que hacen más o menos difícil su desaparición, transformación o confusión. La Exposición del Anteproyecto aludía, además, a la dificultad de aplicación del principio del párrafo 1.º del art. 464 C. c., y a la aptitud para la vida registral.

Nuestro punto de vista lo expusimos en Rev. Dr. Priv., vol. XXXVII (junio 1953), páginas 505 y sig. Concretamos allí, en dos los requisitos indispensables al efecto: uno físico, referente a la identificabilidad material de la cosa; otro económico-jurídico, relativo a la repercusión que para el comercio jurídico representaría el imponer la publicidad registral a la posesoria tratándose de bienes de la especie cuestionada.

(4) Es excesivo el criterio expuesto por el autor. En la misma Francia no se sigue para el *nantissement du fonds de commerce*. La matricula y las formalidades administrativas pueden facilitar el régimen de la hipoteca mobiliaria, pero no cabe considerarlas imprescindibles. Son un signo de que el bien en cuestión puede desglosarse del régimen mobiliario común, pero no constituyen el único factor determinante de dicha posibilidad.

La Ley española de 1954 admite entre los bienes susceptibles de hipoteca varios que están sujetos a matricula administrativa y otros que no lo están. Es decir, no sigue aquel criterio exclusivo.

Por otra parte, la Ley española no se ha decidido a dar sustancia jurídica a los registros administrativos, sino que ha creado registros jurídicos de gravámenes. Ciertamente entre unos y otros registros se ordenan medidas de conexión. Pero su relación apenas excede de la que media entre el Catastro y el Registro de la Propiedad inmueble. Los registros administrativos son la base de la identificación física a través de la matricula y otros datos;

2.º Además de esta publicidad puede utilizarse otra forma totalmente diferente: la estigmatización o colocación de un signo material o marca visible que manifieste el derecho real de garantía y acuse la mala fe del poseedor. Este sistema ha sido utilizado por la ley de 18 de enero de 1951 sobre el *nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement* (núm. 10, págs. 31 y 38.).

Pero ese régimen no carece de defectos (5), subrayados por CARRILLAC:

Si la marca o la placa no han sido colocadas de un modo definitivo e indeleble pueden ser borradas y retiradas. Y el deudor podrá hacerlo, aunque con ello cometa un delito, y transferir el bien a un tercero, ante el cual el acreedor habrá perdido su derecho de persecución. Por lo tanto, la protección del acreedor reposará en la honestidad del deudor y no funcionará por el exclusivo juego del derecho real (núm. 11, pág. 33).

Si la marca pudiera colocarse por algún procedimiento técnico de modo indeleble, la solución no dejaría de presentar inconvenientes. Claro que la placa llevaría una referencia de la inscripción (así lo regula la ley de 1951) y por ella los interesados podrán constatar si la deuda se halla pagada y el gravamen cancelado. Pero ello les obligaría a realizar trámites perjudiciales para la circulación mobiliaria. Además, el mantenimiento de esa placa, fuera de toda deuda, arrastraría el peligro de disminuir el crédito general del poseedor del mueble, reduciría en valor como mercancía y dificultaría la circulación del mueble así marcado. Peligro que tampoco se evita en las marcas susceptibles de ser borradas o retiradas cuando de ellas quede algún rastro (v. gr.: los agujeros de los tornillos, ciertas soldaduras, etc.).

La insuficiencia de la publicidad de esas placas o marcas se patentiza en la ley de 1951 que debe acudir a la sanción penal para defender la garantía a través del mantenimiento de dichos signos de publicidad (pág. 34).

Como seguridades dotadas de derecho de persecución en Derecho francés, el autor cataloga las siguientes (6):

1.º La hipoteca marítima, regulada por las leyes de 10 de diciembre de 1874, 10 de julio de 1885 y 19 de febrero de 1949.

el Registro de la hipoteca mobiliaria publica las cargas con efectos administrativos respecto a terceros adquirentes. La unificación de unos y otros registros resultará dificultada en España por el separatismo interministerial de los Ministerios predominantemente técnicos.

(5) Los señalamos en Rev. Dr. Priv., XXXVII, pág. 523.

(6) La Ley de 16 de diciembre de 1954, en su art. 12, determina los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria. La Ley de 21 de agosto de 1893 reguló la hipoteca naval apoyándose en la ficción de considerar como inmuebles a los buques a los solos efectos de su hipotecabilidad.

Obsérvese que nuestra Ley (art. 12, 2.º) no sólo considera susceptibles de hipoteca a los automóviles y otros vehículos de motor, sino también a los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular. En cambio, la Ley francesa de 29 de diciembre de 1938 es incluso restrictiva con relación a los créditos garantizables, ya que sólo aplica su garantía para asegurar el precio aplazado de la venta del automóvil dado en *gage*.

La hipoteca de la maquinaria industrial de nuestra Ley tiene un ámbito más limitado, pero mayor eficacia—sin necesidad de colocación de placa alguna—que el *nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement*, clasificado por Cabrillac en el grupo segundo.

Además de la hipotecabilidad de las películas, se regula en la Ley española la hipoteca de la propiedad industrial y de la intelectual (art. 12, núm. 5).

2.º La hipoteca fluvial, regida por las leyes de 5 de julio de 1917 y 19 de julio de 1934.

3.º La hipoteca aérea, para la cual la ley de 31 de mayo de 1924 se remitió a la citada de 1917 sobre hipoteca fluvial.

4.º El *nantissement du fonds de commerce*, regido por ley de 17 de marzo de 1909. Se apoya en la consideración del *fonds de commerce* estimada por CABRILLAC como por ESCARRÁ como una unidad incorporal independiente de los bienes que la componen y que tiene un valor propio (núms. 19 y 20, págs. 44 y siguientes) (7).

5.º La prenda del vendedor a crédito de un vehículo automóvil, reglamentada por la ley de 29 de diciembre de 1934.

6.º El *nantissement* de los films cinematográficos, regulado por la ley de 22 de febrero de 1944, que recae sobre tres elementos: el film propiamente dicho, considerado como un mueble corporal con todos los aspectos que puede revestir; el derecho a explotar el film, y—salvo pacto en contrario—los créditos derivados de su explotación, por el mecanismo llamado *délégation de recettes* (núm. 29, pág. 58). Este tercer elemento es el fundamental en esta garantía. Subraya CABRILLAC que la naturaleza del film es tal que su explotación agota su valor de modo que, al cabo de cierto tiempo, el acreedor sólo hallaría un bien con su valor en venta nulo o ínfimo. Con la *délégation de recettes* el acreedor garantizado logra un privilegio sobre los productos del film, es dotado de acción directa contra los deudores de estos productos. La inscripción bastará para conferir estas prerrogativas con una oponibilidad absoluta y determinará su rango. En virtud de esa publicidad no será necesaria la notificación a los deudores del titular del film (núm. 30, pág. 59). Por ello—concluye—que gracias a esas tituladas *délégations de recettes*, al sistema de publicidad muy completo y a los efectos que se le han asignado, así como también a la intervención eficaz de los poderes públicos en la materia, este *nantissement* de los films ofrece a los acreedores una seguridad suficiente, que no compromete la ausencia de desposesión del deudor (pág. 60) (8).

(7) La consideración del *fonds de commerce* como unidad incorporal independiente de los bienes que lo componen y con valor propio—que sostienen Escarra y Cabrillac—, no nos parece rigurosamente aplicables al establecimiento mercantil contemplado en nuestra Ley de 1954. En ésta la hipoteca gira fundamentalmente sobre su base físico jurídica, el local de negocio con su afección negocial, con el cual se integran, para constituir la garantía unificada, determinados elementos del activo susceptibles de ofrecer garantía real. Esa diversa posición básica puede dar lugar a consecuencias distintas. Por la misma razón, algunas de las conclusiones a las que llega Cabrillac al examinar diversos problemas planteados en el *nantissement du fonds de commerce*, no pueden trasladarse a nuestra hipoteca de establecimiento mercantil.

(8) La Ley española pretende asegurar ese tercer elemento de la garantía, fundamental en las películas y en otros derechos de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual. Así se comprueba en el art. 48 §§ 2 y 3 e incluso en el art. 49. Es de especial interés el párrafo 3.º del art. 48: "La cesión hecha sin la previa cancelación parcial, no perjudicará los derechos del acreedor y hará al cedente y al cesionario responsables *in solidum* hasta el importe de la indicada proporción". (La correspondiente a la zona de distribución cinematográfica.)

La afirmación de que la cesión "no perjudicará los derechos del acreedor" presupone la prelación en el cobro del precio correspondiente, pues de lo contrario el perjuicio podrá existir. Notemos—además—que la redacción del art. 59 del Anteproyecto era más expresiva que la del art. 49 de la Ley.

No nos interesan demasiado, en sus términos generales, los epígrafes que CABRILLAC dedica al problema dogmático del encuadramiento de estas garantías en la hipoteca o en la prenda. Pero sí, en cambio, resultan de especial interés práctico algunos de los problemas que con dicho motivo plantea con referencia al *nantissement des fonds de commerce* y a la prenda del vendedor a crédito de automóviles (el valor de la obra es bastante más elevado desde el punto de vista práctico que en sus elucubraciones teóricas).

a) Protección del acreedor *nanti* contra la enajenación del *fonds* anterior a la inscripción de la garantía.

Ante el silencio de la ley de 1909, la doctrina ha ofrecido diversas soluciones. Se ha defendido que la inscripción de uno y otro acto determinará la prelación, pero esa tesis choca con el inconveniente de no hallarse sometida a inscripción la transmisión. Otros autores han considerado decisiva la prioridad entre la inscripción del *nantissement* y la toma de posesión efectiva del adquirente (WAHL)—a lo que se objeta que la naturaleza incorporal del *fonds de commerce* no autoriza a aceptarla—. Otros, atienden a la publicación de los anuncios legales requeridos a la transmisión por el artículo 3 de la ley de 1909, o a la determinación de la fecha cierta de transmisión sin otra formalidad (COHEN), estimando que el privilegio del acreedor *nanti* no tiene fecha cierta con respecto a terceros sino desde el día de la inscripción. CABRILLAC rechaza todas esas opiniones (núm. 38, págs. 69 y ss.) y sostiene—por analogía a lo dispuesto en el artículo 2 al. 1.—que la inscripción verificada dentro del reducido plazo señalado por la ley afecta a quienes hayan adquirido durante el mismo, los cuales pudieron haberse garantizado reteniendo el precio durante dicho plazo (número 39, págs. 71 y ss.) (9).

A diferencia de la ley francesa, establece la española una responsabilidad solidaria del adquirente que no puede entenderse extinguida por el pago hecho al deudor.

Ese defecto se produce por la sola virtud de la publicidad de la inscripción sin necesidad de notificaciones previas, que no exige el art. 48 (lo contrario, por un *lapsus*, dijimos en Rev. Dr. Not., VIII, pág. 43, líneas 9 y 10). En cambio, es necesaria la comunicación a la Sociedad de Autores para la eficacia del pacto previsto en el art. 49.

(9) La Ley española no plantea este problema. Para resolverlo hay que partir de que el Registro de hipoteca mobiliaria no es sino un registro de cargas que no garantiza la titularidad del hipotecante. La inscripción no puede convalidar, por tanto, la constitución a *non domino*. Ahora bien, el problema examinado por Cabrillac, con relación al Derecho francés, se concreta al supuesto de transmisión dominical y constitución de *nantissement* por parte de un mismo titular transmitente y constituyente. Trasladada en estos términos la cuestión al Derecho español, debemos distinguir:

a) Si el titular del establecimiento es arrendatario del local donde lo tenga instalado, debe resolverse aquella cuestión teniendo en cuenta las siguientes premisas: La hipoteca del establecimiento gravita en torno al derecho arrendaticio de su titular sobre el local de negocio en que se halle establecido. Tanto el traspaso del local de negocio como la hipoteca del establecimiento tiene asignada determinada forma legal: los arts. 45 y ss. de la L. A. U. regulan las del traspaso; el art. 3.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954, las de la hipoteca. La prioridad entre la fecha de la escritura pública de traspaso y la fecha de la inscripción de la hipoteca (que será la del asiento de presentación de la escritura de constitución si esta llega a inscribirse en vigencia de aquél) determinarán respectivamente la ineficacia de la hipoteca, en el primer supuesto, o la sujeción a ésta del establecimiento, aunque haya pasado a manos del adquirente, en el segundo supuesto.

b) Si el titular del establecimiento es dueño del local donde ubique, puede plantearse el problema tanto para el caso de venta del establecimiento como en los supuestos de arrenda-

b) Protección del acreedor entre la fragilidad material del objeto de la hipoteca mobiliaria (10).

2) El Derecho sobre la indemnización por seguro.

El fundamento del mismo se ha buscado por diversos caminos:

1.º Unos a través de la noción de *subrogación real* (PLANCHOL, RIPPERT y BECQUE, JOSSERAND, COLIN y CAPITANT, etc.). Aplicación rechazada por los que afirman que no es al objeto asegurado, sino a las primas a las que sinálgmáticamente corresponde la indemnización en virtud del contrato de seguro (RIPPERT, en su *Derecho mercantil*), (núm. 63, págs. 105 y ss.).

2.º Otros a través de lo que llaman delegación legal (RIPPERT, AUBRY ET RAU, SEQUELA); que hacen derivar de la frecuencia de esa estipulación, por el camino de la cláusula de estilo, hasta llegar a ser regla legal. Pero, objeta CABRILLAC—además de lo discutible que es la interpretación del artículo 37—que la delegación no puede justificar que la atribución sea hecha a los acreedores según su rango—ya que sus efectos deberían producirse según el orden de fechas de las sucesivas delegaciones—y que carece de explicación para cuando la póliza del seguro es posterior al contrato originador de la garantía—hipótesis en la cual éste no puede entrañar la cesión de un crédito que aún no existía (DEMOGUE)—(núm. 64, pág. 106 y ss.).

3.º En fin, se busca el fundamento de la prioridad del acreedor hipotecario a cobrar la indemnización del seguro en la asimilación, hecha por el legislador, entre esta indemnización y el precio de la venta de la cosa (LABICHE, BAUDRY, LACANTINARIE, DE LOYNES), CABRILLAC (núm. 65, pág. 107), inclinado a considerar la hipoteca como un derecho al valor de la cosa más que como derecho sobre esta misma, recoge esta analogía, considerando ambas consecuencias como aplicación del derecho normal de hipoteca. Es decir, como consecuencia institucional que no requiere declaración expresa del legislador.

Para prevenir el pago hecho de buena fe al asegurado y la posibilidad de oponer al acreedor las sanciones en que el asegurado hubiera incurrido, caben respectivamente la notificación de la hipoteca, pues a este efecto no basta la publicidad registral (núm. 66, pág. 109), y la cláusula por la cual el asegurador se obliga a no hacer valer contra el acreedor ciertas excepciones que le pudieran corresponder frente al asegurado (núm. 67, págs. 110 y ss.) (11).

miento de éste o del local de negocio sede del mismo. En todos estos supuestos, la prioridad entre la consumación de uno y otro acto determinará la preferencia. Ahora bien, tratándose de cuestiones entre terceros, la demostración de la prioridad debe concretarse, por parte del adquirente, a la prueba de la fecha de su posesión pública y evidente o a la determinación de la fecha de la transmisión fehacientemente, por la fecha de la escritura o por cualquier otra de los modos previstos en el art. 1.227 C. c., de suerte que se acredite así que son anteriores a la fecha de la inscripción de la hipoteca.

En todo caso no puede olvidarse que el párrafo final del art. 3.º de la Ley, en su apartado 1.º, afirma que: "La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes." Principio correspondiente al del art. 33 de la Ley Hipotecaria, pero sin la excepción que, respecto a éste, establece el art. 34 de la misma Ley inmobiliaria.

(10) La fragilidad material del objeto es especialmente contemplada en los arts. 18 y 44 de la Ley española.

(11) El art. 5.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954, dispone que: "La hipoteca y la prenda se extenderán a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante o

β) Derechos respecto la indemnización en virtud de la responsabilidad por la pérdida.

Una decisión del Tribunal de Comercio del Seine de 14 de marzo de 1940 aceptó ese efecto para el *nantissement del fonds de commerce* en un caso de incendio. CABRILLAC, señala que la naturaleza del *fonds de commerce*—que subsiste sin perder su individualidad, pese a la modificación sufrida por sus elementos, que considera como fungibles dentro de la universalidad que constituyen—justifica ese fallo. En cambio, la generalización de esa extensión—fuera de la hipoteca marítima—le parece que legalmente se halla falta de apoyo positivo, aunque la estima deseable para fortalecer la garantía del acreedor garantizado (núm. 70, págs. 113 y ss.) (12).

c) Protección del acreedor contra la fragilidad jurídica del objeto.

Esa fragilidad depende de que el objeto de la garantía lo constituyen unidades compuestas que al desintegrarse pueden perder el valor asegurado al acreedor (núm. 71, pág. 105 (13). Bajo ese aspecto cabe distinguir:

α) Disociación de un mueble corporal.

El navío, la aeronave, el automóvil no son bienes simples y sus componentes pueden ser desintegrados. La reipersecutoriedad de la garantía sólo alcanza al bien asegurado como unidad, pero no a los elementos que se separen del mismo. Estos escapan del régimen especial de la hipoteca mobiliaria y se registrarán por las reglas comunes a los bienes muebles (núm. 73, pág. 116).

Como remedio, aparte de las disposiciones penales, se señalan en los automóviles: el control administrativo y la identificación por su numeración de las piezas esenciales de modo que se excluya la buena fe del adquirente (núm. 75, págs. 117 y ss.). Por ese camino, el derecho americano, tratándose de las garantías aeronáuticas, exige que el acreedor inscriba en el Registro no sólo su derecho sobre la aeronave, sino además el correspondiente sobre los motores de propulsión si tienen una potencia superior a 750 H. P., con lo que le permite oponer su derecho a los terceros adquirentes de los motores (núm. 76, página 119) (14).

pignorante, concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados o pignorados, si el siniestro o hecho que los motive acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda. Si dichas indemnizaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido; en defecto de convenio se consignará en la forma establecida en los arts. 1.176 y ss. C. c., siempre que en uno y otro caso hubiera sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca o de la prenda”.

(12) El art. 5.º, transcrito en la nota anterior, comprende no sólo las indemnizaciones por razón de seguro, sino todas, de cualquier clase que sean, las que corresponda por razón de los bienes hipotecados, con tal de que el hecho que las motive sea posterior a la constitución de la garantía. Con relación a la hipoteca de establecimiento mercantil, el artículo 23 desarrolla la norma del art. 5.º y declara incluidas las indemnizaciones que al arrendatario se le deban con arreglo a la Ley de Arrendamientos Urbanos.

(13) La interdicción de la disociación de los elementos integrados en la hipoteca de establecimiento mercantil, inclusive la del cambio de local, va comprendida entre las obligaciones que el art. 27 de la Ley española, impone al hipotecante.

(14) Véase lo que sobre este punto hemos expuesto en Rev. Dr. Not., cit. (IV A, b), páginas 80 y sig.

3) Desmembramiento de los elementos de un *fonds de commerce*.

Aquí el vínculo es inmaterial—al contrario que en los anteriores supuestos— y por ello requiere especiales medidas (núm. 47, pág. 119). Cabe subdistinguir:

3 1) Extinción del arrendamiento.

El arrendamiento—necesariamente comprendido en el *nantissement*—suele ser de importancia primordial para la garantía y su pérdida muy grave para la misma. No obstante, su existencia resulta incierta (núm. 78, pág. 120) pese a las medidas adoptadas por el legislador, que son:

1.º El arrendador no puede oponer la resolución del arrendamiento—sea judicial o amistosa—si no la notifica al acreedor con un mes de anticipación (artículo 14, ley 1909). Pero la ley no precisa cuáles son los medios de acción ofrecidos al acreedor *nantí* para evitar esa resolución. La jurisprudencia le reconoce el derecho de ejecutar las obligaciones de arrendatario (Cass. Reg. 17 abril 1934, Pau 11 junio 1930). Generalmente se tratará del pago del alquiler. Ciertas decisiones incluso han admitido que el acreedor pueda evitar la resolución instando la venta global del *fonds*, pero la mayor parte de los Tribunales ha rechazado esa posibilidad, que por su carácter exorbitante del derecho común requeriría un texto que expresamente admitiera su posibilidad. En defecto del mismo, señala CABRILLAC que el acreedor, por el camino de la acción pauliana, puede interceptar combinaciones fraudulentas entre deudor y arrendador. En cambio, estima que no puede evitar la resolución derivada de abusos en el goce por el arrendatario (núm. 79, pág. 121) (15).

2.º Ante la negativa de prórroga por el arrendador, se debe distinguir, en Derecho francés, según el propietario tenga o no que indemnizar al locatario, discutiéndose si en este caso el acreedor tiene derecho a esa indemnización. CABRILLAC, basándose en la naturaleza del *fonds* se inclina a concedérsela como extensión de la garantía (núm. 81, págs. 123 y ss.) (16).

3.º Frente al traspaso del derecho arrendaticio a un tercero, no se le concede al acreedor—según CABRILLAC (núm. 82, págs. 124 y ss.)—más que acción contra el cesionario de mala fe y derecho de preferencia sobre el precio pendiente de la enajenación. Para lograr el primer resultado puede utilizar la acción pauliana o la acción de simulación, probando que la cesión del derecho arrendaticio encubrió una cesión del *fonds* por razón de la cual juega el derecho de persecución (núm. 82, pág. 125) (17).

(15) La Ley española en sus arts. 30, 31, 32 y 33 se ocupa de las consecuencias para la hipoteca de la rescisión del arrendamiento. Ningún precepto de la Ley exige al arrendador que notifique al acreedor hipotecario la iniciación del procedimiento. Al discutirse el Anteproyecto fué muy debatido este punto, habiendo disparidad de criterios en el seno de la comisión.

(16) La negativa de la prórroga en virtud de la causa 1.ª del art. 76 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con los arts. 90 y ss. de la misma, dará lugar al juego del art. 23 de la Ley de 1954. La que se funde en la causa 2.ª producirá el efecto previsto en el art. 90 L. H. M.; además, en este caso, el art. 26 obliga al propietario a trasladar al acreedor las notificaciones previstas en los arts. 102 y ss. de la L. A. U.

(17) El traspaso del establecimiento hipotecado, verificado después de la fecha de la inscripción de la hipoteca, además de ser un acto prohibido por la Ley (art. 4.º), que da lugar al vencimiento de la hipoteca (art. 29, causa 3.ª), no afecta al derecho de hipoteca,

§ 2) Dispersión del material o del utillaje.

La casi totalidad de la doctrina (COHEN, ESCARRA y RAULT, DEMONTES y JAUFRET, CENDRIER, etc.) y la jurisprudencia sin vacilación, rechazan al acreedor *nanti* el derecho de persecución contra los terceros detentadores del material o del utillaje en virtud de una enajenación separada. Los Tribunales consideran que el artículo 22 de la ley de 1909 contiene una excepción al derecho común aplicable únicamente al *fonds* como conjunto, pero no extensiva a los elementos individuales que lo integran. Por otra parte—y esa razón le parece más decisiva a CABBILLAC—la renovación del material y el utillaje es indispensable para mantener el valor del *fonds*, y ello es razón suficiente para excluir toda reipersecutoriedad por razón de una enajenación que en principio no puede impedirse al deudor (núm. 84, pág. 127) (18). A falta del derecho de persecución, en este caso, el acreedor puede: 1.º Ejercitar su derecho de preferencia sobre el precio aún no satisfecho (19); 2.º Obtener el vencimiento del plazo en virtud del artículo 1.188 del Codex (20); 3.º Ejercitar la acción pauliana a condición de poder demostrar el *consilium fraudi* y el *eventus damni*, es decir, la agravación de la insolvencia del deudor por dicha enajenación (21); 4.º Y, finalmente, si la venta del material y del utillaje se hubiera hecho globalmente le cabe solicitar de los Tribunales que se consideren que la enajenación comprende al *fonds* propiamente dicho (núm. 85, pág. 128) (22). Además podrá acudir al Derecho penal contra el deudor, si bien resulta difícil el encuadramiento de la figura de débito en cuestión con peligro de chocar con el principio *nullum crimen sine lege* (núm. 86, pág. 129) (23).

ya que conforme al art. 16: "la hipoteca mobiliaria sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida".

(18) Ver nota 14. Respecto los elementos comprendidos en la hipoteca del establecimiento, deben distinguirse aquellos que son individualmente identificables (como máquinas, automóviles, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc.) y los que no lo son. Los primeros conforme al art. 13, 2.º, deberán describirse en la escritura y en la inscripción. (Además, a juicio nuestro, deben incluirse en los correspondientes índices regulados en el artículo 8.º del Reglamento de 17 de junio de 1955—índices de automóviles y demás vehículos, propiedad industrial, propiedad intelectual, maquinaria industrial, en el Registro respectivo. Y de radicar los Registros de automóviles o propiedad intelectual o industrial en distinto Registro de la propiedad, deberá inscribirse también dichos elementos en estos últimos.) Respecto a éstos, actuará el art. 16: Para los demás fallará la reipersecutoriedad de la hipoteca por faltar la debida individualización en la publicidad registral.

(19) Creemos que el precio de la venta ilegítima de un bien adeudado al vendedor, puede considerarse comprendido en la hipoteca, incluido entre las indemnizaciones referidas en el art. 5.º de la Ley. La razón teleológica es la misma y, además, encaja en el principio de subrogación real a título singular *pretium succedit loco rei* reconocido en el art. 1.186 del Código civil.

(20) Lo determina expresamente el art. 29, causa 3.ª. Aun sin esta disposición podría derivar del art. 1.129, núm. 3.º, del Código civil, siempre que dicha enajenación suponga disminución efectiva de la garantía.

(21) Opinión aplicable, sin duda, a nuestro Derecho, siempre que el supuesto encaje en los arts. 1.291 y ss. del Código civil.

(22) Todo depende—en nuestro Derecho—de que la publicidad de la inscripción, dado el volumen de la enajenación y conforme un criterio de buena fe, pueda considerarse suficiente para afectar al adquirente, aunque éste no adquiera bien individualizado.

(23) Lo mismo puede decirse con respecto al Derecho español.

β3) La disgregación de los elementos incorporales diferentes del derecho de arrendamiento.

La acción reipersecutoria del acreedor frente a terceros adquirentes de patentes, marcas, rótulos y modelos es, en cambio, plenamente eficaz si han sido suficientemente individualizados y sometida la constitución de la garantía a la especial publicidad prevista por la ley de 26 de junio de 1920 y realizada por l'*Office National de la Propriété Industrielle*, de acuerdo con lo que había previsto el art. 24, ap. 5 de la ley de 1909 (núm. 87, pág. 130) (24).

γ) Protección del acreedor contra los desplazamientos del objeto.

γ 1) El desplazamiento al extranjero de los navíos, los bajeles de ribera y las aeronaves hipotecadas ha sido tratado y solucionado en las Convenciones internacionales de Bruselas, 1926, Ginebra, 1930, y Ginebra, 1948, respectivamente.

γ 2) En los automóviles se plantean dos problemas: el derivado del desplazamiento físico al extranjero del automóvil hipotecado, evitable a través de las obligaciones administrativas impuestas a las autoridades de las fronteras (núm. 89, pág. 134) (25). Y el problema del desplazamiento de su matrícula de un departamento a otro—modificando así la base de la identificación del vehículo hipotecado—solucionado por la Circular de 1935, al ordenar que, al cambiar la matrícula de departamento, la prefectura deberá exigir un certificado de si el vehículo ha sido o no objeto de garantía inscrita, para transcribirla en la nueva inmatriculación. CABRILLAC sugiere la posibilidad de mejorar este sistema, colocándose en la tarjeta del vehículo (*carte grise*) una mención del apazamiento del precio. Sistema que califica de estigmatización de segundo grado, más discreta que la colocación de la placa en el automóvil (núm. 24, págs. 50 y ss.) (26).

γ 3) *Desplazamiento del fonds de commerce*.

Su cambio de local puede atender no sólo a su valor, sino incluso a su identificación (núm. 102, pág. 148).

Para defender al acreedor del perjuicio económico del traslado del establecimiento, el art. 13, ap. 1, impone al deudor la obligación de notificar al acreedor inscrito su proyecto de trasladarlo con una antelación mínima de quince días. La falta de notificación produce automáticamente como sanción el vencimiento del plazo (núm. 105, pág. 151). Pese a la notificación, también vence el plazo, según el ap. 3 del art. 13, cuando se da la doble circunstancia de que el acreedor no preste su consentimiento al traslado y el traslado deprecie el

(24) Véase la nota 18.

(25) El párrafo final del art. 35 de la Ley de 1954 dispone que: "El Notario, en el momento del otorgamiento de la escritura, hará la anotación correspondiente en el permiso de circulación del vehículo." Y el art. 37 ordena que: "Los vehículos que tuvieren anotada la hipoteca en el permiso de circulación no podrán salir del territorio nacional sin consentimiento del acreedor. Las Aduanas españolas exigirán, a tal efecto, el permiso de circulación".

(26) Así se debe verificar conforme el § final del art. 35, transcrito en la nota anterior.

establecimiento. Por pacto expreso puede prevenirse, al convenir el *nantissement*, que el mero hecho del traslado produzca el vencimiento del plazo, sin necesidad de otra condición o requisito (núm. 104, pág. 150) (27).

El peligro que el traslado supone para la identificación del *fonds nanti*, de riva de que puede escapar a la publicidad establecida y acarrear la pérdida para el acreedor de su derecho de persecución (núm. 106, pág. 152). El artículo 13, ap. 2.º, previniendo ese supuesto, señala al acreedor un plazo de quince días para mencionar el cambio al margen de la inscripción si el traslado se verifica en territorio de la jurisdicción del mismo Tribunal y para trasladar la inscripción al nuevo Tribunal si el traslado supone cambio de jurisdicción.

En caso de que el acreedor *nanti* hubiese regularizado la inscripción dentro de dicho plazo, pero en el intermedio desde el desplazamiento a la regularización de la inscripción se hubiera inscrito otro *nantissement*, se plantea un problema de preferencia entre ambos. La doctrina por unanimidad se la concede al anterior acreedor que, además de no ser responsable del cambio de local, ha cumplido en el breve plazo señalado por la ley sus obligaciones de publicidad (núm. 107, págs. 153 y ss.).

Si, por el contrario, la inscripción no se regularizó en el plazo legal, la interposición del nuevo *nantissement* plantea la cuestión en otros términos. Ante todo debe distinguirse si el primer acreedor conoció o ignoró el traslado. En este segundo supuesto la cuestión es especialmente delicada (núm. 108, página 155). CHARÓN y COHEN entienden que el primer acreedor no pierde su preferencia, porque las formalidades del art. 13, ap. 2, sólo pueden exigir al acreedor cuando conozca el traslado.

En cambio, CABRILLAC (núm. 110, pág. 153) opina que la línea lógica de los principios que dominan el mundo de la publicidad, a la que están sometidos los privilegios que gravan a los *fonds de commerce*, impone la solución contraria. Si la oponibilidad de un derecho está condicinada a requisitos de publicidad determinados, si éstos no son cumplidos, sea por la razón que fuere, no es posible que su titular pueda oponerlo. La consideración subjetiva y algo sentimental, de la actitud irreprochable del acreedor primitivo no puede ser de consideración en un sistema regido por el signo del rigor formal y la objetividad. Aparte de que la prueba de la ignorancia del desplazamiento—que contra la opinión de COHEN, cree CABRILLAC que corresponde al acreedor anterior, según ha aceptado *La Cour de Paris*, en 29 de mayo de 1934—es muy difícil, como toda prueba negativa (núm. 111, págs. 156 y ss.) (28).

B) *Garantías en las que se añade al derecho real una obligación personal del deudor.*

Señala el autor que, excluidos los supuestos excepcionales anteriormente expuestos, en los que el derecho de persecución reviste toda plenitud, no parece

(27) Ver: art. 29 causa 2.ª en relación con el art. 27, que lo señala como causa del vencimiento de la hipoteca y los arts. 16 y 33 de la Ley de 1954 de los que resulta que continúa la sujeción del local.

(28) En nuestro Derecho, podría ocurrir que el establecimiento hipotecado se trasladase a otro lugar, o que se instalase en otro distinto la maquinaria incluida en la hipoteca, y, a su vez, que ese nuevo establecimiento se hipotecase incluyendo dicha maquinaria en Re-

que en materia mobiliaria sea posible que el derecho real separado de la posesión pueda por sí solo conferir al acreedor una garantía suficiente.

Toda garantía requiere la seguridad dada al acreedor de que podrá aprehender el objeto en el momento querido. Pues bien; si no puede reivindicar el mueble dado a garantía por impedido el artículo 2.279, falta la suficiente seguridad. Y, si en perjuicio de la rapidez y seguridad de las transacciones, se suprimiera esa limitación, su situación no mejoraría gran cosa, pues normalmente no sabría a quien reclamar el objeto de cuya posesión el deudor se hubiera desprendido. Por ello, no ha habido más remedio que recurrir al mundo de los derechos personales e imponer al deudor la obligación de conservar la cosa objeto de la garantía. De ese modo—a su juicio—la protección del acreedor reposa en la coexistencia de dos derechos de naturaleza dispar: un derecho real y un derecho de crédito (núm. 112, pág. 161) (29).

Gracias a su derecho real, el acreedor puede escapar de la ley del concurso y beneficiarse con un rango preferente. Pero, para oponer esa preferencia a los demás acreedores, se requiere una especial publicidad, que en su forma es semejante a la que se aplica a las garantías dotadas de reipersecutoriedad, pero que se apoya en bases muy diferentes. La publicidad no sigue un sistema real, sino personal. No se dirige ni impone a los adquirentes sucesivos de la cosa, sino a los demás posibles acreedores del mismo deudor (núm. 113, pág. 161 y ss.) (30).

Gracias a su derecho personal el acreedor puede beneficiarse de las ventajas del derecho real. La obligación del deudor de no enajenar, o por lo menos, de no transferir la posesión del bien gravado, permite—si es cumplida—al acreedor aprehender el objeto de la seguridad y hacerlo vender a su provecho. Por ello, ese derecho de crédito es piedra angular de la garantía (núm. 114, pág. 162). Asimismo, esa conservación de la posesión por parte del deudor, es el medio de identificar el objeto del gravamen, dada la dificultad de individualizarlo objetivamente. Ahora bien, para que esos efectos se consigan a través del cumplimiento de dicha obligación del deudor, es necesario que los objetos de la garantía sean cuerpos ciertos y no cosas genéricamente determinadas (núm. 115, página 163).

Como garantías mobiliarias que a su juicio reúnen esas características, entre las reguladas por el Derecho francés, el autor clasifica a las siguientes (31).

1.º *El Warrant agricole* (Ley 18 julio 1898, L. 30 abril 1906 y D. 28 abril 1935) cuando recae sobre cuerpos ciertos.

gistro de otra demarcación. ¿Qué solución deberá darse a la concurrencia de ambas hipotecas con respecto a dicha maquinaria? Si la maquinaria estaba individualizada debidamente en la inscripción de la primera hipoteca, creemos que no puede negarse la preferencia del titular de ésta.

(29) Evidentemente, en este caso, tendríamos al jinete de plomo cabalgando en el caballo de papel. Ello por sí sólo hace dudar de la naturaleza real de esa garantía y de la realidad de ese llamado elemento real de tan frágil contextura.

La naturaleza de las garantías de esta especie la estudiamos en Rev. Dr. Priv. volumen cit., núm. IV, págs. 508 a 520.

(30) Ver, Rev. Dr. Priv., vol. cit., núm. 28, págs. 535 y sig. y Rev. Dr. Not., cit., número VI B, c, pág. 111.

(31) Ver arts. 52, 53 y 54 de la Ley de 16 de diciembre de 1954.

2.º *El Warrant hotelier* (Ley 8 agosto 1913. L. 17 marzo 1915).

3.º *El nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel* (Ley 18 enero 1951). El objeto de esta garantía, material o utillaje, debe comprender bienes del equipo profesional del deudor. Es decir: debe estar destinado a la producción, no a la reventa y deben estar vinculadas a la actividad profesional del adquirente (32). Además, sólo puede constituirse seguidamente a un contrato de venta, o lo más tarde en el plazo de un mes, y a favor del vendedor o del prestamista que hubiera anticipado fondos para su pago. Los bienes gravados deben describirse de modo preciso para su individualización respecto de los otros bienes de la misma naturaleza, pertenecientes a la empresa, y, además, debe indicarse el lugar donde los bienes tienen su asiento fijo o mencionar, en caso contrario, que son susceptibles de ser desplazados (art. 2.º ap. 5.º, núm. 125, págs. 177 y ss.). Este *nantissement* debe inscribirse bajo pena de nulidad en un registro especial en el plazo de quince días. Pero, además de esta publicidad, el acreedor puede reforzar su posición, con la colocación de una placa denunciadora del *nantissement* en los bienes gravados, de cuya colocación depende la reipersecutoriedad de la garantía del acreedor. Por eso, concluye CABRILLAC (núm. 126, pág. 180), que el factor personal no queda eliminado, pues el derecho real reposa en la obligación del deudor de respetar la placa, ya que su retirada puede paralizar su reipersecutoriedad.

El autor del volumen que comentamos estudia las modalidades del grupo de que ahora nos ocupamos distinguiendo el elemento real y el elemento personal de las mismas.

a) *El elemento real y sus límites:*

Estudia CABRILLAC su encuadramiento en las figuras de la hipoteca o de la prenda, a través de la doctrina (núm. 158 y ss., págs. 211 y ss.), de la legislación (núms. 167 y ss., págs. 218 y ss.) y de la jurisprudencia (núms. 170 y ss., págs. 221 y ss.).

Desde el punto de vista doctrinal examina las posiciones de quienes señalan la nota diferencial en la retención posesoria del acreedor como característica de la prenda o bien en la reipersecutoriedad como dato esencial de la hipoteca. CABRILLAC (núm. 161, pág. 213), se define a favor de la primera nota distintiva. A su juicio, todo derecho real presupone por definición la reipersecutoriedad; los límites puestos a su ejercicio son—a su juicio—extrínsecos tanto a la noción de la prenda como de la hipoteca. Ambos derechos están dotados de reipersecutoriedad—como corolario de la facultad de disponer—limitada externamente por el art. 2.279 (núm. 161, pág. 213). Entiende que la posesión marca una nítida distinción entre la prenda y las garantías que pueden constituirse sin necesidad de su desplazamiento (núm. 164, pág. 215). No cree que existan diferencias internas entre la hipoteca tradicional y esas otras garantías mobiliarias sin desposesión: la diferencia no la halla en su naturaleza, sino en que

(32) Este criterio coincide con el del § 1 del art. 42 de la Ley española. Ahora bien, la Ley francesa de 1951, concede al *nantissement* una eficacia más limitada—en cuanto depende de la colocación y permanencia de la placa que dicha Ley determina—que la otorgada por la Ley española a la hipoteca de la maquinaria industrial.

sus objetos no obedecen a reglas jurídicas idénticas. Consecuencia de las reglas divergentes que de un modo genérico rigen la propiedad y los derechos que reales inmobiliarios de una parte y la propiedad y los derechos reales mobiliarios de otra (núm. 166, págs. 216 y ss.) (33).

En el terreno legislativo, reconoce evidente que tanto en el *warrant* agrícola como en el hotelero, se quiso sustituir la posesión física de la cosa por su posesión jurídica a través del *warrant* representativo, con cuya entrega vendría a operarse una especie de tradición *brevi manu*. Pero, la propia ley no se atrevió a contrariar la realidad y se detuvo sin agotar las últimas consecuencias de esa idea creadora inicial. Su resultado final hubiese sido el considerar al poseedor fáctico como mero detentador, a favor del cual no podría actuar el artículo 2.279, y al poseedor del *warrant* como verdadero poseedor jurídico de la cosa, con justo título, *corpus* y *animus*. WAHL ha sido el único que se ha atrevido a defender ese resultado para el *warrant* hotelier ante el silencio legal. Pero lo cierto es—como destaca CABRILLAC—que el legislador no ha podido ni querido introducir una regla tan exorbitante con respecto a las normas de su derecho común mobiliario. Ha tenido que sacrificar en este punto su ficción, tan frágil, que no estima oponible a la verdadera posesión (art. 168, páginas 168 y ss.).

Para la jurisprudencia ha pesado notablemente esa circunstancia de no haber agotado el legislador las consecuencias de la ficción de posesión, y por ello, determina en cada caso la medida en que se debe hacer jugar esa ficción de posesión (núm. 170, pág. 222).

Los efectos *ex re* de las garantías de ese tipo pueden examinarse en los siguientes aspectos:

a) Constitución por quien anteriormente hubiera enajenado la cosa sin desposeerse de ella.

La *Court Supreme de Cassation*, en 3 de diciembre de 1919, señaló que en este caso se imponía la eficacia del *warrant* regularmente constituido.

CABRILLAC, critica ese resultado, que cree sin otro apoyo que la ficción de posesión del acreedor *warranté*. Considera tanto más injusta la solución cuanto que, en este caso, se hace jugar contra un adquirente anterior una publicidad posterior a dicha adquisición. Solución tanto más paradójica, cuanto que dicha publicidad no es eficaz contra los ulteriores adquirentes (núm. 172, página 224) (34).

(33) Cabrillac viene a establecer esta ecuación:

$$\frac{\text{propiedad inmobiliaria}}{\text{hipoteca inmobiliaria}} = \frac{\text{propiedad mobiliaria}}{\text{hipoteca mobiliaria}}$$

Su regla fundamental es: que la naturaleza del derecho queda afectada por la naturaleza del objeto.

Sin considerar totalmente inexacta esa proposición, y aparte de ella, creemos que toda garantía real presupone la sujeción de la cosa, que no se logra con las garantías de este segundo grupo.

Nuestra opinión puede verse en Rev. Dr. Priv., cit.

(34) En nuestro Derecho la cuestión debe resolverse de acuerdo con el § final del artículo 3.º en relación con el art. 56 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 (el art. 56 lo hemos comentado en nota 111 en la cit. Rev. Dr. Not., págs. 88 y sig.). Cuando el cons-

Resultado que aprovecha para atacar la ficción de posesión y la asimilación de esa figura a la prenda normal (núms. 171 y ss., págs. 223 a 225).

3 Reipersecutoriedad limitada :

1) Frente al poseedor de mala fe. Pero esa eficacia contra el tercer adquirente de mala fe, ¿es fruto de la reipersecutoriedad de la garantía o consecuencia negativa de la mala fe del tercero, apoyada por la acción pauliana? Siguiendo a GROUBER, observa el autor, que esa eficacia reipersecutoria contra los terceros de mala fe no precisa de los mismos requisitos de la acción pauliana. El perjuicio no se produce cuando el deudor queda insolvente, sino desde que dispuso del objeto para paralizar las prerrogativas del acreedor; el fraude del adquirente existe desde que conoce que el acto tiende a dicho fin y la complicidad del tercero radica en el conocimiento de esta situación (núm. 148, página 202). Para defender esa tesis, CABRILLAC tiene que luchar contra la letra del artículo 2.119: *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* (35).

2) Frente al poseedor del mueble estigmatizado conforme al art. 7 de la ley de 1951. Aun cuando la retirada de la placa soslaya esa eficacia, no deja de ampliarse en este caso la eficacia de la garantía. Por lo menos, se desplaza la carga de la prueba. Al acreedor *nanti* ya no le es necesario demostrar que el adquirente conoció la carga antes de su adquisición. Le basta comprobar

tituyente de la prenda sin desplazamiento, posea la cosa pignorada sólo pueden oponérsele, por tercero, los derechos legítimamente adquiridos en virtud de documento de fecha auténtica anterior.

(35) Dos hipótesis caben para explicar la ausencia de reipersecutoriedad de la prenda sin desplazamiento con respecto a terceros adquirentes de buena fe. Una: la reipersecutoriedad corresponde al derecho pignoraticio, pero queda enervada, en virtud del principio protector del tráfico jurídico, frente a los terceros adquirentes del buena fe. Otra: dicho derecho carece de reipersecutoriedad, pero la mala fe del tercer adquirente da lugar a que sea ejercitable aunque la cosa haya pasado a su poder, debido a la actuación antijurídica de dicho tercero, del mismo modo que, en el caso de doble venta, puede oponerse una venta anterior aun no consumada contra el comprador de otra posterior y consumada, si éste conocía el contrato anterior.

El fenómeno jurídico, correspondiente a esta segunda explicación, es paralelo al que da lugar al ejercicio de la acción Pauliana, pero no se confunde con él: En una deuda ordinaria el daño sólo se produce con la insolvencia del deudor (*eventus damni* de la acción Pauliana); en el caso de enajenación de la cosa vendida y no traída, o del objeto dado en garantía, el daño es producido por la transmisión de la cosa si frustra la adquisición del primer comprador, o da lugar a la pérdida de las ventajas que reporta la garantía al acreedor.

La posición de la Ley de 14 de diciembre de 1954 con respecto a la reipersecutoriedad de la prenda sin desplazamiento (que corresponde al tipo de garantías que Cabrillac clasifica en el grupo segundo) no resulta clara. Hemos dedicado a desentrañar esta cuestión varias páginas de la *Rev. Dr. Not.* (vol. cit. IV, B y C, págs. 82 y ss.). Allí concluimos que su eficacia sólo actuaba *erga omnes* mientras los bienes pignorados no salieran de su *status loci*, y que fuera del mismo sólo era oponible a los terceros adquirentes cuando éstos fueran de mala fe. Criterio paralelo al que sostuvimos para la prenda normal—sustituída la retención del acreedor por la conservación por el deudor en el *status loci*—como habíamos expuesto anteriormente (en *Rev. Dr. Priv.*, cit., págs. 502 y ss. y 516; antes, en "La hipoteca del derecho arrendaticio", págs. 69 y ss., y recientemente en *Rev. Dr. Not.* cit., IV, c. 6.º, págs. 95 y ss.).

que la placa estaba colocada en el momento de su adquisición (núm. 154, páginas 206 y ss.) (36).

γ) Preferencia:

Resulta evidente la prelación de los acreedores dotados de tales garantías con respecto a los acreedores quirografarios (núm. 129, pág. 184). Estudia especialmente el autor la oponibilidad en caso de quiebra (núms. 130 y ss., págs. 184 y ss.), frente a los arrendatarios del inmueble (núms. 135 y ss., págs. 188 y ss.) y con respecto a los acreedores garantizados con hipoteca (núms. 139 y ss., págs. 193 y ss.) o con otro privilegio mobiliario sin desposesión, de diferente clase (núms. 143 y ss., págs. 197 y ss.) o de la misma (núms. 146 y ss., págs. 200 y ss.) (37).

La eficacia de esa garantía sufre, naturalmente, los peligros derivados de la utilización del objeto por el deudor, especialmente la posibilidad de su pérdida o de su desplazamiento.

Como remedio al primer peligro se requiere igualmente, como en las seguridades del grupo anterior, que el privilegio se conserve sobre las indemnizaciones debidas por razón de la destrucción o deterioro del objeto de la garantía (núm. 176, pág. 230) (38).

La eficacia respecto terceros de esas garantías puede peligrar por el desplazamiento material de su objeto. Esa eficacia está subordinada a la publicidad que la dote de suficiente notoriedad. Ahora bien, la organización de esta publicidad en esas garantías se apoya en el lugar donde se halla ubicada la cosa gravada en el acto del contrato y que debe indicarse en el documento constitutivo (núm. 178, págs. 231 y ss.). Ese desplazamiento puede estimarse que no desvirtúa la prelación del acreedor garantizado contra los quirografarios, pero sí que dará lugar a que pierda su prelación contra los ulteriores acreedores hipotecarios o garantizados con garantías constituidas posteriormente sin desposesión sobre la base de la nueva situación de lugar o del objeto (núm. 182, páginas 238 y ss.) (39).

b) *El elemento personal en la protección del acreedor.*

Se concreta en una obligación del deudor, que puede descomponerse en dos

(36) ¿Qué efecto produciría en nuestro Derecho la colocación de marcas en los bienes pignoralos? ¿Bastaría para invertir la presunción de buena fe del tercer adquirente? ¿La invertiría, por lo menos, en el caso de que la transmisión se hubiese verificado por quien en el Registro, correspondiente al *status loci* de los bienes gravados, figure como pignoralante de los mismos? Pero ¿puede estimarse siquiera que la colocación de la marca obliga a todo adquirente a examinar el registro, cuando por razones teleológicas no se le imponga legalmente dada la naturaleza de los bienes gravados?

(37) Ver artículos 10 y 66 de la Ley de 1954. No obstante la limitación de las excepciones, referidas en el artículo 66, cabe anteponer a este acreedor pignoralicio, en ciertas circunstancias, el crédito por el precio aplazado de la cosa pignoralada y alguno otro (véase *Rev. Dr. Not. cit.*, V, págs. 100 y ss.).

(38) Resuelto favorablemente en el artículo 3.º de la Ley de 14 de diciembre de 1954. (39) De acuerdo con la exigencia de la determinación de lugar en la prenda sin desplazamiento (ver *Rev. Dr. Not. cit.*, II, D, págs. 51 y ss.), ésta, fuera de su *status loci*, puede perder en parte su prelación ante la prenda manual o el embargo material, así como en los supuestos de los números 1, 4 y 5 del artículo 1.922 C. c. (ver *Rev. Dr. Not.*, V, B. b. C y D, págs. 103 y ss.).

elementos: uno positivo y otro negativo (núm. 180, pág. 242). El primero se refiere a la conservación material del objeto (núms. 187 y ss., págs. 242 y siguientes) (40). El segundo reclama la abstención—pieza angular de la institución—de todo acto de desposesión de la cosa gravada (núms. 190 y ss., páginas 244 y ss.) (41). Tratándose del *nantissement du matériel et de l'outillage professionnel*, ese segundo aspecto de la obligación se amplía a la conservación de la placa colocada en el bien *nauti* (núm. 197, pág. 249).

El incumplimiento de esta obligación produce efectos civiles y penales:

1) En derecho civil provoca el vencimiento del crédito asegurado, conforme al artículo 1.188 del *Code civil*, que previene la pérdida del beneficio del plazo por disminución de las seguridades prometidas al acreedor (núm. 200, página 253) (42).

2) El derecho penal pone en juego su aparato represivo por delito de abuso de confianza con las penas previstas en los artículos 406 y 408 del *Code pénal* (núms. 204 y ss., págs. 256 y ss.) (43).

C) *Garantías del acreedor mediante la asociación de un derecho real condicional y de una obligación personal del deudor.*

Cuando el objeto de la garantía es una cosa fungible y se deja en manos del deudor de modo que conserve su fungibilidad, la misma existencia del derecho real se halla comprometida. CABRILLAC (núm. 210, pág. 265) reconoce que no puede haber derecho real si no recae sobre una cosa material individualmente designada. El vínculo directo establecido entre la cosa y el objeto implica una precisión absoluta del objeto. Mientras la fungibilidad se mantenga, falta tal precisión y el acreedor sólo puede tener un simple derecho personal a su constitución.

Por eso estima que el *warrantage a domicile* de cosas fungibles no puede conferir más que un derecho real sometido a la condición suspensiva de la especificación de su objeto. Gracias al efecto retroactivo del cumplimiento de la condición, el nacimiento del derecho puede retrotraerse a la fecha del contrato (núm. 211, pág. 266). Pero la consolidación de ese derecho real requiere la conservación por el deudor de la cantidad *warrantée* para que, en su caso, pueda ser concretada como objeto específico de la garantía (núm. 212, págs. 266 y siguientes) (44).

(40) Ver artículos 59 y ss. de la Ley española. Incluso respecto a la hipoteca de maquinaria, ver el artículo 44.

(41) Artículos 4.º (respecto a la enajenación) y 6º (para la traslación material fuera del lugar establecido) de la Ley española de 1954. La prohibición del artículo 4.º no es objetiva, sino subjetiva, y no oponible a terceros de buena fe (*Rev. Dr. Not. cit.*, IV, B. d. oc., páginas 88 y ss.).

(42) Ver artículo 62 de la Ley de 1954. Aun sin este precepto habría lugar al vencimiento del término, en virtud de la norma del artículo 1.129, número 3.º C. c., siempre que la enajenación suponga, por la causa que sea, disminución de la garantía.

(43) Del artículo 59 parece deducirse que en nuestro Derecho el delito será normalmente el de quebrantamiento de depósito.

(44) ¿Qué nos queda entre las manos con esa construcción de un derecho real bajo condición suspensiva y potestativa de su sujeto pasivo?

Suele ser necesario que esta obligación de conservar vaya unida a una facultad del deudor de renovar los elementos que integran el conjunto, impuesto no solo por necesidades del deudor, sino incluso por la naturaleza deteriorable de dichos elementos (45). Por todo ello, cuando el objeto de un *warrant a domicile* lo integran cosas que se cuentan, miden o pesan, la protección del acreedor se organiza, a juicio del autor, por el mecanismo de combinar un derecho real bajo condición suspensiva y una obligación personal del deudor (núm. 213, páginas 270 y ss.; núm. 232, pág. 293).

En este tercer grupo de garantías mobiliarias CABRILLAC cataloga las siguientes:

1) El *warrant agrícola*, si recae sobre cosas fungibles. A juicio del autor así ocurre en el supuesto de constituirse sobre ganado con estipulación de que la garantía se extienda a los animales nuevos que sustituyan a los inicialmente *warrantes* (art. 1, ap. 11 de la ley de 1935) (46). Y también, aunque la ley no lo prevea, cree que de la naturaleza del objeto así resulta, en el supuesto de que la garantía recaiga sobre una cantidad de productos conservados juntamente con otros del mismo género en los locales del deudor (núm. 216, págs. 274 y ss.) (47).

(45) Esta fué la *ratio* de la Ley *Cum tabernam* de Scaevola (Dig. XX-I, 34). Recordemos que Merlino ("De Pignoribus et Hypothecis tractatus absolutissimus", L. II, tit II, Quaest. XLIV, núm. 28, ed. Venetiis, 1649, pág. 141), siguiendo la opinión inveterada de los autores de Derecho común, explicó que "per hypothecam mercium non censetur sublata facultas debitori eas alienandi, sed tacita actum censetur, ut possit eas alienare".

(46) Esta cuestión tiene igualmente viejos precedentes en la discutida Ley *Greyc* de Marciano (Dig. XX-I, 13, pr.). En la Ley española se plantea en el número 3 del artículo 52, que admite la pignoración de los animales así como de sus crías y productos. ¿Se refiere únicamente a animales específicamente determinados y a las crías y productos de los mismos, o puede aplicarse igualmente de modo genérico a un rebaño, una vacada, una yeguada, etc.? Es decir: ¿La extensión de la prenda es sólo consecuencia de comprenderse pignorados los frutos de los animales pignorados, o bien es resultado de la determinación de su objeto *sub specie universalitatis*? ¿Cabe la posibilidad de enajenar algunas cabezas si se las sustituye por las nacidas o con otras agregadas al rebaño? ¿Está obligado el pignorante a reponer las cabezas perdidas fortuitamente? La Ley no lo determina, por lo cual parece autorizar a los constituyentes para regular en una u otra forma la garantía.

(47) La Ley española, en su artículo 52, números 1.º y 2.º, autoriza la constitución en prenda sin desplazamiento de los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato y de los frutos separados o productos de dichas explotaciones. Si no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hubieren de depositarse.

Supongamos—tal como, con referencia a la Ley francesa, plantea Cabrillac en el texto—que se pretenda pignorar sin desposesión una cantidad aritméticamente determinada o una parte alícuota de los frutos pendientes o de la cosecha del año agrícola corriente sin determinación física de las parcelas de la finca a que deban corresponder, o bien, que se quiera pignorar cierta cantidad de los frutos separados o de los productos de una explotación agrícola, forestal o pecuniaria, sin determinar específicamente las cubas, haces, sacos, etc., en que se coloquen.

En primer lugar, podría plantearse si es posible esa determinación de una parte genérica, atendidos los tres requisitos primeros exigidos por el artículo 57 para la constitución de la prenda sin desplazamiento. Son éstos: *Descripción de los bienes que se pignoran, con expresión de su naturaleza, cantidad, calidad, estado y demás circunstancias que contribuyan a individualizarlos o calificarlos; determinación, en su caso, del inmueble en que se situaren los bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito; la obligación del dueño de los bienes de conservarlos y de tenerlos a disposición del acreedor para que éste pueda en cualquier momento inspeccionarlos y comprobar la existencia y estado de los mismos...*

2) El «engagement de garantie» sobre vinos y el alcohol procedente de su destilación eventual (D. L. de 21 de agosto de 1937) (núm. 218, pág. 276) (48).

Aunque la identificación sería menos perfecta con las fórmulas antes propuestas, no creemos que se hallen en contradicción con los transcritos del artículo 57.

Admitida la posibilidad, hay que preguntar si conforme explica su construcción «abril-lac» el objeto de la garantía queda indeterminado y, en consecuencia, ésta se halla pendiente, bajo la condición suspensiva de que a su vencimiento quede cantidad suficiente del género pactado en el lugar de origen, aplicación o depósito determinados.

Notemos que la indeterminación objetiva que supone la determinación *sub specie universitatis*, v. gr., en el *pignus tabernae*, no es igual a la resultante de la determinación *cuantitativa dentro de un género delimitado por la situación de lugar*. En el primer caso, los bienes existentes en el almacén al vencer el crédito garantizado, pueden lícitamente ser otros distintos de los que existían en la fecha de la pignoración; en el segundo supuesto, una parte de los mismos bienes almacenados al constituirse la prenda deben permanecer el día del vencimiento en su mismo *status loci*. En el *pignus tabernae* existe la facultad de sustituir los bienes que integran el conjunto, de renovarlos. En los casos examinados del artículo 52, números 1.º y 2.º, el pignorante sólo puede lícitamente enajenar bienes del género pignorado en cuanto sus existencias excedan del volumen prefijado al efecto. En el primer supuesto, la determinación *sub specie universitate mercionium* sólo se traducirá en una efectiva determinación específica el objeto de la garantía al hacerse ésta efectiva; en el segundo supuesto, el objeto de la garantía se halla delimitado por su *status loci* desde el instante de la constitución de la garantía.

(Ya que hemos transcrito el número 2.º del artículo 52 y el número 2.º del 57 de la Ley española, vamos a aprovechar esta ocasión para comentar el valor de ciertos incisos de uno y otro.)

α) El apartado final del número 2.º del artículo 52 dice que *si* (los frutos o productos) *no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hubieran de depositarse*. ¿Se presupone con esto que no es esencial el cumplimiento del requisito segundo del artículo 57 o, por lo menos, que la constitución de la prenda puede ser anterior a la determinación del *status loci*? Creemos que ambos preceptos deben ser armónicamente interpretados atendiendo a las circunstancias fácticas a que puede responder el expresado apartado del artículo 52 en conexión con la referencia del artículo 57, número 2.º, al inmueble de *origen, aplicación, almacenamiento o depósito*. Con estos datos a la vista podemos fijar el presupuesto del apartado en cuestión y la norma que debe regir en dicho caso en relación con la del número 2.º del artículo 57.

Presupuesto: cosechas o frutos separados, pero no recogidos, o bien llevados provisionalmente al lugar de su transformación—molino, lagar, etc.—.

Norma aplicable: En estos supuestos los artículos 52, núm. 2.º y 57, número 2.º, implican la necesidad de determinar dos situaciones de lugar sucesivas: la del lugar de origen o transformación—*status loci* provisional—y la del lugar de almacenamiento y depósito—*status loci* definitivo—.

Esa doble determinación—en sustancia—significa la autorización al pignorante para trasladar los frutos o productos al lugar donde definitivamente se almacenen.

β) El número 2.º del artículo 57 intercala el inciso *en su caso* al ordenar la determinación del inmueble en el que se fija el *status loci*. Esta interpolación no figuraba en el anteproyecto.

¿Se quiso significar con este inciso que la determinación no es necesaria, o bien que en ciertos casos es imposible y que, por ello, no es impuesta en tales supuestos? Esa segunda interpretación parece más lógica que la primera, pues ésta supondría la *contradictio in terminis* de ordenar una determinación y de excluir su obligatoriedad. Por lo tanto, ese “en su caso” pudo intercalarse pensando en los supuestos excepcionales de pignorarse un rebaño trasumante, de caballos de carreras, o en cualquier otro caso semejante. Pero también cabe sostener que dicho inciso, sin demasiada precisión gramatical en el sentido, se refirió alternativamente a los lugares de su origen, aplicación, almacenamiento o depósito. A la vista de lo dispuesto en los artículos 31, 32 y 33 del Reglamento, puede afirmarse que esa última interpretación es la acertada.)

(48) Cualquier supuesto de pignoración sin desplazamiento de productos destinados a su transformación es posible en el régimen de la Ley de 14 de diciembre de 1954. Así

3) El *warrant petrolier*, creado para garantizar los créditos para la adquisición de stocks de petróleo con garantía sobre los mismos, cuando se trate de importadores de cantidades superiores a 300 toneladas mensuales (L. de 21 de abril de 1932) (núms. 219 y ss., págs. 279 y ss.).

4) El *warrant des stocks de guerre*, regulado en el D. L. de 24 de junio de 1939 (núms. 222 y ss., págs. 283 y ss.).

5) El *warrant industriel*, nacido con carácter provisional para reanimar la producción industrial después del desastre de 1940 (L. de 12 de septiembre de 1940), pero prorrogado sucesivamente, la última vez con carácter indefinido, para garantizar la satisfacción de las *lettres d'agrément* con los productos y mercancías concluidas (núms. 227 y ss., págs. 287 y ss.) (49).

En el examen de esa garantía distingue el autor :

a) *El elemento real de la garantía.*

A su juicio :

1.º La constitución de un *warrant a domicile* sobre una cierta cantidad de cosas fungibles no confiere por sí sola al acreedor derecho real alguno (número 234 y ss., págs. 295 y ss.) (50).

2.º Ese derecho real sólo aparece cuando el acreedor, por los medios de ejecución, determina el objeto con exactitud, es decir, verifica su especificación (núm. 236, págs. 298 y s.) (51).

3.º La realización de esta determinación actúa como el cumplimiento de una condición suspensiva (núm. 237, pág. 299) (52).

resulta del artículo 57, número 2.º, que habla del lugar de su *aplicación*. En este caso, como hemos visto en la nota anterior, deberá determinarse ese lugar y, en su caso, el de su almacenamiento definitivo. La posibilidad de transformar los bienes hipotecados, sin extinguirse por ello la garantía, ya había sido observada por Salgado Somoza ("*Labyrinthus creditorum concurrentium, inter illos causataem*", Pers. IV, cap. VIII, núm. 33, ed. Lugduni, 1672, pág. 57).

(49) En la Ley española no tiene equivalente exacto esa modalidad. En cambio, se admite: a) En el artículo 22, la posibilidad de extender la hipoteca de establecimiento mercantil a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación del establecimiento. Injerto del *pignus tabernae*, con carácter accesorio, a la hipoteca del propio establecimiento. b) Y en el artículo 53, número 2.º, la pignoración sin desplazamiento de las mercaderías y materias primas almacenadas. Al decir *almacenadas*, el precepto excluye la posibilidad de aplicar la prenda sin desposesión a un conjunto variable, es decir, descarta el *pignus tabernae* fuera de la hipoteca del establecimiento.

(50) La afirmación es evidente respecto al *pignus tabernae*, como comprobamos en nuestro trabajo de este mismo nombre (An. Dr. Civ., VI-4), en sus números 14, 15 y 19 (págs. 816 y 826 y ss.).

(51) Con referencia del *pignus tabernae* se planteó en qué momento surgía la reipersecutoriedad. Descartado el momento *ortae hypoteca*, se centró la discusión entre el momento *natae actionis* (tesis de Jacobo de Arena y Baldo) y el momento *motae litis* (tesis de Bartolo, Salyceto y Merlino). (Ver Merlino, op., lib. y tit. cit., Quaest XLV, núms. 35, 38, 39, 40 y 50, págs. 141 y ss.) Cabrillac es más riguroso, pues refiere el nacimiento del derecho real a la especificación verificada ejecutoriamente. Por eso, a juicio nuestro, esa pretendida garantía se resuelve en una mera razón de prioridad, puesto que carece de sujeción mientras no se procede al efectivo embargo del objeto.

(52) Notemos que Cabrillac no alude sino a la determinación del objeto verificada por los medios de ejecución.

Pero ¿puede decirse que la especificación del objeto equivale al cumplimiento de una

4.º Ese cumplimiento tiene efecto retroactivo, apoyándose en la publicidad de su inscripción que determina su rango (núm. 238, págs. 300 y ss.) (53).

Es decir: según esa construcción se ofrece al acreedor la protección de un derecho real, pero el nacimiento de éste se subordina a la realización de un evento futuro e incierto aunque, una vez cumplido, su oponibilidad se haga retrotraer al instante de la transcripción del acuerdo de voluntades creador de esa posibilidad (núm. 239, pág. 301).

Al pretender precisar la calificación específica de ese elemento real, rechaza CABRILLAC su asimilación a la prenda (núm. 241 y ss., págs. 303 y ss.), así como el recurso de configurarlo como una subespecie de la llamada prenda de valor (núm. 244 y ss., págs. 306 y ss.) y se inclina por incluirla entre las hipotecas (núm. 248 y ss., págs. 309 y ss.) (54). A su juicio, tampoco aquí es la naturaleza del derecho si no la del objeto la que determina su diferencia de eficacia con respecto a las hipotecas inmobiliarias (núm. 250, pág. 311) (55).

Los efectos de ese pretendido derecho real condicionado, son:

1.º Preferencia retroactivamente referida—caso de cumplirse la condición— a la fecha de la transcripción del acto constitutivo (núm. 254, pág. 316). Sin embargo, se plantean problemas discutidos en caso de quiebra (núm. 259, página 322), embargo (núm. 260, pág. 323), en concurrencia con los arrendadores del inmueble donde se hallen los bienes gravados (núms. 261 y ss., págs. 234 y ss.) y con los beneficiarios de garantías mobiliarias sin desposesión (núm. 264 y ss., págs. 326 y ss.) (56).

2.º Ausencia de reipersecutoriedad (núm. 266, págs. 328 y ss.). Sólo quedan

condición suspensiva? Sinceramente creemos que no. El objeto ni su determinación jamás pueden considerarse como elemento extrínseco marginal o accidental, notas características de la condición (ver nuestro trabajo "Donación, condición, etc.", en AN. DR. CIV., V.3, págs. 1.243 y ss.).

(53) Si el derecho real—según el autor—no nace hasta la especificación de su objeto, y si esta determinación—como hemos dicho en la nota anterior—no puede considerarse como el cumplimiento de una condición suspensiva, no es posible justificar por el fenómeno jurídico de la retroactividad la determinación del rango con referencia a la fecha de la inscripción. La prioridad anterior a la pretendida realidad de la garantía debe explicarse de otro modo, independizándola de esa tardía efectividad.

(54) Lo que hemos observado en las notas anteriores, nos lleva a la convicción de que ni la hipoteca ni la prenda explican esa forma de garantía, que nos parece mucho más próxima a un privilegio convencional, reforzado con medidas procesales de especial sumariidad.

(55) Cabrillac, a su ecuación:

$$\frac{\text{bienes inmuebles}}{\text{hipoteca inmobiliaria}} = \frac{\text{bienes muebles}}{\text{hipoteca mobiliaria}}$$

añade otra ecuación:

$$\frac{\text{objeto especificado}}{\text{hipoteca}} = \frac{\text{objeto genérico pendiente de especificar}}{\text{hipoteca bajo condición suspensiva (del tipo por él catalogado)}}$$

Pero esta segunda ecuación más que de la naturaleza del objeto (cosa genérica o cosa específica) depende de su determinación o indeterminación.

Si el concepto de la hipoteca se centra en la sujeción en garantía, toda indeterminación que impida la efectiva sujeción será incompatible con la constitución de dicha garantía real.

(56) Ver nota 37 en AN. DR. CIV., VI-4 (*Pignus Tabernae*, II, núms. 20 y sig., páginas 827 y ss.), examinamos los problemas de la prioridad entre los suministradores de mercaderías y los titulares del *pignus tabernae*.

al acreedor los recursos de la acción pauliana o la acción penal en sus casos (núm. 268, págs. 330 y ss.) (57).

En caso de pérdida de los bienes gravados entiende aplicable a estos supuestos lo dicho respecto a las garantías sobre cuerpos ciertos en lo referente a la conservación de la prelación sobre las indemnizaciones debidas por razón de la cosa. Si bien estima que la naturaleza fungible de los bienes, en este caso, deberá determinar ciertas especialidades. Así, si se destruyeran todas las mercancías almacenadas en el local convenido que sean del género de las gravadas, el acreedor podrá ejercer el privilegio sobre la parte de la indemnización correspondiente a la cantidad *warranté*, o incluso sobre la totalidad en caso de que el stock coincida exactamente con la cifra consignada en el *warrant*. Si el siniestro hubiera sido parcial, parece que el acreedor garantizado sólo tendrá derecho a la indemnización cuando al deudor no le resten mercancías del género *warranté* en cantidad suficiente para cubrir el crédito asegurado (núm. 270, págs. 332 y ss.).

Con mayor razón que en el supuesto de que el objeto lo constituyan cuerpos ciertos, el desplazamiento de las cosas del género gravado puede afectar totalmente a la identificación de la garantía. No olvidemos que el sistema de publicidad no puede apoyarse en la individualización de esos bienes—cantidades abstractas, a mayor abundamiento, en nuestro caso—y sólo descansa en la persona del deudor y en la localización de los bienes, a través de la inscripción en el Registro del correspondiente Tribunal (núms. 271 y 272, págs. 333 y ss.).

b) *El elemento obligacional: función de la obligación personal del deudor:*

La fungibilidad de los bienes, objeto de la garantía, hace depender la eficacia de ésta del cumplimiento de una obligación personal por la que el deudor se compromete a conservar la cantidad convenida.

«Aquí—dice el autor— no sólo ocurre que la permanencia de la garantía está subordinada a la regla *en fait de meubles la possession vaut titre*, de modo que su eficacia depende del cumplimiento de la obligación del deudor, sino que, además, en este caso, es incluso el nacimiento de la garantía lo que se hace depender del cumplimiento de esa obligación» (núm. 273, pág. 335).

La finalidad de esa garantía se concreta en posibilitar al acreedor al ejercicio de su privilegio sobre el precio de una cantidad de mercancías fungibles de un género determinado. Su protección requiere, por lo tanto, que al vencimiento del crédito se hallen en manos del deudor suficientes mercancías de ese género para que el acreedor garantizado pueda embargar la cantidad convenida (núm. 275, pág. 338). Ello presupone en el deudor la facultad de sustitución (núms. 278 y ss., págs. 340 y ss.), que las partes pueden concretar fijando un cuadro de disponibilidades y de renovaciones que precisan la obligación legal del deudor (núm. 280, págs. 342 y ss.) (58).

Además, esa obligación de mantener el volumen estipulado absorbe y sub-

(57) Artículo 22, § 2.º de la Ley de 1954: *Quedarán a salvo los derechos del comprador de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio...*

(58) Prosigue el § 2.º del artículo 22: *... pero el deudor tiene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos de comercio.*

sume la obligación de conservación característica de los supuestos en que el objeto de la garantía lo constituyen cuerpos ciertos (núm. 281, págs. 343 y ss.).

En algún supuesto *warrant petrolier* se exige al deudor no sólo la conservación de una cantidad de género, sino, además, de un valor mínimo (número 284, págs. 345 y ss.) (59). En algún otro supuesto se señala un plazo de renovación, es decir, no se obliga a mantener continuamente un *stock* convenido, sino a renovarlo en plazos determinados (núm. 285, págs. 346 y ss.).

La obligación que pesa sobre el deudor de los *warrants a domicile* de cantidades genéricas es una obligación de hacer, y su incumplimiento se resuelve normalmente en las indemnizaciones de los daños y perjuicios. Pero ese incumplimiento coloca al acreedor en la posición del mero acreedor quirografario, que precisamente se quiso superar con la garantía. El Derecho debe tomar sus medidas para que el acreedor no se vea burlado (núm. 286, págs. 349 y ss.) Pueden clasificarse así:

1) Garantías de derecho civil: indemnización de daños y perjuicios; pérdida del beneficio del plazo por aplicación del artículo 1.188 del *Code* (núm. 287, página 350) (60); control y vigilancia del acreedor (núm. 288, pág. 352) (61), acompañados de procedimientos rápidos y enérgicos para asegurar la garantía (núm. 290, págs. 352 y ss.) (62).

2) Garantías penales por delitos de estafa o de abuso de confianza (número 292, págs. 35 y ss.) (63). Estima CABRILLAC que, para el interés del acreedor, no constituyen sino un preventivo; su fuerza reside en el carácter que pueda revestir gracias a la severidad y notoriedad con que se aplique (número 294, pág. 357).

(59) El derogado artículo 1.805 bis exigía la sustitución de las enajenadas por otras de igual calidad y en cantidad y valor equivalente. Ante la paradoja que resulta al exigir igualdad de cantidad y de valor, en caso de variaciones en el valor de las mercaderías y materias primas, la comisión redactora del anteproyecto sólo exigió que se mantuviera valor igual o superior. En cambio, el texto definitivo del artículo 22 exige acumulativamente cantidad y valor igual o superior. De ese modo, en caso de aumento de valor de las mercancías, el mínimo exigido se determinará por la cantidad inicial de mercancías, aunque su valor sea mayor. En caso de disminución del valor de las mercancías, será el valor inicial lo que determinará el mínimo que se debe mantener, aunque para ello deba aumentarse la cantidad de mercancías.

Las partes pueden pactar en otra forma esa obligación de reponer y complementarla del modo que de común acuerdo estimen más conveniente.

(60) El artículo 29, número 8.º, señala como causa de vencimiento de la hipoteca de establecimiento mercantil extensiva a las mercaderías o materias primas: *La disminución en un veinticinco por ciento del valor de las mercaderías o materias primas hipotecadas si el deudor no las repusiere de conformidad con el artículo 22.*

(61) El § 3.º del artículo citado 22 dice que *el acreedor tendrá derecho a inspeccionar el giro y tráfico del establecimiento en la forma y plazo estipulados, sin estorbar en ningún caso su normal desenvolvimiento.*

(62) En el plazo de cinco días que debe mediar entre el requerimiento de pago al deudor y la petición de la posesión interina o administración de los bienes hipotecados (regla tercera del art. 84) puede bastar para que se diluya la garantía que al acreedor puedan ofrecerle las mercancías y las materias primas.

(63) ¿Puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 59 al supuesto del artículo 22? Parece difícil encajar este caso en la figura del quebrantamiento de depósito, dada la disponibilidad de que goza el pignorante. La estafa—si la hubiere cometido el pignorante—deberá ser demostrada por el acreedor.

3) Garantías administrativas, en los casos de tratarse de artículos oficialmente controlados o intervenidos—alcoholes, petróleos, etc. (núms. 205 y ss., páginas 357 y ss.)

* * *

Al cerrar las conclusiones de su trabajo pregunta CABRILLAC si resultará oportuno generalizar el uso de las garantías mobiliarias mediante la perfección de los medios de protección al acreedor que se acoja convencionalmente a ellas.

A su juicio, su generalización ocasionaría daños en el orden económico. Al efecto recuerda las opiniones de HAMEL, *Le gage sans dépossession*, D. 1945, chron., pág. 39; y en su Prólogo a la tesis de VASSEUR, *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Paris, 1949, pág. 1 y DES ROTOURS, *Les privilèges du fisc et de la Sécurité Sociale*, Banque, 1951, pág. 72, que señalan sus peligros principales.

Para el deudor, que es incitado a realizar gastos superiores a sus medios (64). Para la economía nacional, en la que sectores improductivos absorberán capitales que harían falta a los sectores productivos. Para el crédito en general, al atacar su principio fundamental de que los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores, que queda tanto más limitado cuanto más se aumenten los privilegios que lo exceptúan (65). Las causas de preferencia se multiplican de un modo inquietante; el legislador se ha encerrado en una especie de círculo vicioso, creando nuevos privilegios hace más aguda la necesidad de otros nuevos (IV, págs. 372 y ss.).

Por eso, concluye, que aun cuando por medio de las garantías estudiadas fuera posible dotar a sus titulares de una seguridad seria, no convendría concederla si no con gran circunspección y cautela para no destruir aquella regla de igualdad entre los acreedores de la que HAMEL ha dicho que es «generatriz de orden y madre del crédito» (66).

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

(64) Ver lo que expusimos en *Rev. Dr. Priv.*, vol. cit., pág. 528.

(65) Ver *Rev. Dr. Priv. cit.*, núm. 22, págs. 526 y sig.

(66) Ver *Rev. Dr. Priv. cit.*, núm. 24, págs. 530 y ss., y *Rev. Dr. Not. cit.*, pág. 113.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE M.^a AMUSATEGUI, RAFAEL IZQUIERDO y JOSE LUIS LLORENTE.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

COSAS INDIVISIBLES: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: *Se concede al Ministerio de Agricultura la facultad de reducir, en casos excepcionales, los límites mínimos establecidos por el Decreto 25 marzo 1955. Se reduce a un año el plazo para ejercitar el derecho de adquisición por los colindantes cuando el acto que la origina ha sido inscrito en el Registro. (Presidencia. Decreto 22 septiembre 1955; B. O. del 7 de octubre).*

A. EXPOSICIÓN. 1. Facultad del Ministerio de Agricultura: Cuando se trata de terrenos de valor excepcionalmente elevado en relación con su superficie, por estar dedicados al cultivo de árboles, arbustos o plantas especiales, podrá, a propuesta de las Comisiones creadas por el art. 2.º, Decreto 25 marzo 1955 (1) previo informe del servicio de Concentración Parcelaria y adoptado la forma de Orden, publicada en el B. O., reducir los límites mínimos establecidos en el citado Decreto (art. 1.º).

2. Obligaciones de los notarios y registradores: Al autorizar o inscribir documentos que den lugar a fincas inferiores a la mitad mínima, harán constar en el título y en la inscripción el derecho de los colindantes para adquirir dichas parcelas (2) (art. 2.º).

3. Plazo para ejercitar el derecho de adquisición de los colindantes: Cuando se hayan inscrito los documentos, conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, el plazo se entenderá reducido a un año a contar desde la fecha de la inscripción (3) (art. 3.º).

OBSERVACIONES: 1. El problema difícil de las unidades mínimas se plantea al tratar de fijarlas de un modo general. Se ha optado por un sistema, que pudiera llamarse mixto, en que el legislador determina los límites máximos y mínimos (4) dentro de los cuales se mueve la Administración discrecionalmente. Sin embargo, la realidad ha mostrado la inconveniencia del límite mínimo inflexible, y por ello el presente Decreto permite, por vía de excepción, rebajarlo en ciertos casos concretos.

2. En cuanto al plazo de cinco años para ejercitar el derecho de adqui-

(1) Vid exposición de este Decreto en ADC, t. VIII, f. II, pág. 538.

(2) Este derecho de adquisición fué creado por el artículo 3.º, Ley 15 julio 1954; vid ADC, t. VIII, f. I, pág. 186. También artículo 5.º, D. 25 marzo 1955.

(3) El citado artículo 5.º de la Ley 15 julio 1954 establecía un plazo de cinco años, a contar desde la segregación indebida.

(4) V. artículo 1.º, D. 25 marzo 1955.

sición que marcaba la ley 15 julio 1954, ya apuntábamos en nuestras observaciones a esta ley, que resultaba excesivo. Ahora se trata de paliar el inconveniente, pero por un cauce irregular. Por ello, si elogiabile es el intento del Decreto en este punto, ha de reconocerse su ineficacia formal por la desigualdad de rango de las dos normas que se enfrentan, debiendo prevalecer el criterio de la ley. Sólo cabría su modificación por vía de Decreto si la misma ley, previéndolo, hubiera delegado en la Administración facultades de reforma. Pero lo cierto es que el artículo 8.º de la misma sólo autoriza al Poder ejecutivo para reglamentar su «cumplimiento y aplicación» (la típica *legis executio*) (5).

3. El problema de la calificación y efectos de los actos que contradigan la prohibición de formar unidades inferiores a la mínima, es más de la ley que de este Decreto. Desde luego, no se aplica la nulidad del art. 4.º C. c. y la sanción existe en conceder el derecho la adquisición a los colindantes.

5. Por último, cabe preguntarse qué sucederá cuando los notarios y registradores no cumplan con la obligación que en este Decreto se les impone. En cuanto a la inscripción por aplicación del artículo 30 Ley Hipotecaria (en rel. con art. 9.º L. H.), no implicará su nulidad (6) (J. A.).

II. Derechos reales.

1. CONCENTRACION PARCELARIA: COSAS INDIVISIBLES: *Se establece junto a la unidad mínima de cultivo la unidad tipo de aprovechamiento.*

EXPEDIENTE DE LA CONCENTRACIÓN: EXPEDIENTE «UNIVERSAL» DE DOMINIO: *Se establece un procedimiento para la determinación de las situaciones jurídicas de las parcelas comprendidas dentro del perímetro de la zona a concentrar; se atribuyen al Estado las fincas sin dueño conocido y las tierras que resulten sobrantes.*

ARRENDAMIENTOS Y APARCERÍAS: *Se concede en determinadas condiciones el derecho de rescisión de sus contratos a los arrendatarios y aparceros.*

RELACIONES CON EL REGISTRO: INSCRIPCIONES ANTERIORES A LA CONCENTRACIÓN: *Se determinan las posibilidades de los titulares registrales en el expediente universal de dominio, así como después de la reorganización de la propiedad y la situación especial de los derechos que no implican facultad de poseer.*

CIERRE DEL REGISTRO: *Se produce respecto a los títulos aún no presentados relativos a las fincas situadas en la zona a concentrar y una vez determinado su perímetro.*

INSCRIPCIONES QUE PRODUCE LA CONCENTRACIÓN: *Se suspenden sus efectos respecto a terceros si las parcelas de procedencia están inscritas a nombre de personas distintas aquellas con quienes a título de dueño se entendió el procedimiento. Se regula la función calificadoradora determinando las causas de denegación o suspensión de la inscripción y atribuyendo personalidad para recurrirla al Servicio de Concentración Parcelaria. (Ley de 20 de julio de 1955; B. O. del 21.)*

(5) V. artículo 17 Fuero de los Españoles, artículo 17 L. 30 enero 1938, y artículos 7.º y 8.º L. O. P. J. de 23 septiembre 1870.

(6) El artículo 30 sólo establece la nulidad por falta de los requisitos del artículo 9.º, entre los que, naturalmente, no está la exigencia del Decreto. Por otra parte, la publicidad de la Ley supera a la del mismo Registro, así que ésta no es necesaria para que se produzcan efectos frente a terceros.

A. EXPOSICIÓN. 1.º Unidades mínimas de cultivo y unidades de tipo de aprovechamiento. En las zonas sujetas a concentración parcelaria y con independencia de la unidad mínima de cultivo el Ministerio de Agricultura, a propuesta del Servicio de Concentración Parcelaria, fijará la extensión de las unidades tipo de aprovechamiento agrícola con medios modernos de explotación según las características de cada zona. Estas unidades tipo serán jurídicamente indivisibles y sólo se atribuirán a los propietarios participantes en la Concentración Parcelaria que aperten a la misma una superficie igual o mayor que la señalada a la unidad tipo los cuales «podrán solicitar», que se les adjudiquen siempre que ello sea posible, tantas unidades tipo como permita su aportación, con preferencia para los que ofrezcan la constitución de mayor número de unidades tipo. (artículos 3.º y 4.º)

Una vez realizada la concentración parcelaria, las fincas de extensión igual o inferior a la fijada para la unidad mínima de cultivo tendrán la consideración de cosas indivisibles y la parcelación de predios de extensión superior a dicha unidad sólo será válida cuando no dé origen a parcelas de extensión inferior a ella, salvo los casos previstos en la ley de unidades mínimas de cultivo. Cuando se trata de unidades tipo sólo se admitirá la división cuando lo autorice excepcionalmente el Consejo de Ministros a propuesta del de Agricultura y en casos particulares (art. 23). Según establece el artículo 30, «serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a terceros los actos o contratos, sean o no de origen voluntario por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo lo dispuesto en el artículo anterior». El Servicio de C. Parcelaria tendrá personalidad y acción para instar dicha nulidad, tramitándose la demanda por el procedimiento de los incidentes. (art. 32).

2. Declaración de situaciones jurídicas en la zona sujeta a concentración. Tan pronto como se publique el Decreto de Concentración de cada zona se determinará previamente a la toma de posesión de las nuevas fincas, «la situación jurídica de las parcelas» comprendidas dentro del perímetro de la zona a concentrar, procurando las Comisiones Locales que dicha situación coincida con la realidad. A este efecto se emplazara a los que tengan su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad o a las personas que traigan causa de los mismos para que dentro del plazo de treinta días y si apreciaren contradicciones entre el contenido de los asientos que les afecten y la atribución de propiedad u otros derechos provisionalmente realizada como consecuencia de la investigación puedan formular oposición ante la Comisión Local aportando certificación registral de los asientos contradictorios, y en su caso, los documentos que acrediten al contradictor como causahabiente de los titulares inscritos, apercibiéndoseles de que si no lo hacen dentro de aquel plazo se declarará el dominio de las parcelas y sus gravámenes o situaciones jurídicas en la forma que se publica al efecto de su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 8.º) Por otra parte, siempre que antes de la declaración del dominio de las parcelas y de la relación de gravámenes y otras situaciones jurídicas llegue a conocimiento de la Comisión Local la existencia en algún caso concreto

de una discordancia entre el Registro y los resultados de la investigación en curso, se habrá de proceder en la forma que determina el art. 10. es decir, solicitar certificación registral del asiento correspondiente, y comprobada la contradicción citar personalmente, y por una sola vez, al titular registral o a sus causahabientes o por edictos si su paradero fuere desconocido. El así citado puede formular oposición durante los treinta días siguientes a la citación.

Las fincas sin dueño conocido y las tierras que resulten sobrantes conforme el proyecto de concentración, se considerarán pertenecientes al Estado (art. 11).

Cuando el aprovechamiento del suelo de una parcela de procedencia corresponda a persona distinta de la facultada para aprovechar el suelo o arbolado, se considerará a ambos titulares a efectos de la concentración como dueños proindiviso en proporción al valor de sus derechos determinados conforme a la Ley de Expropiación forzosa, y la división de aprovechamientos no se trasladará a la finca de reemplazo (art. 12).

Los arrendatarios aparceros tendrán derecho a la rescisión de sus contratos sin pagar indemnización, en el caso de que no les conviniera la finca de reemplazo donde hayan de instalarse. Este derecho sólo será ejercitable dentro del mes siguiente a la publicación del Proyecto de Concentración (art. 14).

3. Relaciones en el Registro.

a) Inscripciones anteriores a la concentración y situación de los derechos que no implican facultad de poseer. Los titulares registrales de dominio u otros derechos reales que no hayan sido citados personalmente, de acuerdo en lo dispuesto en el artículo 10, conservarán durante cinco años, y con efecto respecto de terceros, el derecho de instar la traslación de su situación registral a la finca de reemplazo correspondiente pudiendo pedir anotación preventiva de su solicitud y regulando la ley un procedimiento abreviado para el supuesto de falta de acuerdo entre las partes. Si la traslación se pide pasados cinco años, no perjudicará a tercero que reúna los requisitos del artículo 34 L. H. (Regla segunda del art. 20).

Se hará constar en la inscripción de la finca de reemplazo que queda ésta afectada por las situaciones registrales de las parcelas de procedencia, conforme se desprende de la regla anterior (Regla 3.^a).

Los asientos relativos a las parcelas de procedencia no tendrán más valor que el reconocido en esta ley (Regla 4.^a). Los titulares de las fincas de reemplazo pueden por el procedimiento abreviado de la regla 2.^a y en cualquier tiempo provocar la declaración inscribible en el Registro, de que la finca en cuestión está libre de gravámenes o de que pertenece al solicitante en virtud del título legítimo a efectos de reanudación de tracto. Por el mismo procedimiento, el juez podrá declarar en su caso que en los asientos registrales de las parcelas de procedencia no hay nada que se oponga a la titularidad registral atribuida a las nuevas fincas, haciéndose constar tal declaración en el Registro de la Propiedad con plenitud de efectos respecto a terceros (Regla 5.^a).

Los acuedos con trascendencia hipotecaria que recaigan en expedientes de concentración producirán efectos meramente registrales, sin juzgar definitivamente sobre los derechos. Los antiguos asientos coconservarán su valor probatorio en el juicio correspondiente si fuera promovido (art. 21).

b) Cierre del Registro. Una vez determinado el perímetro de la zona a concentrar se pondrá en conocimiento del registrador de la propiedad, quedando cerrado el Registro respecto a los títulos aún no presentados relativos a las fincas situadas en dicha zona. En las certificaciones que expida relativas a las mismas indicará la existencia del procedimiento de concentración (art. 7.º).

c) Inscripciones que produce la concentración y suspensión de sus efectos. Todas las fincas de reemplazo serán inexcusablemente inscritas sin que en el asiento se haga referencia salvo los casos especiales determinados en la presente ley a las parcelas de procedencia en cuya equivalencia se adjudican, aunque estas parcelas aparezcan inscritas a nombre de personas distintas de aquellas a quienes a título de dueño se entendió el procedimiento de concentración. Estas inscripciones no surtirán efecto respecto de terceros hasta transcurridos cinco años desde su fecha (Regla 1.ª del artículo 20).

Calificación. Sólo se podrá denegar o suspender la inscripción por incompetencia de los órganos, inadecuación del procedimiento, inobservancia de las formalidades extrínsecas de los documentos presentados y obstáculos que surjan del Registro, distintos de los asientos de las antiguas parcelas. El Servicio de C. Parcelaria tendrá personalidad para recurrir gubernativamente contra la calificación registral y conforme a los trámites de la Ley Hipotecaria y su Reglamento (Regla 6.ª del art. 20).

B. OBSERVACIONES: 1. Junto a la unidad mínima de cultivo y con independencia de ella se crea un nuevo medio para lograr la concentración y conservación, es decir, la unidad tipo de aprovechamiento. Respecto de ambas el artículo 29 reitera lo que para la primera ya estableció el artículo 9.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952, o sea, la indivisibilidad. Dado el carácter voluntario que le asigna el artículo 4.º, parece seguro el afirmar que la finalidad económica ha predominado sobre la de tipo social. La nulidad que sanciona el artículo 30 es, según parece, desprenderse de sus términos, una nulidad de pleno derecho (cfr. art. 4.º C. c.). Finalmente, hay que preguntarse cuál será la eficacia de dicho precepto frente a las situaciones de hecho contrarias a él y que significará el tiempo para dichas situaciones.

2. Respecto a la situación del oponente fundado en el Registro y más concretamente a como se le considerara en la declaración definitiva de las situaciones jurídicas de la zona sujeta a concentración, habrá que atender al artículo 10 y, en consecuencia, la declaración que con respecto a las fincas se formule en su día en el acta de Reorganización de la propiedad, expresará la situación registral acreditada por el oponente y la situación real resultante de la investigación, sin perjuicio de las normas establecidas sobre parcelas litigiosas en el caso de que el oponente ejercitase judicialmente su derecho.

3. Probablemente han sido las dificultades económicas y de tiempo, así como la no correspondencia del Registro con la realidad jurídica actual, ni siquiera en las fincas inscritas, y la difícil identificación de estas mismas fincas, las causas que han motivado la desconsideración hacia el Registro de la Propiedad cuando parecía lógico que las Comisiones Locales utilizarasen, sobre todo este Registro, destinado a manifestar a todos los:

efectos la titularidad sobre la propiedad inmobiliaria. Esto puede agravar el mal de la doble inmatriculación, pues será difícil saber cuáles fincas de las ya inmatriculadas están sujetas a concentración.

4. Tiene interés particular en la Ley que se comenta el artículo 11 (atribución al Estado de las fincas sin dueños conocidos y de las tierras sobrantes), pues reitera y modifica a la vez, aunque para este único supuesto (concentración parcelaria) lo establecido en los artículos 1.º, núm. 1.º y 6.º de la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835, ya que no es necesario pedir al juez la posesión real corporal.

El artículo 12 (división en una parcela del aprovechamiento del suelo y el del vuelo o arbolado), también sólo «a efectos de la concentración», entiende que hay proindivisión con lo que recoge el criterio jurisprudencial mantenido en sentencias de 9 de marzo de 1893, 9 de julio de 1903 y 6 de julio de 1920 (1).

El artículo 14 concede como único derecho a los arrendatarios y aparceros a quienes no convenga la finca de reemplazo el de pedir la rescisión de sus contratos sin pagar indemnización, dentro del mes siguiente a la publicación del proyecto de concentración. Evidentemente es más justa la solución que frente a situaciones análogas adoptó el artículo 44 en relación con el 1.º de la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954.

5. Se ha modificado ampliamente la regulación anterior de la inscripción, conviniendo destacar que mientras conforme al artículo 7.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952 los asientos de inmatriculación practicado respecto a poseedores que careciesen de título de propiedad quedarían sujetos en cuanto a suspensión de efectos respecto a tercero al artículo 207 L. H., ahora el plazo se eleva a cinco años, lo cual acaso no esté justificado por el expediente universal de dominio, pero siempre producirá efectos frente a terceros el posible traslado durante cinco años de los antiguos asientos. También ha sufrido modificaciones el régimen de calificación que, según establecía el artículo 52 de la Orden de 22 de noviembre de 1954, se extendía únicamente a la competencia de las comisiones y formalidades extrínsecas de los documentos con un régimen especial cuando se apreciaren defectos u obstáculos registrales; además, era la Comisión Local la que podía recurrir contra la calificación. (R. I.)

2 CONCENTRACION PARCELARIA: Se aprueba el texto refundido de las leyes de concentración parcelaria. (Decreto 10 de agosto de 1955; B. O. del 26 de septiembre.)

A. EXPOSICIÓN: Régimen jurídico. Se dicta el presente texto refundido en cumplimiento de lo ordenado en la Disposición final de la Ley de 20 de julio de 1955. Conforme al artículo 68 «quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo preceptuado en esta ley», y por el 67 se faculta a los Ministerios de Agricultura y Justicia para dictar conjuntamente las normas complementarias, observándose entretanto las reglas contenidas en la Orden de 22 de noviembre de 1954, mientras no resulten modificadas por las que se contienen en la presente ley.

B. OBSERVACIONES: 1. Se han recogido en el presente texto refundido preceptos de las leyes de 20 de diciembre de 1952 y 20 de julio de 1955; del Decreto-ley de 5 de marzo de 1954, y de las Ordenes de 2 de julio de 1953 y 22 de noviembre de 1954.

2. La fórmula derogatoria empleada plantea problemas análogos a los que suscitó idéntica fórmula del texto refundido de la Ley de lo Contien-

(1) Véase CASTÁN: *Derecho civil, común y foral*, t. II, pág. 300, 7.ª edición.

cioso administrativo (1): 1.º Al no derogar expresamente las leyes anteriores que al parecer viene a sustituir (como por ejemplo hicieron el Código penal de 1944 y la Ley Hipotecaria de 1946), obliga a examinarlas para ver si se oponen a lo preceptuado en el texto refundido, el cual viene a perder así gran parte del valor que debía tener. Desde luego, parece indudable que aquellos preceptos de las leyes anteriores que no se recojan, pero que tampoco se opongan, habrá que estimarlos vigentes. 2.º Acaso más grave es el problema en aquellos casos en que el texto refundido se aparta de los preceptos que refunde y los contradice (así, por ejemplo, el artículo 13 respecto al 15 de la ley de 1955), pues es evidente que la autorización no es suficiente para justificarlo. (R. I.)

3. HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO: *Se aprueba el Reglamento de la Ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento. (Decreto de 17 de junio de 1955; BB. OO. del 17 de julio y 29 de agosto.)*

A. EXPOSICIÓN: 1. Régimen jurídico. Según establece la disposición final en todo lo no previsto en la Ley de 16 de diciembre de 1954 y en el presente Reglamento, «se aplicarán subsidiariamente las normas de la legislación hipotecaria, en cuanto sean compatibles».

Entrada en vigor. La Ley y el Reglamento empezarán a regir el día 15 de agosto de 1955.

2. Registro de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento. Conforme al artículo 67 de la ley, se crea el Registro de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento bajo la dependencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 1.º).

A) *Funcionarios*.—Los registradores de la Propiedad (art. 2.º).

B) *Libros*.—En el Registro se llevarán los libros siguientes: 1.º Libro Diario de Presentación de Documentos. 2.º Libro de Inscripción de Hipoteca mobiliaria. 3.º Libro de inscripción de Prenda sin desplazamiento. 4.º Libro de Estadística. 5.º Libro de Honorarios. 6.º Libro Inventario. Además se llevará un fichero para índices y los legajos, libros y cuadernos que los Registradores juzguen convenientes para el mayor servicio de la oficina (art. 3.º). Los artículos 4.º a 12, determinan los requisitos y características de cada uno de los libros.

3.º *Títulos*. El art. 13 remite en cuanto a los títulos que se inscribirán o anotarán a los artículos 68 y 70 de la ley, además de aquellos de adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca, cuyo precio se hubiere aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio, siempre que consten en escritura pública.

Todos los títulos contendrán, además de las circunstancias exigidas por la Ley, las que según el Reglamento deben hacerse constar necesariamente en la inscripción o anotación (art. 14).

4. *Asientos*.

A) *De presentación*.—Los artículos 55 y 56 recogen con pequeñas variaciones lo establecido en los artículos 248 a 250 L. H.

(1) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA: "Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa", en *R. de Administración Pública*, núm. 6.º (1951), págs. 279 y sigs., y J. GONZÁLEZ PÉREZ: "El texto refundido de la Ley de lo Contencioso-administrativo", en la misma revista, núm. 7.º (1952), páginas 193 y sigs.

B) *Inscripciones.*—a) De hipoteca. Hay que distinguir: extensa (arts. 15 y 16), concisa (art. 17), las especiales de los artículos 19 a 25 y la de transmisión del crédito hipotecario (el art. 18 remite a la legislación hipotecaria, y el 27, a la vez que ordena la notificación notarial al deudor, exige que dicha notificación se haga constar en la inscripción, exceptuando la transmisión de créditos al portador garantizados con hipoteca).

b) De prenda sin desplazamiento. Se regula en los artículos 29 a 33.

C) *Anotación preventiva.*—a) Se anotarán preventivamente: 1.º Demandas en que se reclama la propiedad de bienes hipotecables o créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o la nulidad, rescisión, revocación, resolución o cancelación de los actos inscritos. (En cuanto a los requisitos de esta anotación, el artículo 35 es sustancialmente idéntico al 139 R. H. (Circunstancias: Art. 37 núm. 3.))

2.º Documentos susceptibles de inscripción o anotación que adolezcan de defecto subsanable, si media petición de parte interesada. (Circunstancias: Art. 37, p.º 1.º)

3. De embargo y sus cancelaciones. Se practicarán en virtud de providencia dictada por el juez o Tribunal que conozca del procedimiento. El mandamiento por duplicado será expedido por el juez o Tribunal en cuyo término jurisdiccional radique el Registro competente, al cual exhortarán los demás jueces o Tribunales. Inserción literal de la provincia en el mandamiento, fecha y circunstancia de ser firme. Devolución por el registrador de un ejemplar con la nota que proceda y conservación del otro en el legajo correspondiente con nota idéntica. Análogas formas se observarán para anotar los embargos decretados en procedimientos administrativos de apremio. Especialidad cuando se embarguen diferentes bienes. (Circunstancias de la anotación: Arts. 34, 36 y 37, núm. 2.)

4.º Cualesquiera otros documentos que fuesen anotables con arreglo a las leyes.

b) Como normas comunes a todos ellos, hay que señalar:

1.º Cualquiera anotación preventiva podrá abrir folio independiente cuando afectase a bienes susceptibles de hipoteca o prenda, si tales bienes no figurasen hipotecados o pignorados. Si lo estuviesen, las anotaciones se practicarán a continuación de las inscripciones existentes, señalándose siempre al margen con letras por orden alfabético (art. 39).

2.º Caducidad de las anotaciones. Respecto a la anotación por defecto subsanable, el artículo 38 recoge los plazos de sesenta y ciento ochenta días del artículo 96 L. H., pero la prórroga «será concedida por el registrador a solicitud escrita y razonada del interesado».

La anotación judicial, conforme al mismo artículo 38, caducará a los tres años de haberse practicado, pudiendo prorrogarse hasta la terminación por sentencia firme del procedimiento en que se hubiese decretado, a no ser que se consigne el crédito asegurado. Esta prórroga será concedida en virtud de providencia del juez o Tribunal que haya ordenado la anotación.

D) *Cancelación.*—a) Causas de cancelación total o parcial de las inscripciones:

1.º Consentimiento del titular de la hipoteca o prenda o de sus causahabientes manifestado en escritura pública cuando se trate de hipoteca y en escritura pública o documento autorizado por agente de Cambio y Bolsa o corredor de Comercio cuando se trate de prenda.

2.º Resolución judicial cuando proceda la cancelación y no consienta en ella aquel a quien perjudique.

3.º Caducidad del asiento. En cuanto a la hipoteca, se señala a los seis años de la fecha de vencimiento de la obligación garantizada; y en cuanto a la prenda, a los tres desde la misma fecha.

4.º Extinción total del bien hipotecado.

5.º Extinción del derecho asegurado (art. 40 y 42, a 44).

b) Causas de cancelación de la anotación preventiva: 1.º Absolución del demandado, desistimiento del demandante o caducidad de la instancia si es anotación de demanda.

2.º Alzamiento de embargo o enajenación, o adjudicación en pago de los bienes anotados si la anotación es de embargo.

3.º Renuncia de la persona a cuyo favor se hubiese tomado la anotación.

4.º Caducidad conforme al artículo 38.

5.º Conversión en inscripción de la anotación por defecto subsanable si se presentasen dentro del plazo de su vigencia los documentos acreditativos de la subsanación (arts. 46 y 47).

c) Causas de cancelación de las inscripciones y anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial. Sólo se cancelarán por resolución judicial firme, salvo lo dispuesto en los artículos anteriores (art. 41).

d) Las circunstancias de la inscripción de cancelación se determinan en el artículo 48.

E) *Notas marginales*.--Se hará constar así el cumplimiento de condiciones suspensivas, la prórroga del plazo de vencimiento de la hipoteca y los pagos parciales de la deuda garantizada cuando no se haya otorgado cancelación parcial. Por el contrario, las demás modificaciones de la hipoteca que produzcan novación total o parcial del contrato inscrito se harán constar por medio de una nueva inscripción (art. 28).

B. OBSERVACIONES: 1. Se ha dictado el Reglamento en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la ley, es decir, «dirigido exclusivamente a la organización del Registro» y «con un contenido puramente formal y aun administrativo en su casi totalidad». Dedicados los artículos 67 a 80 de la ley a la regulación del Registro en la parte que pudiera llamarse sustantiva, el Reglamento viene a completar dichos preceptos y a repetirlos en algún caso (así, el párrafo segundo de artículo 74 de la ley, reproducido en el artículo 30, párrafo primero del Reglamento, el art. 75, párrafo primero, en el 24; el 76 en el 26, que lo desarrolla ampliamente, y el 79 en el 42, párrafo primero) (1). Es de señalar que el artículo 77 de la ley se remitía en cuanto a la cancelación de las inscripciones a lo establecido en los artículos 82 y 83 L. H., pese a lo cual el título IV del Reglamento contiene una amplia regulación a dicha materia.

(1) Una vez más (v. ADC, tomo VIII, fascículo 2.º, pág. 563) hay que señalar la falta de economía legislativa que preside toda esta regulación.

2. Respecto a la entrada en vigor, el Decreto-ley de 15 de abril de 1955 (2) prorrogó por cuatro meses la autorización que al Gobierno concedía la disposición adicional cuarta de la ley para determinarla, y ahora el Decreto aprobatorio del Reglamento en el artículo 2.º la señala en el 15 de agosto de 1955.

3. Es interesante destacar que el artículo 38, frenando el automatismo del artículo 86 L. H., que puede dar lugar a la caducidad de la anotación antes de terminar el procedimiento, permite la prórroga hasta su terminación por sentencia firme (R. I.).

III. Otras disposiciones.

1. FIANZAS ADMINISTRATIVAS: *Se dispone que las cédulas al portador emitidas por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional sean admitidas para la constitución de fianzas en los contratos de obras públicas. (Orden de Obras Públicas de 30 de julio de 1955; B. O. 18 octubre)*

Son normas que principalmente rigen al citado organismo: La ley de creación del mismo de 16 de marzo de 1939 y el Reglamento de 27 de julio de 1939.

2. VIVIENDAS DE «RENTA LIMITADA»: *Se unifican las normas para la construcción de viviendas de esta clase. (Decreto-Ley 10 de agosto de 1955; B. O. del 16 de octubre.)*

Se armonizan las disposiciones contenidas en la Ley de 15 de julio de 1954, Reglamento de 24 de julio de 1955 y Decretos-leyes de 14 y 29 de mayo de 1954.

(2) Véase ADC, tomo y fascículo citados, pág. 565.

DECRETOS DE COMPETENCIA

A cargo de JOBE MARIA AMUSATEGUI

1. **SUSPENSIÓN DE SENTENCIA DE DESAHUCIO ACORDADA POR LA ADMINISTRACIÓN:** *Los gobernadores civiles no pueden ingerirse en la ejecución de sentencias judiciales de desahucio, salvo que así lo disponga el precepto concreto y preciso de un texto legal.* (D. 28 abril 1955; B. O. del 4 de mayo.)

El Gobernador civil de O. acordó la suspensión de una sentencia de desahucio obtenida por D. José Ramón G. G. contra los inquilinos de un inmueble de su propiedad. Se basaba la sentencia en la previa declaración de ruina por la autoridad municipal y había sido confirmada por la Audiencia Territorial y por el Tribunal Supremo. La suspensión la funda el Gobernador en haber cesado las causas de la declaración de ruina, según nueva declaración de la Comisión Municipal Permanente, acordada por indicación del mismo Gobernador civil.

De conformidad con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros, se decide "a favor de la Audiencia Territorial", según los siguientes Considerandos:

Segundo: "Que la suspensión por la autoridad gubernativa de la ejecución de una sentencia judicial, clara ingerencia de la esfera administrativa en la de los Tribunales de Justicia, no puede en modo alguno admitirse como no esté fundada en el precepto concreto y preciso de un texto legal y que la simple lectura de las disposiciones transitorias de la LAU invocadas muestran con toda claridad que no pueden servir para autorizar tal intrusión... en el caso presente, puesto que la número 18 contempla únicamente la necesidad de una autorización previa del Gobernador para emprender obras encaminadas a aumentar el número de viviendas, supuesto completamente distinto del aquí planteado, y la número 21 se refiere concretamente a aquellos casos en que la ejecución de planes urbanísticos y, en general, cualquier reforma urbana obligue a la demolición por causa de expropiación, que tampoco pueden identificarse con el que aquí se ha dado, sin que quepa tampoco ampliar esta norma hasta hacerla comprender el caso de autos en virtud de esa analogía que permite el artículo 13 de la LAU, porque, aparte de que aquí no han sido precisamente los Tribunales los que han hecho esa aplicación analógica, sino que se pretende, en contra del parecer de los mismos, no se trata de cuestiones no expresamente previstas en la LAU, a las que haya encuadrarse dentro del marco de la misma, sino de una ingerencia de la Administración en la esfera judicial, que en dicha Ley no aparece consentida y que no puede ser introducida no estando taxativamente reconocida por la Ley".

2. **COMPATIBILIDAD DE LOS INTERDICTOS CON LA POLICÍA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE AGUAS:** *Los interdictos son posibles sin perjuicio de la policía administrativa.* (D. 21 mayo 1955; B. O. del 24.)

Considerando. Segundo: "Que la prohibición de admitir interdictos en materia de aguas que está formulada por el artículo 252 de la Ley de Aguas, se

refiere (1)... sólo a los que van contra actos de la Administración, pero no puede entenderse que se opone también a la perturbación causada por otro particular..." (Por tanto) "Al no existir providencia alguna dictada por la Administración, la cuestión queda reducida a un conflicto entre particulares, por lo que no debe ser estorbada la acción propia y privativa de los Tribunales de Justicia..."

3. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PROPIEDAD Y LA ADMINISTRACIÓN: Corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria la declaración del derecho de propiedad. (D. 21 mayo 1955; B. O. del 24.)

Don Ascensio U. formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra la Fiscalía Provincial de Tasas de L., ejercitando acción reivindicatoria de un camión que afirmaba ser de su propiedad. El camión había sido incautado por dicha Fiscalía en expediente contra los conductores del vehículo, y el señor V., que declaró ser el propietario del mismo. El Gobernador planteó la cuestión afirmando que se trataba de un expediente administrativo que se intenta revisar en vía jurisdiccional. El Fiscal sostuvo que en el expediente aparecían presunciones en contra de la propiedad del señor V. (inscripción a nombre de D. Ascensio V. en el Registro de Obras Públicas y la patente nacional), por lo que era preciso dilucidar la cuestión ampliamente ante los Tribunales.

De conformidad con el dictamen del Consejo de Estado y de acuerdo con el Consejo de Ministros, se decide la cuestión "en favor del Juez de Primera Instancia" en atención a los siguientes Considerandos:

Segundo. "Que la incautación de vehículos empleados para la comisión de hechos penados por la legislación especial de abastecimientos está prohibida a la Fiscalía de Tasas (2). Cuando tales vehículos pertenecen a tercera persona, cuya falta de responsabilidad en el hecho hubiere quedado claramente probada en el expediente, y por tanto, para saber si la Fiscalía de Tasas ha obrado o no dentro del círculo de sus atribuciones al llevar a cabo la incautación, lo decisivo será conocer si es propiedad del señor V., encartado en el expediente"...

Tercero. "Que todo el problema planteado viene, pues, a concentrarse... en la declaración de un derecho de propiedad, claramente civil y que corresponde, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción ordinaria, sin que quepa aquí la intromisión administrativa en el claro ejercicio de una acción reivindicatoria."

4. LAS EXCEPCIONES DILATORIAS Y EL RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA ACUERDOS MUNICIPALES: La falta de recurso de reposición contra el acuerdo de un Ayuntamiento, necesario para agotar la vía administrativa previa, no es suficiente para cambiar la regla normal de competencia y se asimila a una excepción apreciable, ya como dilatoria, ya como acto previo equiparado al de conciliación. (D. 21 mayo 1955; B. O. del 24.)

D.^a T. y D.^a E. B. O. reclamaron del Ayuntamiento de L.I. se les reconociese como propietarias de una finca. Denegada la petición, no interpusieron el debido recurso de reposición, y meses después presentaron demanda ante el Juz-

(1) Se apoya la tesis con la cita de los Derechos de competencia de 10 abril 1942 y 11 septiembre 1945.

(2) "Conforme el apartado A) del art. 4.º de la L. 30 septiembre 1940, en su redacción del D-Ley 14 marzo 1947".

gado Comarcal de A. reivindicando la finca por los trámites del juicio de cognición. Obtenida sentencia favorable a las demandantes, es apelada ante el Juzgado de Primera Instancia por la Corporación demandada. En esta instancia se plantea la cuestión de competencia por el Gobernador, alegando la falta de recurso de reposición con arreglo al artículo 218 de la Ley Municipal de 31 octubre 1935. Aceptada la inhibición por el Fiscal, se dictó auto en el mismo sentido por el Juez de Primera Instancia, pero fué revocado por la Audiencia al resolver la apelación promovida por los interesados. Se apoyaba en el artículo 533, 7.º LEC, y abonaba la resolución con lo declarado en el mismo sentido por DJ. 22 marzo 1886, 2 y 24 febrero 1909, 21 marzo 1908, 10 febrero y 17 julio 1911 y 16 junio 1951.

De conformidad con el Consejo de Estado, y de acuerdo con el Consejo de Ministros, se decide "a favor del Juez de Primera Instancia", recogiendo íntegramente la tesis de la Audiencia.

5. **PLURALIDAD DE EMBARGOS POR AUTORIDADES DISTINTAS:** *Rige el principio de prioridad.* (D. 21 mayo 1955; B. O. del 24.)

Se trataba de dos embargos dictados sucesivamente contra el mismo deudor: el primero, por el Delegado de Hacienda para responder del pago de Contribuciones, y el segundo, por el Magistrado de Trabajo para pago de salarios. Se decide "en favor del Delegado de Hacienda", según lo siguiente:

Considerando segundo: "Que habiendo obrado cada una de las dos jurisdicciones embargantes dentro de su propia competencia, y si bien ningún precepto se ha invocado que atribuya a la Administración la competencia para ser ella la que determine su derecho preferente en los casos en que lo son sus créditos al concurrir con otros, el hecho es que cuando se produce la coexistencia de dos embargos trabados por dos autoridades distintas sobre los mismos bienes se viene reconociendo la primacía al que de ellos tiene prioridad en el tiempo..."

Tercero. "Que, sin entrar en el procedimiento adecuado para la declaración de la prelación de los distintos créditos contra el deudor, lo que se hace aquí es aplicar la norma de que la pugna entre dos embargos sobre los mismos bienes ha de ser decidida a favor del anterior en el tiempo."

6. **ARRENDAMIENTO: PLAZA DE TOROS:** *Estos arrendamientos son de carácter civil, por lo que no puede utilizarse por los Ayuntamientos propietarios (arrendadores) el procedimiento de apremio administrativo, sino acudir a la jurisdicción civil ordinaria.* (D. 21 mayo 1955; B. O. del 24.)

Los administrativistas ponen en duda la naturaleza privada o administrativa de tales negocios.

En la doctrina francesa, Jèze cita decisiones contradictorias del *Conseil d'Etat* y del Tribunal de Casación respecto a la concepción como servicio público de un teatro nacional o municipal.

En España, una sentencia del T. S. 30 octubre 1909 (1) negaba carácter administrativo al contrato de arriendo de un teatro municipal por el Ayuntamiento de Zaragoza, y ésta es la opinión actualmente dominante en nuestra doctrina y jurisprudencia.

(1) Citada por Fernández de Velasco en "Los Contratos administrativos".

7. INTERDICTO DE RECOBRAR FRENTE A LAS CORPORACIONES LOCALES: *No es posible cuando de las actuaciones practicadas resulta que la Corporación no ha dejado de poseer los bienes discutidos.* (D. 2 junio 1955; B. O. de. 7.)

A) Don Juan D. R. estableció interdicto de recobrar contra el Ayuntamiento de M.; el Ayuntamiento demandado afirmó que el interdicto no procedía por virtud del artículo 403, 2, de la Ley de Régimen local, aparte de otras razones de menos interés; el Juez se declaró competente estimando que el actor posee los bienes desde hace varios años y, por tanto, no puede entrar en juego el artículo 404 de la Ley de Régimen local, que es el que únicamente determina la competencia del Ayuntamiento.

De conformidad con el dictamen del Consejo de Estado y de acuerdo con el Consejo de Ministros, se decide la cuestión "en favor del Gobernador civil", por las razones que se apuntan en los siguientes considerandos:

"Segundo: "que la prohibición general de interdictos contra las provincias de las Corporaciones locales en materia de su competencia y la posibilidad contraria de ejercitar acciones contra ellas cuando lesionan derechos de carácter civil, ambos contenidos en la Ley de Régimen local, hacen que la decisión de la cuestión de competencia depende de si el Ayuntamiento obró o no dentro de su esfera de competencia, y que en el caso presente, de las actuaciones practicadas, resulta que el Ayuntamiento no ha dejado de estar en posesión de los bienes discutidos y que el pretendido despojo del particular no es sino un acto normal de administración del Ayuntamiento...; lo que ha hecho el interesado ha sido salirse del camino administrativo para intentar llevar la cuestión al judicial."

B) OBSERVACIONES: Cuestiones como la presente son de muy frecuente planteamiento. Es curioso observar que la primera parte del considerando transcrito reproduce literalmente el razonamiento de partida del D. 22 noviembre 1952 ("B. O." 25) (1). Pero en esta ocasión resulta que el Ayuntamiento no ha dejado de estar en la posesión del objeto discutido; por lo tanto, se trata de asuntos de la competencia del mismo, y contra los acuerdos no se admiten interdictos.

Sorprende que de las actuaciones practicadas resulte la posesión ininterrumpida del Ayuntamiento, pues los antecedentes ponen bien claro de manifiesto la posesión de varios años de antigüedad del particular.

Por otra parte, en el Decreto antes citado recoge lo declarado por otro de 19 febrero 1906, que "es competente la autoridad judicial cuando... de la información testifical practicada en el interdicto y de todo lo actuado... no aparece probado que la posesión del particular era menor de un año, sino que esto es seguramente lo que se discute en el pleito..."

Esta es la buena doctrina, sin la menor duda, pues quienes han de decidir si la posesión es superior o inferior al año son los Tribunales y no se comprende qué clase de actuaciones han podido llegar a probar la inexistencia de posesión del particular.

No debe olvidarse que esta exención de interdictos es una manifestación concreta del privilegio general que goza la Administración de exención de Administración ordinaria. Pero, como tal privilegio, de interpretación restrictiva.

(1) Vid. A. D. C., T. V., F. II, p. 1410.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Luis: «Tratado de Seguros». Vol. I: Principios generales e historia del seguro; El contrato de seguros. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955; 576 págs.

El autor aspira—nos dice en el prólogo—a hacer una obra independiente de la de su progenitor (Cfr. Benítez de Lugo, Félix: «Tratado de Seguros». Madrid, 1942), si bien reconoce serle deudor en muchas ocasiones.

Resulta difícil dar una definición precisa del contrato de seguro a causa de la gran variedad de sus formas; acoge la siguiente: «Institución de previsión basada en la mutualidad técnicamente organizada, por la que, mediante el pago de una prima o cuota, única o periódica, se adquiere el derecho de ser indemnizado por determinados daños y menoscabos sufridos en nuestra persona o bienes, o a la entrega de un capital o disfrute de una renta en época y tiempo determinados». La institución del seguro ofrece, a su juicio, un quádruple aspecto: económico, matemático, jurídico y administrativo. Se muestra partidario de la independencia del Derecho de Seguros, que participa del Derecho privado y del público.

En un pormenorizado análisis estudia las características del contrato de seguros, enumerando las siguientes: nominado, solemne o formal, sinalagmático, oneroso, conmutativo, de buena fe, de ejecución sucesiva, de indemnización, y destacando sobre todo que no se trata de un contrato de adhesión. Para fundamentar esta última afirmación —que dota de una gran originalidad a la concepción del autor— pasa revista a las características que la doctrina señala en los contratos de adhesión, sosteniendo que en el contrato de seguros «no se da ninguna de ellas» (pág. 27), en efecto «Las entidades de seguros no puede afirmarse tengan hecha una oferta con carácter general y permanente, porque precisamente, por la selección de riesgos y saneamiento de cartera existirán muchas personas que acudan a dichas entidades y que, por las circunstancias que en ellas concurren no puedan obtener el seguro. Tampoco las entidades aseguradoras tienen a su favor monopolio de hecho o de derecho alguno. El objeto del contrato no es la prestación de un servicio privado con utilidad pública pretendido por todo el mundo, sino que, salvo en el seguro social, se trata de una contratación puramente privada y de utilidad privada exclusiva a favor del asegurado. Es cierto que existe la póliza de seguros en forma de contrato-tipo con condiciones generales; pero estas son susceptibles perfectamente de rectificación o modificación con cláusulas particulares... El concierto de un seguro es un acto de acertada previsión, pero nunca provocado por una necesidad perentoria e ineludible...; en nuestra Patria (existe) una legislación vigilante del contrato de seguros... y ello ha de constituir para el asegurado una manifiesta garantía».

Luego el autor hace la historia del seguro, dividiéndola en tres fases, y asimismo las vicisitudes del seguro en nuestra Patria.

A partir del capítulo VIII hasta el XX, en que finaliza este volumen, el autor se ocupa de los requisitos de este contrato, del contenido de su interpretación, de su disolución y de su caducidad, finalizando con un interesante capítulo —que no es frecuente verlo estudiado— sobre el proceso en el Derecho de Seguros.

En el capítulo de la formación del contrato de seguros, destaca el estudio de la oferta y el precontrato en relación con el art. 7.º del Reglamento; en el capítulo del consentimiento, el análisis de las distintas figuras de aseguradores (S. A., mutuas, asociaciones Lloyd's, reaseguradores, 1) si bien el apartado referente al asegurado nos parece redactado con algún descuido, estando poco tratada la posición del beneficiario. En el capítulo del objeto merece especial mención el estudio de la prima y de sus diferentes clases; y asimismo las orientaciones que ofrece en materia de interpretación del contrato (pág. 395). Es digno de loa que el autor no haya olvidado los aspectos procesales del seguro y nos exponga el proceso civil, el penal, el especial para seguros sociales, el que se sigue ante el Tribunal Arbitral de Seguros y el administrativo y el contencioso-administrativo; más discutible la conveniencia de una jurisdicción y un proceso especiales.

En resumen: un estudio claro y documentado del contrato de seguro.

Gabriel GARCÍA CANTERO

CASTAN TOBEÑAS, José: «Las Instituciones protectoras de la familia y de su propiedad». Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1955. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955; 149 págs.

Tratado ya por el profesor Castán en su discurso del año anterior el problema de los derechos de la mujer (1), aborda, como tema de su último discurso, una cuestión íntimamente ligada con aquélla: la referente a las Instituciones protectoras de la familia y de su propiedad, en el ámbito jurídico. Es éste también un tema de palpitante actualidad, un tema de política jurídica, con el cual sigue su ilustre autor su pauta de escoger, como lecciones inaugurales del año judicial, aquellas materias en las que se ha de buscar el criterio general que demanda España en cada momento, o en las que se ha de determinar y exponer el especial y concreto norte que debe guiar, en armonía con el espíritu de los tiempos y las condiciones de la sociedad española, la reforma de las principales leyes e instituciones.

«El reconocimiento de los derechos de la mujer—dice el profesor Castán—es una exigencia impuesta por la afirmación de la personalidad individual. Pero dicho reconocimiento, para no producir un efecto disolvente, ha de ir acompañado del fortalecimiento del núcleo familiar y, como se-

(1) CASTÁN TOBEÑAS, José: *Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales*. Madrid, 1954. Cfr. nuestra reseña, en A.D.C., VII-3, 899-901.

cuela, de la constitución y conservación de una propiedad familiar.» A estas dos últimas cuestiones está dedicado el contenido del discurso, el cual va dividido en cuatro apartados. Los dos primeros relativos a las dos instituciones básicas del Derecho privado y del Ordenamiento social: familia y propiedad; los dos últimos referentes a la figura resultante de la cada vez más necesaria fusión de las dos instituciones indicadas: la propiedad familiar, estudiada a la luz del Derecho civil y a la luz del naciente Derecho agrario.

El apartado primero lleva por título: «La familia y su protección por el Derecho», y en él se comienza destacando la importancia de la institución familiar como base social. La familia actual, no obstante el movimiento secularizador de algunas legislaciones, sigue siendo de orientación netamente cristiana; razón ésta por la cual es tan acusada su significación natural y moral. Al referirse el autor al enorme interés que hoy tienen todas las cuestiones jurídicas relativas a la familia, llama la atención sobre este hecho; se ha acusado a la familia y a la tradición de estabilizar el progreso y por ello se ha pretendido debilitar en ciertos aspectos la institución familiar. Ante esta afirmación gratuita el profesor Castán contesta: «¿No resulta un poco ingenuo en nuestros días temer los excesos de la tradición familiar y de la estabilidad social? Es un hecho indiscutible que los pueblos modernos poseen un grado subidísimo de movilidad y están creando constante y afanosamente nuevas formas de vida. Y siendo esto así, ¿no son la familia y la estabilidad social las que están en peligro y las que han de ser salvadas?» La mejor respuesta a este interrogante nos la da el ejemplo de Rusia, que en su nuevo Código de la familia (año 1944), repudia su antigua postura de animadversión hacia la institución familiar, por haber tenido que reconocer en ella la base misma del Estado, sea éste del matiz político que fuere.

Se refiere después a la debatida cuestión de si la familia es o no una persona jurídica, examinando distintas posiciones y manifestando que si bien en el Derecho vigente la familia no goza como tal de personalidad jurídica, quizá no fuese descaminado reconocerle esta personalidad, no obstante las dificultades que surgirían por la imprecisión misma que domina los conceptos de persona jurídica y familia. Entiende el doctor Castán que lo verdaderamente importante es no olvidar el carácter comunitario e institucional de la familia, el cual ha sido ya mantenido por nuestros juristas (Sánchez Román, Legaz Lacambra).

Señaladas las causas de la crisis actual de la familia (económicas, morales, sociales, legislativas, etc.), se indica, como remedio contra esta crisis, cuál es la misión del Estado con respecto a la familia y cómo ésta debe ser protegida por el Derecho. Someramente se hace referencia a la política de facilitación de la nupcialidad, a la política de la vivienda y a las instituciones protectoras de la familia en el orden moral y económico.

A «La propiedad y su función social» va dedicado el apartado segundo. Con una gran ecuanimidad de concepto, el disertante afirma, al referirse a la filosofía jurídica de la propiedad, que han de armonizarse los distintos puntos de vista desde los que se ha enfocado la institución y ha tra-

tado de fundamentarse. Señala las «primordiales condiciones» que debe reunir la regulación de la propiedad para que su régimen sea justo y bueno: 1.ª Estar de acuerdo con las exigencias del Derecho natural. 2.ª Acomodarse a la situación económica y social del país en cuestión. 3.ª Tender a la armonía entre los intereses y derechos de los particulares y el bien común de la sociedad. Haciendo referencia a las tendencias modernas en orden al derecho de propiedad afirma que «en nuestro tiempo son muchos los sistemas propuestos en orden al régimen jurídico de la propiedad: pero hay, como idea y aspiración dominante, la de la rectificación del sentido exageradamente individualista que la propiedad tenía en los Códigos civiles del siglo pasado». Asimismo, se observa en las leyes modernas una cierta tendencia a diferenciar la propiedad mueble e inmueble y la rústica y urbana, para someterlas a distinto régimen jurídico. Examinadas las doctrinas pontificias y de la Iglesia (que «convienen en admitir ampliamente la propiedad privada como forma normal y natural del derecho de propiedad, pero no considerándola ya como un derecho ilimitado y absoluto, sino como un derecho de ejercicio racional y limitado que tiene una función económica y social muy importante»), se transcriben los textos del llamado Código de Malinas, referentes a la propiedad y a los bienes y derecho de familia.

Termina este segundo apartado aludiendo a las orientaciones de la doctrina patria en orden a la propiedad de la tierra y a la llamada Escuela Económico-social Española (Flores Estrada, Costa, Argente, Senador Gómez, Góngora Echenique, etc.) que propugnaba una redistribución de la tierra sobre bases racionales. Breve referencia a los textos fundamentales del actual Estado español.

Estudiadas ya en los apartados primero y segundo la familia y a propiedad como instituciones básicas y fundamentales del Derecho privado y de la sociedad, en los dos apartados siguientes el ilustre maestro Castán pasa a ocuparse, a continuación, de la institución resultante de la fusión y coordinación jurídica de las dos anteriores: la propiedad familiar y su repercusión en el Derecho civil (apartado tercero) y en el Derecho agrario (apartado cuarto).

Bajo el título de «La propiedad familiar en la esfera del Derecho civil», el apartado tercero está destinado a ofrecer una visión global de la cristalización de la propiedad familiar en la Historia y en el Derecho positivo. La propiedad familiar es de rancio abolengo (Servia, Grecia, Roma, Edad Media), y en el Derecho español han pervivido siempre ciertos tipos de propiedad familiar, existiendo abundantes instituciones destinadas a su conservación y fomento. En este sentido, el autor alude al fideicomiso y mayorazgo como figura que facilitó la vinculación familiar de la gran propiedad, y a una serie de variadas instituciones que directamente estaban destinadas a proteger y conservar, en España, la pequeña propiedad familiar (se trata especialmente de instituciones de Derecho foral), dedicando en este aspecto una mayor atención a la casa en el Derecho aragonés.

Después de resaltar el hecho de que la propiedad familiar se desenvuelve

predominantemente en los medios rurales y de enumerar ciertas disposiciones del Código civil y de las leyes posteriores, que recogen la idea de la propiedad familiar, el doctor Castán propone en una revisión del Código el inspirarse en las legislaciones forales, que ofrecen magníficas fórmulas para la conservación de dicha propiedad familiar. En este sentido propone, asimismo, algunas modificaciones en el sistema legitimario en cuanto a la cuantía de la legítima estricta, en cuanto a la cuantía y distribución de la mejora y en cuanto a la cuantía de la parte de libre disposición.

«La pequeña propiedad familiar en la esfera del Derecho agrario» es la denominación del apartado cuarto y último. La preocupación por el problemas agrario ha dado lugar a la política agraria y a la formación del Derecho agrario. La complejidad de los problemas de éste, en lo relativo a la propiedad familiar, no permite soluciones unitarias. Al indicar las instituciones que van perfilando el cuadro del Derecho agrario, ofrece un magnífico esquema de conjunto sobre el contenido de esta nueva rama del Derecho en sus distintos aspectos, muchos de los cuales se relacionan de manera íntima con la idea de la propiedad familiar, ya que ésta es, en muchos casos, la razón de ser del Derecho agrario.

Delimitados los conceptos de grande, mediana y pequeña propiedad, se indican los inconvenientes y ventajas de ésta y se la deslinda de otros conceptos afines. Termina el profesor Castán mostrándose partidario de una regulación racional de la pequeña propiedad; alude a su posición en España, y señala los medios para su creación, defensa y conservación. Para todo esto ha de ser atendida una doble y perentoria necesidad: 1), que los juristas no se desinteresen de los problemas agrarios; 2), que en la preparación de las leyes referentes al campo español, así como en su aplicación, exista una estrecha compenetración entre los técnicos agrarios y los juristas.

Este es, esbozado a grandes rasgos, el contenido de la «lección» del profesor Castán. Su lectura es en todo momento útil y aleccionadora. Útil por las continuas enseñanzas que de sus páginas se desprenden. Aleccionadora por la extraordinaria ponderación de criterio que la preside, por la orientación moral que la domina, por la envidiable ecuanimidad de concepción que la orienta. Estamos ante páginas dedicadas a los problemas fundamentales del Derecho privado y de la sociedad misma: antes problemas que precisamente por su carácter de pilares del ordenamiento jurídico exigen en quien se enfrente con ellos una serie de infrecuentes cualidades; ante problemas, en fin, que más que tratamiento exhaustivo y profundo, necesitan una ordenación general y una visión orientadora. Y en esto precisamente consiste la «lección» que desde su alta magistratura judicial y universitaria nos ofrece el maestro Castán, una más entre las incontables que ya le deben los juristas españoles.

Carlos MELON INFANTE

Del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

GAY DE MONTELLA, R.: «*Tratado de la legislación bancaria española*» (Legislación y jurisprudencia comercial, civil y fiscal y comentarios). Bosch, Barcelona, 1953; tercera edición, dos tomos, 309 y 531 págs.

Sin entrar en una crítica a fondo de la obra por tratarse ya de una tercera edición, hemos de decir que el autor, conocido mercantilista, ha acumulado una serie de materias pertenecientes a diversas ramas jurídicas (Derecho mercantil, fiscal, administrativo, etc.) y aun no jurídicas (teorías sobre el valor de la moneda, la función del cambio, moneda y cambio), agrupándolas bajo el ambicioso título de «*Tratado de la legislación bancaria española*». Es indudable que el criterio de agrupación es susceptible de muchas discusiones, pero no cabe duda que la obra ofrece reunidas al estudiante de derecho y de ciencias económicas una serie de materias que suelen encontrarse dispersas.

El tomo primero es de tipo más doctrinal que el segundo; trata del concepto de la institución bancaria y de su historia, de la fisiognómica de las instituciones bancarias modernas (que nos hubiera gustado ver puesta más al día), regulación legal de las instituciones bancarias españolas, requisitos legales para el ejercicio del comercio de banca en España, instituciones bancarias relativas a la moneda y al cambio, la función del cambio y moneda y cambio.

El tomo segundo contiene principalmente la legislación; se ocupa de las siguientes materias: cuenta y depósitos bancarios, contrato de cuenta corriente, operaciones bancarias a base de efectos de comercio (letras de cambio, cheques, etc.), operaciones de crédito bancario, contrato de crédito documentario, garantías en los contratos de apertura de crédito, contrata de cajas de seguridad, descuento no cambiario, operaciones sobre títulos, operaciones bancarias de depósito regular.

Gabriel GARCÍA CANTERO

GONZALEZ PEREZ, Jesús: «*Derecho procesal administrativo*», tomo primero. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955.

Este tomo primero está dedicado a las nociones fundamentales sobre proceso, proceso administrativo, Derecho procesal administrativo (incluidos los problemas de fuentes de aplicación de normas, Derecho comparado («empezando por los pueblos hispánicos») y evolución de aquella rama del Derecho en España. El plan general de toda la obra (págs. 138 y ss.) manifiesta que se trata de un estudio de la total problemática del proceso contencioso-administrativo.

La obra arranca de una correcta solución del problema de la naturaleza del llamado recurso contencioso-administrativo. Se trata de un proceso especial que tiene por objeto pretensiones fundadas en preceptos de Derecho administrativo. Por tanto, el estudio de la figura se ajusta per-

fectamente a la técnica y sistema del Derecho procesal. El autor adopta una postura de total consecuencia con esta tesis y somete este proceso especial al plan fecundo de análisis agotador del Derecho procesal; sigue de cerca sobre todo la rama más elaborada, la de más tradición, la del proceso civil, a través del «cuadro de ideas fundamentales del profesor Guasp».

El Derecho procesal administrativo se coloca de un salto, en el aspecto científico, en la línea tan avanzada del Derecho procesal civil. Contrasta así con la restante bibliografía, meras descripciones inconexas de trámites y requisitos; es verdad que hay precedentes en España de esta visión procesalista—la única correcta—, pero se trata de simples tesis generales o de estudios monográficos. El que este enfoque procesalista constituya la base de una obra general sobre lo contencioso determina que ésta sea la única obra sobre la materia. Con razón dice Guasp: «Este no es otro tratado sobre el contencioso-administrativo; es hasta ahora el único... La obra de González Pérez no continúa, sino que destruye a las anteriores» (1).

Manuel PESA

HIDALGO, Manuel: «Arrendamientos rústicos protegidos», editorial Suma, Sociedad Limitada, Madrid, 1955, 319 págs.

El autor tiene acreditados su conocimiento y preparación en la materia de los arrendamientos rústicos sometidos a la legislación especial, singularmente con su conocida obra «Suma de arrendamientos rústicos». Reus, 1947 (con un apéndice en 1950). En la presente recoge la legislación vigente, analiza la institución denominada «arrendamiento protegido», ocupándose de su origen legal, del concepto de cultivo directo y personal, de la duración y prórroga de aquél, de la transmisión de la finca arrendada, de la sucesión y del desahucio por el cultivo personal. Se inserta una cuidada selección de sentencias del T. S. que llega hasta el 17 de mayo de 1954. En un centenar escaso de páginas se nos ofrece unos breves, pero sustanciosos comentarios de la ley de 15 de julio de 1954, artículo por artículo, en los que se prescinde de toda inútil divagación para presentarnos el núcleo del precepto, su verdadero alcance y sus consecuencias; no se omiten los antecedentes legales, cuando son necesarios, ni las diversas opiniones doctrinales en los puntos controvertidos, pero siempre con el mismo carácter de brevedad. Son muy útiles, los formularios que se acompañan y las tablas de capitalización y conversión de rentas.

Adornada esta obra de las mismas cualidades que la «Suma» citada, estamos seguros que tendrá la misma acogida que ella.

Gabriel GARCIA CANTERO

(1) Prólogo de la obra, pág. 33.

MARTINEZ VAL: «Contrato de corretaje». Publicaciones de la Escuela de Comercio. Ciudad Real, 1955; un vol. de 58 págs.

El ya conocido publicista y catedrático de las Escuelas de Comercio, doctor Martínez Val, inicia con el presente volumen del contrato de corretaje la colección de «Economía y Comercio» de la Escuela de Ciudad Real. Ha sido no sólo un acierto abordar un tema como éste apenas tratado por la doctrina española, sino el llevar tan airoosamente su cometido hasta el fin. Se puede decir que a partir de su estudio cuentan ya la jurisprudencia y la doctrina privatista (civil y mercantil) con una aportación muy completa (incluso de Derecho comparado) para llegar a conclusiones más definitivas en el terreno legislativo en nuestra Patria.

El estudio del profesor Martínez Val—concebido dentro de la sistemática civilista—aborda la cuestión en siete apartados, donde se estudian los problemas de su planteamiento, mediación y contrato de corretaje, contrato innominado y contrato atípico, concepto del corretaje, naturaleza jurídica, constitución, contenido del contrato, efectos y extinción. Se añaden cuatro apartados más para incluir la legislación extranjera más importante (Código civil alemán, el suizo de las Obligaciones y Código civil italiano) y la jurisprudencia española de nuestro más alto Tribunal.

El reconocimiento hecho por Martínez Val de que la mediación es una realidad social y que su realidad jurídica aflora en la esfera jurisprudencial es evidente y ello queda perfectamente demostrado. Menos seguro nos parece el criterio que se sigue en el apartado segundo (págs. 11 y sgts.) cuando desdobra los conceptos de mediación y contrato de corretaje. Según este autor (pág. 13), «es claro que una cosa es la mediación (activa) y otra muy distinta el contrato de corretaje, por el que las partes quedan vinculadas jurídicamente en un ámbito de relaciones». Creemos que el nominalismo conceptual de nuestra Real Academia (al que se acoge) (pág. 11) no tiene su paralelo real y jurídico con la conclusión de dos figuras jurídicas independientes. El contrato de corretaje o mediación (traducción de la acepción italiana «contratto di mediazione») es una figura unitaria y única. Si bien es necesario y correcto hablar de una actividad mediadora en el contrato de corretaje, de igual modo que es necesario considerar una actividad cambiaria en la letra de cambio o de una actividad arrendaticia en los contratos de arrendamiento, no por ello es posible hacer dos relaciones particularizadas e independientes. Siempre las figuras jurídicas tienen su trasunto en la realidad sociológica y es esta misma realidad la que es causa de tal configuración jurídica. Por tanto, cuando el autor (pág. 13) nos dice que si bien la mediación «puede ser descrita fenomenológica o sociológicamente como base del contrato, éste [el contrato de corretaje] debe ser configurado en el cuadro del Derecho». Tal diferenciación creemos que no está dentro de una línea segura. Como hizo notar muy bien Carraro (1), el simple hecho del desarrollo de la actividad del mediador, para la constitución de la relación y la conclusión del negocio, basta para que se dé lo que él llama «mediación típica», que no es ni más ni menos que el su-

(1) Cfr. CARRARO: *La mediazione*, Padova, 1952, pág. 5.

puesto considerado legalmente por el novísimo Código civil italiano. Por tanto, a nuestro juicio, la mediación no es más que el desenvolvimiento de la actividad contractual del corretaje y que no es conveniente ni posible deslindar y diferenciar conceptualmente por separado del contrato de corretaje. La complejidad de actos dentro de dicho contrato no implica ni aconseja un tratamiento particularizado e independiente. Si bien existe una «tipicidad social» y una «tipicidad normativa» o «jurisprudencial» —como acertadamente estima el autor (pág. 14) para estos momentos en que sólo la jurisprudencia se ha pronunciado calificativamente—, no por ello habremos de concluir dos esferas o posiciones independientes. Así los dos puntos de vista sobre el corretaje no implican dos figuras independientes. La concepción que la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo hace sobre el corretaje tampoco tiene rango general, ya que con nuestro maestro, el profesor De Castro (2) creemos que no es fuente del Derecho.

Al tratarse en el apartado tercero el problema del corretaje como contrato innominado o atípico (pág. 17) y en el apartado quinto, en torno a la naturaleza jurídica del mismo (pág. 29), el autor cree—frente a nuestro criterio ya expuesto (3)—que el Tribunal Supremo en las dos sentencias en donde pronunció su sentido (SS. 10 enero 1922 y 3 junio 1950) queda salvada la aparente contradicción que denunciábamos, y en que se incurrió al atribuirle una naturaleza consensual, si bien decía que era un contrato «*facio ut des*». A su juicio (pág. 17), ello es cierto si se permanece en una interpretación romanista del concepto de contrato innominado. Pero al tomar en cuenta la técnica jurídica moderna de contrato innominado y las observaciones de Benito y Gutiérrez y De Diego (pág. 18), así como de Sohm sobre la evolución de su concepto (pág. 19), cree que el Tribunal Supremo no se ha contradicho al mantener simultáneamente en sus fallos que el contrato de corretaje es innominado «*facio ut des*» y, sin embargo (consensual), perfeccionado por el mero consentimiento. A nuestro parecer, según expusimos ya (4), lo que hizo el Tribunal Supremo fué el recoger formulada esa tradición romanista y atribuírsela, al denominarlo como tal contrato «*facio ut des*», y, por otro lado, al desaparecer esa significación real que tenían los contratos innominados, darle una naturaleza consensual (su verdadero y actual sentido). La contradicción no es, pues, tan sólo aparente y queda salvada por ello como cree el autor (págs. 18 y 29), sino que el Tribunal Supremo, consciente o inconscientemente de la evolución sufrida en la naturaleza de contrato innominado, le sigue atribuyendo una nota característica de los llamados por Sohm contratos reales «*matos*» por el moderno y actual Derecho, en donde la nota específica es la entrega efectiva de la cosa u objeto del contrato. Característica que, por lo demás, al haber cambiado su estructura, no es posible ni conveniente atribuirle.

(2) Cfr. DE CASTRO y BRAVO: *¿La Ciencia libre del Derecho, es fuente primaria del Derecho?*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I-2 (1948), 565.

(3) Cfr. BONET CORREA: *El contrato de corretaje o mediación*. Sentencia de 3 de junio de 1950, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-4 (1951), 1617-1628.

(4) Nuestro trabajo *cit.*, pág. 1623.

En cuanto a la naturaleza jurídica del corretaje acertadamente opina que se trata de un contrato unilateral. Frente a la doble concepción constructiva de Enneccerus expone razones evidentes y convincentes (págs. 27 y 28) que compartimos plenamente.

Por lo que se refiere a la nota de condicionalidad del corretaje, el autor (pág. 31), con gran acierto, cree que más bien hay que hablar de una condicionalidad intrínseca del contrato y que, por tanto, no supone un contrato accesorio, dependiente del negocio que realicen el oferente y el tercero buscado por el mediador. En nuestra tesis mantenida anteriormente ya habíamos aclarado suficientemente (5) que jurídicamente el contrato de corretaje no es accesorio, pues tendría que haber una identidad de causa con el negocio principal que, en realidad, aquí no existe. A pesar de que cada contrato tiene identidad «per se»—como aclara el autor (pág. 31)—, no estamos de acuerdo con su opinión de que ambos contratos quedan jurídicamente independientes por la falta de identidad, y mucho más cuando después de haber afirmado esto añade que «sin perjuicio de que la obligación dimanante del primero (pago de la remuneración) dependa, condicionalmente, de la perfección del segundo». Es necesario insistir, según ya dijimos (6), en que el contrato de corretaje no es principal ni autónomo en un sentido económico, y ello es claro y patente al ser un contrato que no tiene una existencia por sí mismo; si llega a surgir es a consecuencia de haberse realizado el negocio principal antecedente, presupuesto y previsto como objeto del propio corretaje, sin el cual, ni aparecerá (al fracasar las gestiones), ni se obtendrá tan siquiera el premio o ganancia por el corredor. La interdependencia del contrato de corretaje (o sea, de las obligaciones surgidas entre el oferente y el corredor) con el negocio a realizar entre el oferente y el tercero, no sólo existe, sino que es el objeto mismo del contrato de corretaje. El contrato de corretaje nace para que puedan ponerse en contacto las partes y se concluya el otro negocio. El pago del premio, en último término, no es más que el reconocimiento del fin logrado por la mediación y nunca la «remuneración» conseguida por el trabajo que desarrolló el corredor. Las más de las veces, por la no conclusión del negocio propuesto, ese trabajo resulta ineficaz.

En materia de constitución y contenido del contrato de corretaje, la obra del profesor Martínez Val aporta dos epígrafes perfectamente desarrollados. En la sistematización de su estudio advierte (pág. 33) cómo hoy uno de los requisitos esenciales de la capacidad del corredor es la condición administrativa de estar incorporado a un Colegio oficial determinado para poder ejercer la correspondiente actividad de corretaje, según requieren los Decretos de 2 de febrero de 1942 para agentes comerciales y el de 6 de abril de 1951 para agentes de la propiedad inmobiliaria. También resalta entre los requisitos formales (pág. 34), la utilización de un impreso de modelo oficial que deben suscribir el oferente y el corredor «ad probationem» sin que tenga carácter constitutivo, ya que por su naturaleza consensual carece de todo requisito propiamente dicho.

(5) Nuestro trabajo cit., pág. 1622, n. 16.

(6) Nuestro trabajo cit., pág. 1622.

Al estudiar los derechos y obligaciones del oferente (pág. 35), se resalta que el oferente o mediado sólo tiene derecho a que la actividad del mediador sea desarrollada de buena fe, pero no a esa actividad. En consecuencia tampoco el mediador tiene ninguna facultad para exigirla. Ello es una razón más en el apoyo de nuestra tesis unilateral del corretaje, antes indicada. Igualmente viene confirmada esta tesis a propósito de los derechos y obligaciones del corredor, ya que él no viene obligado a iniciar su actividad mediadora, ni a proseguirla una vez iniciada. Como muy bien aclara el autor (pág. 44), el corredor promete la mediación: no se obliga a ella.

En el último apartado referente a la extinción del contrato, el autor (pág. 47) trata los problemas de la revocabilidad del contrato de corretaje, especialmente para el oferente, la renuncia temporal a la revocación, la denuncia del contrato por parte del corredor y las causas de extinción a consecuencia de la falta de personalidad o incapacidad del oferente y corredor y, finalmente, por extinción del objeto.

Con la primera obra de la colección «Economía y Comercio», el profesor Martínez Val realiza un estudio contributivo en una materia, como es el corretaje, que estaba necesitada de un mayor esclarecimiento y delineación con objeto de lograr, en un futuro próximo, su realidad legal. Reciba el autor por su trabajo nuestra más cordial enhorabuena.

José BONET CORREA

MOREJON CURIEL, Jorge: «Contratos Atípicos». Editorial Lex. La Habana, 1953; 147 págs.

Bajo la denominación de contratos atípicos, agrupa dos figuras jurídicas: la *compraventa a plazos* y la *emisión de bonos o pagarés hipotecarios*, que carecen de una regulación precisa en el derecho positivo cubano, pero, sin embargo, tienen una gran importancia práctica en la vida del país.

Divide la obra en tres partes: la primera y segunda tratan, de los dos contratos aludidos, y en tercer lugar, presenta una serie de formularios y un índice de legislación sobre la materia, junto con una recopilación de su doctrina y jurisprudencia.

Respecto a la *compraventa a plazos*, analiza los diversos nombres con que se conoce: «comercio a crédito», «pagos diferidos», «venta a términos», «pagos parciales», «pago con la renta», y «sistema de diez pagos», afirmando que debiera denominarse *compraventa condicional a plazos*, porque depende precisamente del abono de dichos plazos, la perfección de la misma.

Define este contrato, cuyo origen sitúa en Nueva York, al parecer, el sistema de venta ambulante, como aquél por el cual uno de los contratantes se obliga a entregar a otro un bien determinado, pagando por el mismo un precio en dinero o signo que le represente, con las demás condicio-

nes lícitas que se pacten en el contrato, y con el precio diferido y a pagar en varias porciones o plazos.

Encuentra múltiples ventajas en estas formas de compraventa, que ponen a disposición de personas con escasos recursos económicos, artículos de elevados precios, cuya adquisición no podría efectuar al contado, y considera, por tanto, justo el sobreprecio que la misma suele llevar, porque debe tenerse en cuenta los enormes gastos que el vendedor tiene en estos casos (publicidad, departamento legal, sección de cobros, etc.).

Al referirse a la «Emisión de Bonos Hipotecarios», distingue dos momentos; uno de ellos, que es preexistente la obligación y la hipoteca, los bonos se emiten como consecuencia de ambos hechos, y otro, en que la obligación se constituye, se lleva a cabo la hipoteca que la garantiza y se realiza la emisión y la suscripción. Todas las operaciones son simultáneas, y la hipoteca y la emisión son actos unilaterales del propietario.

Afirma que la emisión de bonos hipotecarios no tiene regulación específica en el Derecho cubano, cuyo origen procede de Norteamérica, pero considera que es admitido este tipo de contrato en el artículo 142 de la Ley Hipotecaria de Cuba (1), ya que en el mismo se permite la constitución de gravámenes de esa clase, para la seguridad de obligaciones futuras, determinando que surtirán efectos contra terceros desde su inscripción, si aquéllas llegan a contraerse.

La obra, aunque en general está dirigida más bien a los comerciantes dedicados a este tipo de ventas, por lo que abunda en consejos y detalles para la buena administración del negocio, consideramos que es de utilidad para el jurista práctico que le ayuda a conocer los diversos problemas que plantea esta figura jurídica, que tanta importancia y trascendencia va adquiriendo en tierras americanas.

José María CODINA CARREIRA

ORLANDO, Vittorio Emanuele: «*Problemi di Diritto matrimoniale nella più recente giurisprudenza e nei progetti di riforma*». Editorial Jovene. Napoli, 1955; un volumen de 351 págs.

Las doctrinas de secularización que dentro de los Estados europeos se mantienen en torno a las cuestiones matrimoniales, han llevado al planteamiento de una serie de problemas, especialmente de coexistencia y preponderancia, en los que los autores se debaten con fuertes polémicas para dilucidar la persistencia de las formas de esta primera célula social en la sociedad cristiana y católica.

Es el hijo del gran juriconsulto y administrativista Orlando, el abogado doctor Vittorio Emanuele Orlando, el que presenta ahora la publicación de esta obra donde se reúnen una serie de trabajos que con carácter mono-

(1) Este artículo es de idéntico texto que el de igual número de la siguiente Ley Hipotecaria Española.

gráfico y divulgador había ya dado a la prensa en varias revistas pertenecientes al foro romano.

La obra está concebida en dos partes: la primera, que recoge una serie de trabajos publicados a partir del año 1948 hasta la actualidad, y la segunda que transcribe una serie de sentencias de los Tribunales Italianos con los casos más sobresalientes en ciertos puntos de debate. Cierra estas dos partes un apéndice que expone la Convención de amistad y buena vecindad entre la República italiana y la de San Marino y varias modificaciones del articulado de las leyes sobre el estado civil del Código civil y del Código penal.

Entre las materias tratadas por el autor se destacan dos estudios que hacen referencia a matrimonios de italianos contraídos en Rumania. Otra de las cuestiones recogidas es la del matrimonio religioso católico celebrado en Italia por parte de personas adscritas a las fuerzas armadas de los Estados Unidos.

Otros tres interesantes estudios se refieren al matrimonio católico. Uno, dedicado a los matrimonios entre ciudadanos italianos celebrados en la Basílica Vaticana y la autoridad competente para pronunciar su nulidad; otro, que trata de las cuestiones de transcripción del matrimonio canónico, y, finalmente, el que se refiere a las enfermedades mentales y sus repercusiones en el derecho matrimonial concordatario.

Dos problemas de divorcio son expuestos: uno a propósito del divorcio pedido al juez italiano, y el otro que atañe a si es exigible en el territorio italiano la sentencia de un tribunal extranjero que había resuelto el vínculo surgido entre ciudadanos italianos de un matrimonio contraído por ellos en Italia ante un celebrante católico y en la forma establecida por el Concordato entre Italia y la Santa Sede y según las leyes de ejercicio del Concordato mismo.

Otra serie de materias y cuestiones son tratadas por el autor. Así, en torno a la conversión de ciudadanos italianos al Islam y la sentencia de disolución de matrimonios por repudio; el derecho de opción de la ciudadanía, previsto en el tratado de paz y sus repercusiones en el Derecho matrimonial; la presunción de muerte y los efectos civiles del segundo matrimonio declarado nulo; el traslado de domicilio a consecuencia de la anulación del matrimonio en San Marino.

La novedad de ciertos experimentos y realizaciones por la biología moderna le llevan a tratar cuestiones como la referente a la fecundación artificial de la mujer, según el pensamiento de los teólogos, moralistas y canonistas y su valoración práctica, según el ordenamiento jurídico italiano vigente.

Algunas otras materias específicas son tratadas por el autor. Destacamos las que se fijan en si la orden del presidente, declarada en la fase preliminar del procedimiento de separación entre los cónyuges y que contiene las provisiones alimentarias, constituye título válido para la inscripción de la hipoteca judicial. También se hace cargo el autor de la cuestión de si la declaración omitida acerca del estado real no virginitad constituye motivo de separación personal. Por último, Orlando ofre-

ce una reseña de la materia correspondiente a las donaciones entre cónyuges, especialmente a las joyas que el marido dona a la mujer en consideración al matrimonio.

José BONET CORREA

RAFELS PERSIVA, Julio: «Régimen jurídico y fiscal de la compraventa», Introducción-estudio por el doctor Antonio de P. Escura, Barcelona, 1955; 372 páginas.

El libro que reseñamos se sale de los moldes usuales, y quiere iniciar un nuevo estilo. Hay obras jurídicas que aportan algo nuevo, decisivo o no, a la dogmática de la institución tratada: otros se hacen notar por el enfoque original de los problemas o por su sistemática. El presente, ni añade nada nuevo a la dogmática de la compraventa, ni descubre aspectos inéditos en ella; y, sin embargo, no puede decirse que su publicación sea del todo inútil.

Veamos su contenido: Casi medio centenar de páginas dedica a la exposición sistemática de la compraventa, ocupándose de su teoría general, de la compraventa civil, de la mercantil, de la compraventa a plazos y de las compraventas marítimas; el aparato doctrinal es escaso, limitándose el autor a la exposición sistematizada del derecho positivo; algunas opiniones nos parecen harto discutibles como la caracterización de la compraventa a plazos como contrato de adhesión, lo cual no siempre es verdad. El conjunto, sin embargo, es aceptable, sobre todo si se tiene en cuenta su finalidad introductoria.

El cuerpo principal de la obra está constituido por la inserción del régimen jurídico de la compraventa, en la totalidad de sus aspectos: civil, mercantil, procesal, administrativo, fiscal. He aquí el contenido de los diferentes apartados: Cap. I, Legislación aplicable a toda clase de compraventa; cap. II, Legislación aplicable a la compraventa mercantil; cap. III, Legislación relacionada con toda clase de contratos de compraventa; capítulo IV, Disposiciones generales sobre obligaciones y contratos que afectan también a la compraventa; cap. V, Ley de Enjuiciamiento civil; cap. VI, Legislación relacionada con las compraventas mercantiles y comercio marítimo; cap. VII, Compraventa de inmuebles; cap. VIII, Derecho Foral y especial por razón del lugar en la compraventa; cap. IX, Disposiciones especiales sobre determinadas compraventas por razón del objeto; cap. X, Impuesto de derechos reales, y cap. XI, Otros impuestos.

Creemos que el autor ha conseguido reunir en el volumen la casi totalidad de las normas jurídicas que en nuestro Derecho regulan el contrato de compraventa, desde las de superior rango, hasta las simples órdenes ministeriales, no desdendiendo ni el Derecho marroquí, ni el foral, ni mucho menos el fiscal. En tal sentido, su labor puede calificarse de exhaustiva. Nosotros introduciríamos en una nueva edición algunas modificaciones en la sistemática y suprimiríamos algún apartado que sólo dice relación lejana con el contrato de compraventa.

Obra preferentemente práctica, de gran utilidad y excelentemente presentada por la casa editorial. Los índices finales están cuidadosamente confeccionados.

Gabriel GARCÍA CANTERO

RUIZ VADILLO, Enrique: «Extracto de las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo» (de los años 1940 a 1952). Prólogo del Excmo. señor don Manuel DE LA PLAZA, Madrid, 1955, 263 págs.

No es empresa baladí ni intrascendente la que ha acometido el señor Ruiz Vadillo. Abogado Fiscal de la Audiencia de Bilbao, extractando las Memorias de la Fiscalía del T. S. desde 1940 a 1952 (última de las publicadas) y que corresponden a los Excmos. señores Pérez González, García del Valle y De la Plaza. Se lo agradecerán profundamente los Fiscales, Magistrados y Jueces y, en último término, todos los juristas, pues todos tenían que vencer grandes dificultades al tratar de consultar alguna de dichas Memorias, dada la absoluta falta de indicaciones o índices para encontrar lo que se buscaba.

Con el presente «Extracto» Ruiz Vadillo ha puesto remedio a esto, pues de cada Memoria nos ofrece un cuidado resumen de las materias que pueden tener interés general, con indicación del lugar, completando su meritoria labor con unos utilísimos índices: sistemático y alfabético por materias, y cronológico de las Circulares y Consultas.

Cierto que esta obra no nos ahorrará la consulta directa de la Memoria respectiva, pero, aparte no ser tal el propósito del autor, supone un eficaz auxiliar del jurista, poniendo a su alcance la interesante doctrina que suele contenerse en tales Memorias. Doctrina que no es exclusivamente penal o procesal —como «prima facie» pudiera parecer—; quién nunca se asomó a las páginas de una Memoria Fiscal quedaría sin duda sorprendido viendo el número de consultas que versa sobre Derecho Privado; es que la intervención del Ministerio Fiscal en asuntos civiles —con demasiada frecuencia desconocida o menospreciada— es, si no la más importante de sus funciones, sí una de las más delicadas. Y aunque —como dice el ilustre prologuista— la doctrina de la Fiscalía del Supremo está muy lejos de tener el rango que es debido a la que emana del Alto Organismo judicial, no debe olvidarse su efectiva trascendencia práctica.

Agradecemos a la experta mano del autor habernos ofrecido un valioso auxiliar del trabajo diario.

Gabriel GARCÍA CANTERO

REVISTA DE REVISTAS (*)

A cargo de José María DEBANTES GUANTER y Carlos MELÓN INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

ALFONSÍN, Quintín: *Sobre la inadaptación de los diversos derechos privados nacionales aplicables a la relación jurídica extranacional.*—L. 7 junio 1955; págs. 1-4.

A pesar de los remedios que un esfuerzo doctrinal ha propuesto no se consiguen adaptar las relaciones jurídicas nacionales y extranacionales, por lo que sería mejor que estas últimas, en lugar de regularse por el Derecho privado de tal o cual Estado, se rigiesen por un Derecho privado extranacional.

BONET CORREA, José: *La producción de la doctrina civilista alemana durante el último decenio (1945-1955).*—R. D. N. Núm. 8. Abril-junio 1955; páginas 437-454.

Completa información bibliográfica referente al último decenio en Alemania, referida al Derecho civil, con indicación de las nuevas tendencias.

BONET MUXI, Manuel: *San Raimundo de Peñafort, perfecto cristiano.*—R. J. C. Año LIV, vol. LXXII, núm. 3, mayo-junio 1955; págs. 234-242.

Reproducción del sermón del autor en la festividad religiosa para honrar al Ilustre Patrón del Colegio de Abogados de Barcelona.

BONET RAMÓN, Francisco: *Derecho Público y Derecho Privado.*—R. D. P., julio-agosto 1955; págs. 631-654.

Con una amplísima nota bibliográfica, el profesor Bonet nos ofrece una visión de conjunto en torno a la siempre debatida cuestión de la distinción del Derecho en público y privado. Comienza refiriéndose a la historia de la distinción para aludir después a su sentido actual. Señala los criterios aducidos para la distinción, la posición de nuestra jurisprudencia, y termina indicando el concepto y divisiones de cada uno de los Derechos: el público y el privado.

BOYES, Louis: *El Instituto de Derecho Comparado de los Países Latinos.*—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954; págs. 217-220.

Notas sobre la actividad, organización y publicación de este Centro creado en Toulouse en 1923.

(*) Vid. la clave de abreviaturas en el Anuario VIII, I, págs. 231-232.

BROCHER, E.: *L'unification interne du droit privé*.—R. T. C., tomo VII, 1954; páginas 577-581.

Resumen del coloquio celebrado en la Facultad de Derecho de París por el Centre National de la Recherche Scientifique en octubre de 1953.

CABRERA, José María: *La semana de Derecho comparado de Munich*.—R. D. M., número 56, abril-Junio 1955; págs. 341-345.

Reseña de los coloquios de estas semanas, celebrados en julio de 1954, en los que se acordó celebrar en 1956 un Congreso en el Instituto de Derecho Comparado de Barcelona.

CASIELLO, Juan: *Las normas programáticas de nuestra Constitución nacional y la Jurisprudencia de la Suprema Corte*.—L., 4 junio 1955; págs. 1-3.

Alcance que la Jurisprudencia argentina, sentada por su más Alto Tribunal, concede a las diferentes normas jurídicas de la Constitución según su naturaleza.

COPETE LIZARRALDE, ALBERTO: *La promulgación de la ley en el Derecho Colombiano*.—R. C. M., núm. 437, junio 1955; págs. 71-75.

Aclara la diferencia que en la doctrina existe entre promulgación y entrada en vigor, y aplica estas ideas al Derecho positivo colombiano.

COSSIO, Carlos: *Verdad del ente y verdad de la conducta*.—R. F. D. B. A., año IX, núm. 41, noviembre-diciembre 1954; págs. 1367-1380.

Referida al ente, la falta de verdad es falsedad; referida a la conducta (y por tanto, en el campo pleno del Derecho), cabe una decisión del arbitrio cuando ni la verdad ni la falsedad pueden afirmarse. Así ocurre, por ejemplo, con la máxima *in dubio pro reo*.

COUTURE, Eduardo J.: *De la lógica jurídica recreativa o el arte de discutir inútilmente*.—B. C. A., mayo-junio 1955; págs. 419-423.

Casos de jurisprudencia en broma, con un análisis de la falta de lógica a que induce su planteamiento.

DEKKERS, René: *El Código de Napoleón a los ciento cincuenta años*.—R. D. P., mayo 1955; págs. 443-449.

Después de referirse a lo que supuso el *Code* cuando se promulgó (en el fondo y en la forma), alude a las modificaciones que ha sufrido en la Jurisprudencia y en la Legislación. Considera al *Code* como uno de los pilares de nuestra cultura y estima que, más que su derogación total, convendría una revisión del mismo en que lo individual dejase sitio a lo social.

DOMINEDO, FRANCESCO MARÍA: *Gulla crisi della legalità*.—R. D. C., año LIII, números 1-2, enero-febrero 1955, parte 1.º; págs. 1-5.

Cuando se habla de crisis de la legalidad lamentando el defecto de técnica jurídica de las leyes o su descrédito, no se hace sino contemplar parcialmente el problema general de la crisis de Derecho por su inadaptación a la vida.

ESTRELLA, ARTURO: *La transformación de la hermenéutica. El caso de la interpretación restrictiva*.—R. C. P., vol. XV, núm. 2, febrero 1955; páginas 125-142.

Más allá de la dogmática de los aforismos existe una técnica racional para la interpretación de la ley. El *odiosa restringenda* debe ceder ante una búsqueda lógica, sistemática, teleológica e histórica del sentido legal.

GARCÍA GALLO, ALFONSO: *El Derecho común ante el Nuevo Mundo*.—R. E. P., número 8, marzo-abril 1955; págs. 133-152.

Desarrollo del Derecho común en España; planteamiento jurídico en base a él del descubrimiento de América; trasplante del Derecho de Castilla al Nuevo Mundo; inadecuación del Derecho de Castilla a las nuevas realidades; nuevas regulaciones a base del Derecho común; crítica de las mismas; revisión de sus principios a la luz del Derecho natural realizada por los mismos juristas españoles; revisión que resultó del sistema jurídico vigente al plantearlo en un plano universal.

GARRIDO FALLA, FERNANDO: *La llamada doctrina del silencio administrativo*. R. A. P., año VI, núm. 16, enero-abril 1955; págs. 85-115.

Comienza el trabajo con unas consideraciones previas, para referirse después a la naturaleza del silencio administrativo y a su problemática.

GRUSSO, LORENZO: *El sentido de la ciencia nueva y el Derecho Romano en J. B. Vico*.—R. E. P., núm. 81, mayo-junio 1955; págs. 133-147.

Para Vico, el Derecho Romano es un órgano de relevación natural, surge de la relevación de la verdad eterna. Sus principios presuponen una idea metafísica del hombre y su destino: la imagen del ciudadano de las repúblicas conforme al Bien. Debe servir como punto de partida de la «Ciencia Nueva» en cuanto ésta, desde el principio al fin, es una indagación de homologías y uniformidades que atestigüe la inmutabilidad del gobierno divino del mundo.

GRAVEN, JEAN: *La concepción latina del Derecho y su vocación actual*.—B. C. A., mayo-junio 1955; págs. 403-417.

Desarrollo doctrinal de los fines y propósitos de la Federación Internacional Latina de Juristas y Abogados creada en la Asamblea de París de 29 de julio de 1954.

HERNÁNDEZ-GIL, Antonio: *Transformación y permanencia del Derecho civil.*—R. F. C., año III, núm. 8, septiembre-diciembre 1954; págs 5-22.

Se trata del discurso de apertura de los Tribunales del año judicial 1954-55. Después de indicar que hoy el Derecho se transforma continuamente en todos los sentidos y de referirse a cómo se manifiesta esa transformación en la persona, la familia, la propiedad, el contrato y el «Derecho social», indica que la permanencia del Derecho civil, lo que no cambia, estriba en que éste debe referirse a instituciones permanentes: persona, familia y patrimonio.

IGLESIAS, Juan: *El Derecho Romano y nuestro tiempo.*—R. D. P., mayo 1955; págs. 450-453.

En la hora actual en que el hombre, desorientado, rinde culto a las «originalidades» y «ocurrencias» sin base y sin contenido, es preciso volver a lo eterno e inmutable, a la justicia. Para ello el Derecho romano, como «sentimiento jurídico», es auxiliar inapreciable.

LEVENE, Ricardo: *La tesis de Manuel J. Quiroga Rosas sobre la naturaleza filosófica del Derecho, publicada en 1837.*—R. F. D. B. A., año IX, número 41, noviembre-diciembre 1954; págs. 1545-1555.

Historia de la enseñanza de la Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires y huella que dejó en esta rama del Derecho el jurista argentino Quiroga Rosas.

PRAT BALLESTER, Jorge: *El Colegio de Europa.*—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954; págs. 221-223.

Notas sobre la actividad y fines del organismo, creado en Brujas en 1950. Tiene una rama dedicada al Derecho Internacional Comparado y Constitucional.

RODRÍGUEZ RAMOS, Manuel: *Reexamen del precedente judicial en Puerto Rico.*—R. C. P., vol XV, núm. 1, noviembre 1954; págs. 7-22.

Sostiene que en Puerto Rico, al contrario de lo que sucede en el sistema del Derecho común, el Derecho emana de la ley, y la actividad judicial se aplica a su interpretación.

SALINAS QUIJADA, Francisco: *El Código civil general y el Derecho civil de Navarra en sus diferencias fundamentales.*—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954.

Indicación orientadora de las diferencias que el Derecho navarro tiene con el Código civil español, tal como aparecen en la Memoria de Morales, en el Apéndice de la Comisión, en el Apéndice de Aizpún-Arvizu, en el Apéndice del Colegio Notarial y en los dos de la Diputación (1944 y 1945).

SÁNCHEZ FONTANS, JOSÉ: *Reseña de Legislación, Jurisprudencia y Bibliografía uruguayas en 1954*.—R. D. P., julio-agosto 1955; págs. 728-737.

Información sobre la actividad jurídica, legislativa, jurisprudencial y bibliográfica ocurrida en Uruguay en 1954.

SHABTAI ROSENNE: *La legislación israelí*.—L., 7 mayo 1955; págs. 1-5.

Informe sobre la actividad jurídica del Estado de Israel durante los seis años de su independencia.

SOLÁ CAÑIZARES, F. DE: *Crónica de Derecho Comparado 1954*.—R. D. P., julio-agosto 1955; págs. 721-727.

Reseña informativa referente al Derecho comparado en 1954: Bibliografía, Centros especializados, Reuniones.

VASSEUR, Michel: *Urgence et Droit civil*.—R. T. D. C., año LII, 1954; páginas 405-437.

La urgencia en Derecho civil tiene un lugar institucional innegable y una sistemática adecuada, como demuestra el autor para el Derecho francés. Es cierto que su función se realiza con más frecuencia en Derecho administrativo. Pero, en esencia, la noción y los elementos son los mismos en Derecho público y en Derecho privado.

XIMÉNEZ DE EMBÚN, FRANCISCO: *La necesaria revisión del Código civil*.—R. J. C., año LIV, vol. LXXII, núm. 4, julio-agosto 1954; págs 321-322.

Se insiste en la necesaria revisión de nuestro Código civil y en la necesidad de que en el futuro Código general se mantengan las instituciones forales realmente «populares».

2. Derecho de la persona

RUBINET, Jacques: *La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations*.—R. T. D. C., año 53, núm. 2, abril-junio 1955; págs. 213-237.

Para proteger al Estado de la presión de las asociaciones es necesario fijar los límites de su acción. Esta necesidad es mayor cuando las asociaciones representan grupos de intereses, cuya constitución y reconocimiento deben también atraer la atención del Estado.

BLOCH RODRÍGUEZ, JOSÉ MARÍA: *El derecho a la última asistencia religiosa*.—R. G. L. J., tomo XXX (198), núm. 5, mayo 1955; págs 537-567.

Afirmada la existencia y realidad de los derechos individuales y considerado el derecho a la última asistencia religiosa como «el que tiene todo ser humano de recibir los auxilios espirituales en su última hora con arreglo a la reli-

gión que de buena fe profesa o (igualmente de buena fe) manifiesta en aquellos momentos querer profesar», el autor ofrece el estudio laico o profano del mismo. Historia. Filosofía. Derecho civil: derecho de la personalidad, supuestos de ejercicio y maneras de prestar el auxilio religioso. El autor propugna una regulación legislativa del Derecho estudiado.

BLOCH RODRÍGUEZ, José María: *El suicidio en el Derecho Privado.*—R. F. C., año III, núm. 8, septiembre-diciembre 1954, págs. 23-55.

Examen de los posibles efectos que el suicidio puede tener en el Derecho Privado. Comienza refiriéndose a distintos supuestos de suicidio, para indicar después sus consecuencias en relación con distintas instituciones. Alude, además, a las consecuencias civiles del suicidio frustrado y a problemas procesales.

COLLIGNON, Theo: *La eutanasia y la defensa social.*—B. C. A., marzo-abril 1955; págs. 212-250.

Estudio a base de casos históricos de la eutanasia, condenada como crimen de dos personas.

CURIEL LÓPEZ, Cándido: *Eficacia del índice en los libros del Registro Civil.*—B. I., año IX, núm. 314, 15 septiembre 1955; págs. 3-6.

Consideraciones sobre el valor y significación que tienen los índices del Registro civil.

HELD, O.: *Deutsches Vermögen amerikanischer Minderjähriger.*—M. D. R., año IX, cuaderno 3, marzo 1955; págs. 149-150.

Se examina el problema de Derecho internacional privado relativo a la facultad de disposición sobre «patrimonio alemán» perteneciente a menores americanos.

PENSADO TOMÉ, Antonio: *Contra una interpretación del artículo 53 de la Ley del Registro Civil.*—B. I., año IX, núm. 302, 15 mayo 1955; págs. 3-16.

Cree que la efectividad de este artículo, al relacionarlo con el número 30 del Código civil, sólo debe ponerse en juego cuando el recién nacido vive más de veinticuatro horas y dentro del plazo que la ley de Registro civil señala para la inscripción del nacimiento. Dada esta precaria función del artículo 53 debe suprimirse en la nueva redacción de la ley.

PERÉ RALUY, José: *El régimen legal del nombre de pila.*—R. G. D., año XI, núm. 129, junio 1955; págs. 371-383.

Estudio muy completo sobre el régimen jurídico del «nombre de pila» en nuestro Derecho. Comienza con el concepto y características. Alude luego a las fuentes legales, vocablos utilizables, elementos, imposición, cambio, recti-

ficación del Registro, discordancia con la partida de bautismo. Termina con el Derecho internacional privado y con el Derecho transitorio.

PORTAS, Néstor: *Cambio del prenombre del adoptando a petición de los adoptantes.*—L., 14 julio 1955; págs. 1-2.

El principio de inmutabilidad del nombre ha de entenderse con mayor o menor rigor según que se trate de menores cuya actividad haya trascendido a esferas sociales o menores de corta edad y según hayan sido o no reconocidos por sus padres naturales.

VILLANUEVA ARIAS, Francisco: *Registro civil y Registro eclesiástico.*—B. I., año IX, núm. 306, 25 julio 1955; págs. 3-13.

La desconexión existente actualmente entre el registro parroquial y el civil origina conflictos y dificultades para los que el autor señala remedios que no perjudican a ninguno de ellos y simplificarían su respectivo funcionamiento.

3. Derechos reales

ASQUINI, Alberto: *Volgarizzazione e pseudovolgarizzazione del marchio.*—R. D. C., año LIII, núms. 1-2, enero-febrero 1955, parte 2.^a; págs. 43-60.

La divulgación objetiva de una marca es causa de su decadencia sin necesidad de que exista abandono de parte del titular. Pero no hay que confundir este caso con el de generalización de una marca hasta llegar a ser genérico de un producto.

BIANCHI VALENZUELA, Humberto: *La expropiación por causa de utilidad pública y su procedimiento.*—R. D. C. H., año XXII, núm. 89, julio-septiembre 1954; págs. 259-274.

Presupuestos legales chilenos de la expropiación y trámites de su procedimiento en relación con los principios constitucionales.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco: *Las recuperaciones administrativas de los bienes de Corporaciones locales.*—R. A. P., año VII, núm. 16, enero-abril 1955; págs. 117-135.

Estudio del artículo 404 de la Ley de Régimen Local, considerando el autor que la facultad de recuperación de «los bienes de su pertenencia» a favor de las corporaciones locales es una institución paralela de interdicto de recobrar la posesión.

DACHARRI, Julio Alberto: *Supuestos en que se aplica la prescripción del artículo 44 de la Ley de Marcas.*—L., 31 mayo 1955; págs. 1-3.

La prescripción de breve plazo regulada en esta norma es oponible por el que usa un nombre comercial contra quien acciona en defensa de su propio nom-

bre comercial o de una enseña, aun cuando haya sido perjudicado por este doble uso.

DÍAZ-CANEJA, José D.: *Bienes municipales*.—R. E. V. L., año XIV, mayo-junio 1955, núm. 81; págs. 430-439.

La Ley de Régimen Local hace una clasificación más minuciosa y clara que el Código civil de los bienes municipales, según sean de dominio público—uso o servicios públicos—o bienes patrimoniales. No obstante, aún no resulta lo suficientemente exhaustiva y clara.

GÓMEZ-ACEBO, F.: *La hipoteca de establecimientos mercantiles*.—R. D. M., núm. 55, enero-marzo 1955; págs. 123-176.

Estudio exegético del título II, capítulo II de la ley de 10 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria.

GONZÁLEZ-PÉREZ, Jesús: *La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de Expropiación forzosa*.—R. C. D. I., núms. 324-325, mayo-junio 1955; págs. 257-288.

Ni conceptual ni jurídicamente hubiera sido necesario colocar junto al concepto de *necesidad pública* el de *interés social*, sobre todo si se hubiese mantenido el anterior concepto amplio de *utilidad pública*. Tan sólo existe una causa que exige un tipo de expropiación especial por su procedimiento: la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad. Las especialidades consisten en garantizar los derechos de los propietarios y en el señalamiento del justo precio, según los casos y atendiendo al motivo por el que la función social se incumple.

MANKIEWICZ, H.: *La licence obligatoire en matière de brevets d'invention*.—R. T. C., VIII, 1955; págs. 1-29.

La legislación francesa ha introducido una licencia de explotación de las patentes que durante tres años no se ponen en práctica. El trabajo se refiere a algunos problemas de interpretación de esta legislación.

PELLISE PRATS, Buenaventura: *Bibliografía española sobre propiedad industrial*.—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954; págs. 423-458.

Se indican las obras de carácter general, los estudios sobre propiedad industrial contenidos en tratados de otras materias, los estudios especiales sobre temas de propiedad industrial, las conferencias y artículos de revistas y enciclopedias y, por último, un compendio de Legislación y Jurisprudencia.

R. VALCARCE, FRANCISCO: *División judicial de cosa común*.—R. P., año XI, número 2, abril-junio 1955; págs. 261 y ss.

Estudio de los problemas procesales que plantea la división de cosa común, realizada judicialmente. Se refiere a los problemas de ejecución de sentencia.

a los artículos 403 y 4083 del C. c. y termina insertando los textos de algunos Códigos extranjeros en relación con la división de la copropiedad.

SÁNCHEZ PÉREZ, JUAN B.: *Propiedad industrial*.—R. D. N., núm. 8, abril-junio 1955; págs. 117-149.

Después de una introducción estudia las patentes, marcas, modelos y dibujos, nombres y rótulos, películas, etc. Alude a la nulidad y caducidad de derechos, recursos y normas procesales. Termina refiriéndose a las transferencias de dominio y a las hipotecas.

SOUSA PEREIRA, Antonio José de: *Benfeitorias nos bens doados*.—R. D. E. S., año VIII, núm. 2, abril-junio 1955.

Exégesis de los diferentes términos de la norma del artículo 2.107 del Código civil portugués que ordena que las mejoras hechas por el donatario, y exclusivamente por éste, en los bienes donados, deben calcularse, para no colacionarlas, según el valor que tengan en el momento en que se verifica la apertura de la herencia.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: *Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*.—R. D. N., núm. 8, abril-junio 1955; págs. 31-115.

Completa visión de conjunto, con alusión a problemas y aspectos concretos, de la nueva Ley de Hipoteca Mobiliaria: posición de la Ley ante el problema de las garantías mobiliarias, cuestiones dogmáticas, hipoteca de establecimiento mercantil, reipersecutoriedad, prelación, constitución de las garantías. Termina con una crítica general de la Ley. En todo momento se ofrece interesante y puntual información.

4. Obligaciones y contratos

ALLA FAZOS, Mateo: *En torno al artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos*.—B. I., año IX, núm. 308, 15 julio 1955; págs. 3-5.

Entiende el autor que la frase «sin necesidad de acudir a juicio» carece de sentido en el artículo 133 de la L. A. U.

ARUMI DELGAR, JUAN: *Necesidad de excluir del ámbito de la legislación especial arrendaticia determinados arrendamientos de locales de negocio*.—R. J. C., año LIV, vol. LXXII, núm. 3, mayo-junio 1955; págs. 243-247.

El autor propugna que sean considerados como arrendamientos de industria y, por tanto, sometidos a la legislación común los arrendamientos comprendidos en el artículo 5.º de la Ley vigente (Base 1.ª, núm. 5 del Proyecto de Reforma).

AURICCHIO, Alberto: *L'art. 1.399 Cod. civ. e il recesso del terzo.*—R. D. C., año LIII, núms. 1-2, enero-febrero 1955, parte 2.ª; págs. 37-42.

Cree contraria al texto del Código la solución según la cual el tercer contratante con un *falsus procurator* puede unilateralmente rescindir el contrato, si actuó de buena fe.

BARRIGA ESCOBAR, Manuel: *Efectos y prueba de la simulación.*—R. C. M., número 437, junio 1955; págs. 85-93.

Concepto y clases de la simulación en el negocio jurídico, prueba de la misma y requisitos para que se pueda promover la acción de simulación.

BAUDOIN, Louis: *«Contributory negligence» y concurrencia de culpas en la jurisprudencia del Estado de Quebec.*—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954; págs. 7-24.

El Derecho del Estado de Quebec es hoy una mezcla de Derecho francés, inglés e indígena. Es un país de Derecho codificado, pero de organización judicial análoga a la inglesa, en la que se concede gran valor al «precedente». Una de las instituciones en que mejor se manifiesta esta fusión de tendencias es en la responsabilidad delictual. Después de haberse adoptado el principio inglés de la «contributory negligence» fué éste rechazado para seguir el principio francés de la «faute commune».

Se estudia históricamente este cambio y el efecto que en la cuantía de la indemnización tuvo la adopción del principio francés.

BELTRÁN FUSTERO, Luis: *Oración de un propietario ante el drama de los arrendamientos urbanos.*—R. F. C., año III, núm. 8, septiembre-diciembre 1954; págs. 57-68.

En forma de oración se indican las «calamidades» a que en ciertos casos puede llegar el propietario de una finca urbana ante la Legislación vigente.

BORRAJO DACRUZ, Efrén: *La imputación del pago (Estudio histórico crítico).*—R. D. N., núm. 8, abril-junio 1955; págs. 151-291.

Después de indicar el concepto y los presupuestos de la imputación del pago, estudia exegéticamente la cuestión en el Derecho romano, en el Derecho europeo intermedio, en el Derecho español y en el Derecho extranjero. Considera la imputación no como una forma especial de pago, sino como un caso especial de éste que afecta a la determinación de la causa *solvendi*.

CASES, Antonio: *La reforma de los arbitrajes y la jurisdicción consular.*—R. J. C., año LIV, vol. LXXII, núm. 4, julio-agosto 1955; págs. 315-326.

El autor comenta no existan en la nueva Ley de Arbitrajes normas sobre arbitrajes marítimos, y critica ciertas deficiencias de la misma que no existían en las jurisdicciones consulares.

CERRILLO QUÍLEZ, F.: *La revisión de rentas de fincas rústicas*.—R. D. P., junio 1955; págs. 533-548.

Considerada la revisión como la facultad concedida por la ley al arrendador o arrendatario, en ciertos casos, de acudir al órgano jurisdiccional en demanda de que se fije la renta justa para el futuro, el autor alude a la naturaleza, fundamento, antecedentes, régimen y renuncia a la revisión. Consideración específica en la aparcería.

DEPREZ, Jean: *La lésion dans les contrats aléatoires*.—R. T. D. C., año LIII, número 1, enero-marzo 1955; págs. 1-38.

Según la opinión tradicional, la lesión en los contratos aleatorios carece de protección porque no está sancionada. El autor comienza por discutir los fundamentos doctrinales de esta regla para deducir que no existen y, en consecuencia, los contratos aleatorios están protegidos por la intersección de dos tipos de sanción: la rescisión por lesión, complementada por la nulidad del contrato, cuando el elemento aleatorio es ficticio.

DEVEALI, Gabriela: *La reglamentación de la Ley sobre convenciones colectivas*. R. F. D. B. A., año IX, núm. 41, noviembre-diciembre 1954; páginas 1500-1504.

Con arreglo al Decreto argentino de 26 de abril de 1954 que publica el reglamento de las convenciones colectivas de trabajo, se estudian los elementos subjetivos del contrato, el ámbito de la ley, la homologación del contrato y el establecimiento de Comités paritarios.

DRAKIDIS, Philippe: *Des effets a l'égard des tiers de la renonciation a la compensation acquise*.—R. T. D. C., año LIII, núm. 2, abril-junio 1955; páginas 238-253.

La compensación debe tener efectos extintivos con respecto a quienes lesionan la supervivencia de la obligación que extingue. En consecuencia, cuando el deudor renuncia a la compensación se extinguirán determinadas obligaciones conexas con la que debió compensarse, como la del fiador o la del codeudor solidario. Esto resulta de un estudio comparativo del Derecho francés y egipcio.

EISSER, Georg: *Desarrollo y extensión del concepto de riesgo en la compra-venta según el Derecho alemán*.—R. D. P., junio 1955; págs. 520-532.

Delimitación inicial entre los conceptos *periculum rei*, *periculum obligationis* y riesgo de la prestación. A continuación divide el estudio en tres apartados: I. Momento de transmisión del riesgo (entrega de la cosa, 446 B. G. B.). II. Acontecimientos en que cristaliza el riesgo (carácter exemplificativo del 446 B. G. B.: pérdida y menoscabo fortuitos). III. Carácter del § 446 en el sistema general del Derecho alemán.

EWALD, DR.: *Abzahlungsverkranfe.*—M. D. R., año IX, cuaderno 2, febrero 1955; págs. 69-72.

Consideraciones sobre la venta a plazos en relación con los negocios de financiamiento y sobre la posición de los institutos de financiamiento. Se fija el autor en jurisprudencia alemana reciente.

FENECH, Miguel, y HEBRAUD, P.: *El arbitraje.*—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954; págs. 178-204.

Reproducción de los Informes de Fenech (178-191) y de Hebraud (192-204) en las Jornadas Franco-Españolas de Derecho comparado, celebradas en mayo de 1954, en Toulouse.

FERNÁNDEZ TRUEBA, Manuel, y VICO, José Antonio: *Arrendamientos urbanos y préstamos a inquilinos.*—B. C. A., marzo-abril 1955; págs. 198-204.

Relación entre el Proyecto de ley de arrendamientos urbanos y la legislación sobre préstamos a inquilinos. Problemas que plantea la Base VI y su resolución.

FLESSA, Richard: *Aliudlieferung.*—M. D. R., año IX, cuaderno 3, marzo 1955; págs. 138-140.

No entregándose exactamente la cosa pactada en la compraventa por tener éstas alteradas en algo sus condiciones, podemos estar ante entrega de «cosa viciada» o ante entrega «otra cosa» (Aliudlieferung), distinta a la pactada. El autor considera uno y otro supuesto en base a B. G. B. y al H. G. B.

FRIEDRICH, Paul: *Preisbehördliche Verwaltungsakte und Gerichtsentscheidungen bei der Heranführung von Mieten an den objektiven Nutzungswert.*—M. D. R., año IX, cuaderno 3, marzo 1955; págs 134-136.

En base a la jurisprudencia y a decisiones administrativas, el autor nos dice lo que ha de entenderse por «valor objetivo del disfrute» en los arrendamientos de uso como presupuesto de la adaptación de la renta a este valor.

FUENTES LOJO, Juan V.: *Régimen jurídico de las viviendas bonificables o para la clase media.*—F. G., año XIII, núm. 98; págs. 81-118.

Exposición sistematizada de la compleja legislación vigente sobre este tipo de viviendas.

FUENTES LOJO, Juan V.: *Arbitrios municipales repercutibles sobre los arrendatarios.*—R. D. P., julio-agosto 1955; págs. 655-659.

Consideraciones de tipo práctico sobre el particular.

F. VILLAVICENCIO, FRANCISCO, y MARTY, Gabriel: *La causalidad en la responsabilidad civil*.—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954; págs. 142-160.

Informes de F. Villavicencio (págs. 142-149) y de Marty (150-160) presentados en las Jornadas Franco-Españolas de Derecho Comparado, celebradas en Toulouse en mayo de 1954.

GEBHARDT, Alfred: *Der Rechtsweg für Rechtsstreitigkeiten aus der Fussball-Wette*.—M. D. R., año IX, cuaderno 3, marzo 1955; págs. 151-153.

Algunas compañías alemanas dedicadas a apuestas sobre fútbol (= nuestras quinielas) han excluido la jurisdicción ordinaria para resolver los litigios entre la compañía y los apostantes. El autor insiste en que tales litigios son «civiles» y que, por tanto, conforme a la Ley de Organización de Tribunales alemana, corresponde su conocimiento a los Tribunales ordinarios.

GUIHO, Pierre: *Les actes de disposition sur la chose d'autrui*.—R. T. D. C., año LII, 1954; págs. 1-37.

A pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia por remediar la nulidad de los actos jurídicos en que se dispone de una cosa de otro (ventas, legados, hipotecas), es difícil escapar al tenor del derecho positivo. Un estudio doctrinal y comparativo de la cuestión aconseja, ante la reforma del Código civil francés, ocuparse de remediar la tensión que esta situación supone.

MAJELLO, Ugo: *Sulla responsabilità per inadempimento di una prestazione infungibile*.—R. D. C., año LIII, núms. 1-2, enero-febrero 1955, parte 2.ª; págs. 21-36.

Es responsable el artista que no presta su actuación; pero no lo es cuando, poniendo toda su diligencia, por circunstancias ajenas a su voluntad no alcanza en la ejecución de su obra la perfección acostumbrada.

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *El traspaso de locales de comercio*.—R. D. P., junio 1955; págs. 549-578.

Estudio casuista y doctrinal del traspaso de locales de negocio, precedido de unas consideraciones generales sobre el arrendamiento urbano y su crisis y seguido de una selección de jurisprudencia sobre el particular.

MONTEILHET, Paul: *Le chef d'entreprise face au droit de père et à la concurrence économique*.—R. T. C., año VIII, núm. 2, abril-junio 1955; páginas 287-289.

Propone soluciones al problema de las consecuencias económicas desfavorables que para la empresa supone la huelga, por lo que entre empresario y los asalariados existen intereses opuestos.

MONTEL, A.: *Ancora sui limiti di risarcibilità del danno da svalutazione monetaria nei crediti di lavoro.*—R. D. C., año LIII, núms. 1-2, enero-febrero 1955, parte 1.ª; págs. 94-95.

Casos en que por razones jurídicas o fácticas quiebra la regla general de resarcimiento de daños por devaluación monetaria cuando se demoran los pagos de salarios en la relación de trabajo.

NEUMANN-DUESBERG: *Feststellungsklage Wegen Tötung des mutmasslichen Ernährers* (§ 256, Z. P. O.; § 844, II, B. G. B.), M. D. R., año IX, cuaderno 5 mayo 1955; págs. 257-260.

Conforme al § 844, II, B. G. B., el homicida está obligado a indemnizar a un tercero que se encontraba con la víctima en una «relación jurídica», en cuya virtud éste debía alimentar a aquél. Para esto puede tener que constatarse la «relación jurídica» en cuestión, en base al § 256 Z. P. O. Se estudia la oportuna acción de constatación de existencia de esa «relación jurídica».

NOFUENTES G. MONTORO, Manuel: *El Seguro Escolar y su prestación por accidente escolar.*—R. G. L. J., tomo XXX (198), núm. 6, junio 1955; páginas 739-758.

Comienza con unas generalidades (fundamentos, concepto, elementos y se refiere luego al campo de aplicación del seguro escolar, para terminar aludiendo a las incapacidades y a las prestaciones a realizar a favor del asegurado. En todo momento se tienen en cuenta las disposiciones de la Ley de Seguro Escolar y los Estatutos de la Mutualidad.

PI SUÑER, JOSÉ MARÍA, y COUZINET, Paul: *La responsabilidad personal en los agentes públicos en relación con terceros.*—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954; págs. 119-141.

Informes de Pi Suñer (119-124) y de Couzinet (125-141) en las Jornadas Franco-Españolas de Derecho Comparado, celebradas en Toulouse en mayo de 1954.

POHLMANN, Dr.: *Die Gewährleistung des Nutzungsentgelts im Räumungschutzverfahren.*—M. D. R., año IX, cuaderno 4, abril 1955; págs. 200-202.

Pronunciado el desahucio de una finca se plantean dos cuestiones: 1) En qué momento se entiende finalizada la relación arrendaticia. 2) Desde ese momento hasta la evacuación efectiva por el arrendatario, el arrendador debe tener derecho a una compensación por ese disfrute extraarrendaticio de la finca por parte del ex arrendatario. A esta última cuestión se refiere el trabajo y a las garantías del ex arrendador para percibir esa compensación.

POSTACROGLU, İhan E.: *Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective.*—R. T. D. C., año LII, 1954; págs. 438-443.

Si bien los hechos simultáneos pueden no producir un daño conjunto que sea la suma de los que produciría cada hecho aislado, existe siempre una agrava-

ción del daño normal aun cuando no sea otro que la complejidad de las pruebas que tiene a su disposición la víctima. La equidad debe templar esta agravación mitigándola en cuanto esté en manos del juez.

PUIG BRUTAU, José: *La función de las arras.*—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954, págs. 209-216.

Consideraciones sobre las diversas funciones de las arras en nuestro Derecho, comparando sus soluciones con la jurisprudencia norteamericana.

RAMÍREZ SUÁREZ, Carlos: *Los contratos fiduciarios en el Derecho moderno.*—R. F. C., año III, núm. 8, septiembre-diciembre 1954; págs. 75-93.

Conferencia del autor. Se refiere a algunos supuestos de negocios fiduciarios, precediendo un examen del concepto y formación histórica y siguiéndole de apreciación de la jurisprudencia.

REYES MONTERREAL, José María: *El Decreto-Ley de 23 de diciembre de 1954 y el artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*—R. J. C., año LIV, volumen LXXII, núm. 4, julio-agosto 1955; págs. 333-343.

Comentario del Decreto-Ley de 23 de diciembre de 1954, como complemento del artículo 133 L. A. U.

REYES MONTERREAL, José María: *Reclamación de mejoras por colono.*—B. I., año IX, núm. 305, 15 junio 1955; págs. 3-8.

El colono condenado a desahucio en sentencia firme puede, antes del lanzamiento, ejercitar una acción de reclamación de mejoras por distintos cauces procesales, según el momento de la reclamación y la naturaleza, situación y cuantía de dichas mejoras.

REYES MONTERREAL, José María: *Acceso a la propiedad por el arrendatario protegido.*—R. G. D., año XI, núm. 129, junio 1955; págs. 384-393.

Estudio del derecho de acceso a la propiedad concedido al arrendatario por la Ley de 15-VII-54. Se refiere el autor al citado derecho en base a esta Ley y a sus disposiciones complementarias: arrendatarios favorecidos, plazo de ejercicio, requisitos, procedimientos.

RIVAS MARTÍNEZ, Ubaldo: *Sobre el artículo 133 de la Ley de Arrendamientos urbanos.*—B. I., año IX, núm. 312, 25 agosto 1955; págs. 3-4.

Defensa del espíritu de la norma contenida en el artículo 133 de la Ley arrendaticia urbana, aunque considera que su texto debía aclarar más su contenido.

ROCHE, René: *Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats.*—R. T. D. C., año LII, 1954; págs. 201-227.

La extensión jurisprudencial del acto ilícito y, por otra parte, del caso fortuito y la fuerza mayor, merman el campo del incumplimiento ordinario de los

contratos. El autor cree que este doble fenómeno jurisprudencial significa un regreso en la adecuada regulación jurídica de las relaciones humanas.

SACCO, Rodolfo: *Osservazioni sulla figura giuridica del creditore che procede in via surrogatoria.*—R. D. C., año LIII, núms. 1-2, enero-febrero 1955, parte 1.ª; págs. 29-67.

Indagación de la naturaleza jurídica de la situación o posición del acreedor que actúa en vía subrogatoria, tanto con respecto al deudor como en relación con la prestación del tercero.

SOTO NIETO, Francisco: *En torno a la Ley de 15 de julio de 1954 sobre arrendamientos rústicos protegidos.*—R. G. D., núm. 126, marzo 1955; páginas 162-172.

Estudia el sistema de prórrogas introducido por la nueva Ley y las excepciones a las mismas por causas distintas de la voluntad del arrendador, ya sean de aplicación general a todos los arrendamientos rústicos protegidos, ya de aplicación exclusiva a los que se refiere la ley de 1954.

SCHULTZ, Gunther: *Haftung für fremdes Verschulden im Nachbarrecht?*—M. D. R., año IX, cuaderno 5, marzo 1955; págs. 260-262.

Un principio rector del Derecho civil alemán es la responsabilidad por culpa. Una excepción es la responsabilidad por culpa ajena. Se estudia la cuestión de si cabe esta responsabilidad en materia de relaciones de vecindad, sobre todo en el supuesto de «construcción sobre los linderos» o «extralimitada» (§ 912 B. G. B.).

VALSECCHI, Emilio: *In tema di legittimazione e di prova della simulazione.*—R. D. C., año LIII, núms. 1-2, enero-febrero 1955, parte 2.ª; págs. 1-20.

Distinción de interposición real e interposición ficticia de persona y su repercusión en materia de prueba de la simulación.

VARGAS, Ramón Humberto: *Problemas jurisdiccionales en la aplicación de los estatutos de relaciones de trabajo en Puerto Rico.*—R. C. P., vol. XV, número 2, febrero 1955; págs. 143-154.

El Estatuto estatal y el federal de las relaciones de trabajo originan ficciones en cuanto a su aplicación jurisdiccional, que en este artículo tratan de paliarse con precedentes judiciales.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor.*—B. M. J., núm. 47, mayo 1955; páginas 5-97.

Estudio para la reforma del Código civil portugués en el que se examinan las consecuencias jurídicas que la imposibilidad de cumplir la obligación impu-

table al deudor producen y debe recoger el Código nuevo. El esquema del trabajo se basa en la distinción entre los casos de imposibilidad parcial y total, definitiva y transitoria y su proyección al efecto fundamental: no exoneración del deudor o subsistencia de la obligación y deber de indemnizar.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Encargo da prova em materia de impossibilidade ou de cumprimento imperfeito e da sua imputabilidade a una das partes*.—B. M. J., núm. 47, marzo 1955; págs. 98-126.

Reglas que sobre la carga de la prueba deben darse en el nuevo Código civil portugués y que el autor cree que deben servir no sólo en los casos de indemnización, sino con carácter general, por ejemplo, para el derecho de resolución.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva: *Mora do devedor*.—B. M. J., núm. 48, mayo 1955; págs. 7-317.

Constituye un estudio completo del tema, enderezado a la redacción de los artículos correspondientes del nuevo Código civil portugués.

VELASCO, Gustavo R.: *La legislación del trabajo desde el punto de vista económico*.—R. J. N., núm. 5, abril 1955; págs. 35-75.

Defiende que la legislación del trabajo, sólo alcanza verdadera eficacia en un régimen económico de libertad. La intervención económica del Estado ahoga las fuentes de riqueza, sofoca el desenvolvimiento industrial y sitúa al obrero, en definitiva, en una posición peligrosa materialmente, aun cuando en la ley se le intente defender.

VICO CABALLERO, José Antonio: *Arrendamientos urbanos y préstamos a inquilinos*.—B. C. A., mayo-junio 1955; págs. 399-402.

Problemas referentes al plazo de acción de tanteo y retracto de los inquilinos en las ventas de sus pisos arrendados en relación con la legislación de préstamos.

5. Derecho de Familia.

ACUÑA ANZORENA, Arturo: *El divorcio en la Ley 2.393*.—L., 19 mayo 1955; páginas 1-6.

Conceptos, elementos, efectos y procedimiento judicial del divorcio argentino *quo ad horum et mensam*, anterior al vincular de la ley 14.394.

ARNOLD, Egou: *Der Meinungsstreit um die Prozesskostenvorschusspflicht*.—E. F., año I, cuaderno 2, mayo 1954, págs. 39-41.

Consideraciones sobre las distintas opiniones en torno a la repercusión del «principio de equiparación» en la obligación del marido de anticipar a la mujer gastos procesales.

ARNOLD, EGOU: *§ 1.300 B. G. B. und die fleischberechtigung von Man und Frau.*—E. F., año II, cuaderno 4, abril 1955; págs. 91-93.

Si el prometido rompe los esponsales y la prometida intachable le había permitido la cohabitación, puede, conforme al § 1.300 B. G. B., exigir una indemnización del daño moral. Se discute hoy en Alemania si este precepto debe o no verse afectado por el principio de equiparación de varón y mujer. (Cfr. en esta sección, Fröhlich.)

BECKER, W.: *Neues Jugendwohlfahrtsrecht.*—E. F., año I, cuaderno 1, abril 1954; págs. 5-7.

La Ley de Protección a la Juventud (R. J. W. G.) de 9 de julio de 1922, ha sido revisada y modificada por una Novela de 28 de agosto de 1953. Alusión a los principios básicos de la reforma. De especial significación es la atención del principio de la subsidiariedad de la protección pública que inspiraba la Ley de 1922.

BECKER, W.: *Kann das Strafrecht Ehe und Familie schützen?*—E. F., año I, cuaderno 8, noviembre 1954; págs. 208-210.

Propugna el autor medidas penales que en el más amplio sentido protejan al matrimonio y a la familia.

BEREITER-HAHN, Werner: *Abänderungsklage (§ 323, Z. P. O.) oder Klage auf zusätzliche wilderkehrende Leistungen (§ 258, Z. P. O.)?*—E. F., año I, cuaderno 4, abril 1955; págs. 94-97.

En relación con la acción del hijo ilegítimo para que se aumente su pensión alimenticia, hace el autor consideraciones sobre los parágrafos § 323 Z. P. O. (acción de modificación contra el condenado a prestaciones reiteradas) y 258 Z. P. O. (acción para reclamar prestaciones reiteradas adicionales). Vid. aquí, Brox.

BEITZKE, G.: *Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts.*—E. F., año I, cuaderno 6, septiembre 1954; págs. 156-160.

Se trata de la ponencia del profesor Beitzke al Bundestag sobre la futura regulación del régimen económico en el matrimonio, adaptado al principio de equiparación. Estima, en contra de Bosch (cfr. en esta misma sección), que como punto de partida exacto debe tomarse la separación de los bienes.

BISCHÖFE DER DIÖZESEN: *Zum Renten-konkubinats: Stellungnahme der Plenarkonferenz der... Deutschlands in Fulda vom 31.8.-2.9.1954.*—E. F., año I, cuaderno 8, noviembre 1954; pág. 219.

Los obispos alemanes recomiendan ciertas reformas legislativas para evitar el concubinatos que se origina entre una viuda de guerra y un hombre, al no querer aquella casarse para no perder la pensión que disfruta. (Cfr. en esta sección, Kellner.)

BOEHMER, Gustav: *Die Ehestörungsklage*.—E. F., año II, cuaderno 1, enero de 1955; págs. 7-9.

Apoyándose, en parte, en una reciente tesis doctoral leída en Berna en la que se estudia histórica, comparativa y «positivamente» la protección judicial del matrimonio, el profesor Boehmer propugna la implantación en el Derecho alemán de una acción destinada a tal fin (acción de perturbación matrimonial).

BOSCH, F. Dr.: *Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts*.—E. F., año I, cuaderno 6, septiembre 1954; págs. 149-156.

Reproducción de la ponencia del profesor Bosch al Bundestag sobre el futuro régimen legal de bienes en el matrimonio. Examina las distintas propuestas formuladas para adaptar la materia al principio de equiparación de marido y mujer y aun añade otras posibles reglamentaciones. Se muestra contrario a los regímenes de separación y partidario de los de comunidad.

BRAGA, Sevdold: *Die Ausgleichforderung im künftigen Ehegüterrecht*.—E. F., año II, cuaderno 1, enero 1955; págs. 1-6.

El II Proyecto del Gobierno Federal para adaptar el Derecho de Familia al principio de equiparación de marido y mujer lleva por título «Proyecto de Ley sobre equiparación de marido y mujer en el ámbito del Derecho civil» (aparecido en el *Bundestagsdrucksache*, núm. 224). Prevé como futuro régimen económico en el matrimonio el de «separación de bienes con distribución—nivelación—de ganancias» (llamado también «Comunidad de ganancias»).

En este régimen hay que distinguir dos fases: a) Durante su vigencia. Cada cónyuge conserva separado su patrimonio. b) A su terminación. Entonces hay que determinar la «ganancia» de cada cónyuge (= valor en que su patrimonio actual sobrepasa al patrimonio que tenía al iniciarse el régimen en cuestión).

El cónyuge que ha obtenido una «ganancia» menor puede exigir del otro una compensación o nivelación de la siguiente forma: el que ha obtenido la ganancia mayor retira para sí una cuarta parte de ese exceso y el resto de dicho exceso corresponde por mitad a los dos cónyuges. El crédito que corresponde al cónyuge que ha obtenido ganancia menor para exigir esa mitad es el «crédito de compensación» o de «nivelación» (*Ausgleichforderung*).

En el presente trabajo se estudia el mecanismo y esencia de este crédito de nivelación.

BROX, Hans: *Abänderungsklage (§ 323, Z. P. O.) oder Klage auf zusätzliche widerkehrende Leistungen (§ 258, Z. P. O.)*.—E. F., año I, cuaderno 9, diciembre 1954; págs. 237-240.

El § 323 de la Z. P. O. (Ordenanza procesal civil alemana) permite que se interponga una acción de modificación de la sentencia cuando, habiendo sido condenado alguien a prestaciones periódicas, han cambiado las circunstancias. Consideraciones sobre el supuesto en relación con las sentencias sobre alimentos.

BROX, Hans: *Welche Einwendungen Kann der Beklagte im Abänderungsrechtsstreit gemäß § 323 Z. P. O. geltend machen?*—E. F., año II, cuaderno 3, marzo 1955; págs. 66-68.

Breves sugerencias sobre las objeciones que puede hacer valer el demandado en la acción de modificación ejercida por el condenado a prestaciones reiteradas conforme al § 323 de la Ordenanza procesal civil alemana. El problema se enfoca en relación con el proceso de alimentos.

BRÜHL: *Familie und Mietwohnung (Das rechtliche Verhältnis der Wohnungsinhaber zum Vermieter).*—E. F., año I, cuaderno 8, noviembre 1954; páginas 210-215.

Cuando un matrimonio tiene su vivienda en una finca arrendada surgen interesantes problemas al ponerse en contacto los conceptos familia y arrendamiento. El autor, en base a las repercusiones que en estas relaciones arrendatarias pueden tener los principios de la Ley fundamental de Bonn, estudia algunos aspectos de las mismas: marido y mujer como coarrendatarios o arrendatarios exclusivos, modificaciones de parte del arrendatario, derechos y obligaciones, posesión de la vivienda.

BULLA, Dr.: *Hausarbeitstag trotz Gleichberechtigung?*—E. F., año I, cuaderno 3, junio 1954; págs. 63-65.

Apostillas a un artículo de la autora, Hildegard Krüger, sobre la repercusión que el principio de equiparación ha tenido en el derecho de la mujer al día libre de trabajo, concedido mensualmente.

DEISENHOFER, August: *Restitutionsklage bei Zwiespalt von Unterhaltsurteil und Abstammungsfeststellung.*—E. F., año II, cuaderno 3, febrero 1955; páginas 33-38.

Desde que el B. G. H. ha vuelto a permitir como acción de estado la acción dirigida a la constatación de la existencia o no existencia de una paternidad ilegítima surge frecuentemente esta cuestión: ¿cómo puede actuar el condenado en firme a dar alimentos contra la sentencia cuando en ulterior proceso de «estado» se constata ser inexacta la paternidad, base de su condena? Alude el autor, en relación con esto, a la acción de restitución de la Z. P. O. como medio de revisión.

DOLLE, Hans: *Bemerkungen zum Künftigen gesetzlichen Güterstand.*—E. F., año I, cuaderno 8, noviembre 1954; págs. 205-208.

Comentarios en torno al futuro régimen legal de bienes en el matrimonio, previsto en el Proyecto del Gobierno para adaptar el Derecho de familia al principio de equiparación de marido y mujer. El Proyecto prevé un régimen de separación de bienes (con distribución de ganancias). Compara el autor algunos de los aspectos con otros del Proyecto del S. P. D. (Partido socialista).

DÜRIG, Günther: *Art. 3, II, G. G. vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen.*—E. F., año I, cuaderno 1, abril 1954; págs. 2-5.

Apreciación desde el punto de vista constitucional del principio de equiparación de sexos, recogido en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn. Examen de los presupuestos para la eficacia formal y material del principio.

EHRENZWEIG, Albert A.: *Zur Anerkennung Kindesrechtlicher Verfügungen (Custody Decrees) im internationalen Privatrecht der Vereinigten Staaten.* E. F., año II, cuaderno 4, abril 1955; págs. 84-86.

Como posible orientación para cuestiones interzonales en Alemania, hace el autor unas breves indicaciones sobre el reconocimiento de sentencias relativas a menores en el Derecho internacional privado de los Estados Unidos.

EVANGELISCHEN KIRCHE: *Beschluss der Eherechtskommission der... in Deutschland vom 24.125. September 1954 zur Neuordnung des Ehe- und Familienrechts.*—E. F., año I, cuaderno 9, diciembre 1954; págs. 232-234.

Reproducción del acuerdo de la Iglesia Evangélica Alemana en que se señalan los puntos básicos orientadores que deben presidir la nueva ordenación del matrimonio y de la familia. Este acuerdo ha sido remitido a los miembros del B. T. (Bundestag o Cámara Federal).

FINKE, Dr.: *Der Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften.*—E. F., año II, cuaderno 2, febrero 1955; págs. 30-33; cuaderno 3, marzo 1955; págs. 57-60.

El Gobierno Federal de Bonn ha concluido el 19 de enero de 1955 un tercer Proyecto de ley para la unificación y modificación de las disposiciones del Derecho de familia en Alemania. El autor se fija en las normas del indicado Proyecto en materia de impugnación de la legitimidad de hijos, en materia de adopción y en cuestiones anejas a las anteriores.

FRANTZ, Dr.: *Die Ehezerüttung als Grundlage der Scheidung.*—E. F., año I, cuaderno 7, octubre 1954; págs. 190-193.

Como aportación al futuro Derecho alemán sobre divorcio, el autor, en contra de Bosch, propugna como principio básico no el principio de la culpa, sino el de la perturbación de la relación matrimonial. Dándose ésta debe proceder el divorcio, incluso por mutuo acuerdo de los cónyuges.

FRÖHLICH: *Deflorationsanspruch nach gleichberechtigt.*—E. F., año II, cuaderno 2, febrero 1955; págs. 38-40.

El autor entiende que la pretensión de desfloración que, conforme al § 1.300 B. G. B., corresponde a la «prometida intachable», no se ve afectada por el principio de equiparación de varón y mujer contenido en la Ley Fundamental de Bonn.

GIESE, Fr.: *Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie.*—E. F., año I, cuaderno 5, agosto 1954; págs. 132-133.

Sobre un trabajo de igual título del doctor Bosch, el autor hace unas consideraciones de tipo orientador sobre la futura regulación del matrimonio y la familia en virtud del principio de equiparación.

GOLDSCHMIDT, Werner: *Repercusiones de la ley 14.394 sobre el Derecho internacional privado matrimonial.*—L., 21 junio 1955; págs. 1-5.

Plantea los diversos supuestos de separación de matrimonio, declaración de ausencia con presunción de fallecimiento y disolución del matrimonio argentino en el extranjero.

GREVEN, Ludwig: *Die Frau und das eheliche Güterrecht.*—E. F., año I, cuaderno 4, julio 1954; págs. 93-96.

El segundo Proyecto del Gobierno para la cristalización legislativa del principio de equiparación del marido y mujer (Const. de Bonn, art. 3, párrafos 2 y 3) de fecha 18-XII-53 (Entwurf II), prevé como régimen legal de bienes en el matrimonio la «separación de bienes con distribución de ganancias». El autor critica este sistema, calificado por Boehmer de «fría ausencia de relación», e indica la conveniencia de adoptar el régimen de comunidad que es el que corresponde al 90 por 100 de los matrimonios. Propone ciertas adaptaciones del sistema al principio de equiparación (copropiedad entre los cónyuges).

HABSCHIED, Walther J.: *Absolute oder Relative Scheidungsgründe?*—E. F., año I, cuaderno 1, abril 1954; págs. 7-9.

Corriente se afirma que las causas de divorcio de la Ley alemana de matrimonio (EheG) de 1946 se dividen en absolutas (el adulterio) y relativas (las demás). El autor, con argumentos constitucionales, civiles y procesales, defiende la tesis de que todas las causas son relativas.

HABSCHIED, Walther J.: *Unterhaltsurteil, Änderung der Gesetzgebung und Wandel der Rechtsprechung.*—E. F., año I, cuaderno 2, mayo 1954; páginas 34-38.

Un aspecto interesante del principio de equiparación de marido y mujer y del «nuevo Derecho de familia» alemán es la repercusión del aludido principio constitucional en las normas sobre alimentos existentes en la B. G. B. y en la Ley de Matrimonio de 1946. En relación con esto, el autor estudia el problema de cómo afecta a una sentencia sobre alimentos recaída bajo el imperio del Derecho anterior, una modificación de la legislación o un cambio en la Jurisprudencia.

HAUG, D.: *Um die Familie.*—E. F., año I, cuaderno 9, diciembre 1954; páginas 229-231.

Reproducción del sermón pronunciado el 12-IX-54 ante la Unión Internacional de Organizaciones Familiares, en el que se defienden los motivos por los que la familia debe estar siempre bajo la alta protección de Dios.

HENRICH, Wilhelm: *Vom brasilianischen Familienrecht.*—E. F., año I, cuaderno 5, agosto 1954; págs. 130-131.

Ante la proyectada reforma del Derecho de familia alemán, el autor destaca algunos aspectos del Código civil brasileño dignos de ser imitados: derecho de co-decisión de la mujer, la comunidad universal de bienes como régimen legal.

KATROLISCHEN EPISKOPATS: *Stellungnahme des — zu dem Entwurf eines Familiengesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik.*—E. F., año I, cuaderno 9, diciembre 1954; págs. 231-232.

Declaración del Episcopado católico de la D. O. R. (Alemania Oriental) en torno al Proyecto de un Código de Familia dado a conocer por el Ministerio de Justicia. La Iglesia no puede compartir sus orientaciones: prescinde de los principios cristianos; ve sólo en el matrimonio una función económico-social; somete la familia al control estatal más absoluto, etc., etc. (Vid. en esta misma Sección la declaración de la Iglesia Evangélica en torno al Proyecto, coincidiendo con la Católica.)

KELLNER, Wolfgang: *Die «Onkel-Ehe».*—E. F., año I, cuaderno 6, septiembre 1954; págs. 160-166.

Consideraciones en contra del concubinato y propuesta de ciertas reformas legales para evitar su aumento (permitir que las viudas sigan cobrando la pensión si contraen segundas nupcias).

KIRCHLICHEN OSTKONFERENZ: *Stellungnahme der — zu dem Entwurf eines Familien gesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik.*—E. F., año I, cuaderno 7, octubre 1954; págs. 181-183.

Declaración de la Iglesia Evangélica en torno al Proyecto de un Código de Familia aparecido en la Alemania Oriental. En su declaración, la Iglesia en cuestión se muestra contraria al Proyecto: en él se pretende poner al matrimonio y a la familia bajo control político.

KLEIN, Franz: *Zur Neuordnung des Adoptionsrecht.*—E. F., año I, cuaderno, junio 1954; págs. 66-69.

Después de una rápida indicación de las recientes reformas realizadas o proyectadas en materia de Derecho de adopción, enumera los puntos a que debe centrarse la nueva regulación de la adopción: existencia o no de descendencia en el adoptante, diferencias de edad, unidad de procedimiento, colaboración del adoptado, representación, cuestiones de confesión religiosa, apellidos, etc., etcétera (hasta 15 puntos).

KRAUSS, Günther: *Das Gleichberechtigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts.*—E. F., año I, cuaderno 3, junio 1954; página 61-63.

En base a una sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BUG) de 18 de diciembre de 1953, hace el autor consideraciones sobre el valor constitucio-

nal, legislativo o programático del «principio de equiparación» de marido y mujer.

KRAUSS, Günther: *Verteidigung der Gütergemeinschaft.*—E. F., año I, cuaderno 4, julio 1954; págs. 89-93.

El autor defiende como régimen económico ideal en el matrimonio la comunidad de bienes. Propone la creación de una auténtica copropiedad entre los cónyuges y basa la defensa del régimen de comunidad en estas afirmaciones: 1) La mayoría de los matrimonios adoptan en Alemania este régimen. 2) Es el que mejor corresponde a la esencia del matrimonio. 3) La comunidad universal de bienes, como régimen legal, daría lugar a una regulación «popular» y sería beneficioso para el pueblo y el Derecho.

KREMER, B: *Der Besitz der Ehegatten an der ehelichen Wohnung und an den gemeinramen benutzten Hausratgegenständen.*—E. F., año I, cuaderno 7, octubre 1954; págs. 186-188.

El principio de equiparación de marido y mujer ha afectado también a las relaciones posesorias de los cónyuges, sobre el hogar común y los objetos en él existentes de uso común.

El BGH (Bundesgerichtshof = Tribunal Supremo de Alemania Occidental) ha afirmado recientemente que los cónyuges, por regla general, son coposeedores de la vivienda conyugal y de los objetos del hogar de uso común. Comentarios del autor en torno a esta concepción y posibles repercusiones jurídicas de la misma.

LAZCANO, Carlos Alberto: *La disolución del matrimonio «argentino» en la ley 14.394.*—L., 23 abril 1955; págs. 1-4.

Problemas de Derecho internacional privado que plantea el establecimiento del divorcio vincular en la Argentina.

LUDTKE, Dr.: *Haftung des Ehemanns für der Unterhalt seiner Stiefkinder und Schwiegerältern.*—M. D. R., año IX, cuaderno 4, abril 1955; páginas 210-211.

Polemizando con el profesor hace el autor unas indicaciones sobre la responsabilidad del marido por los alimentos de sus hijastros y suegros.

Se fija en B. G. B. y en Proyecto de reforma en base al principio del «equiparación».

MARLOH, F.: *Der Irrtum über die Zustimmung zum Ehebruch.*—E. F., año I, cuaderno 4, julio 1954; págs. 104.

Conforme al § 42 de la Ley de Matrimonio de 1946, si un cónyuge asiente al adulterio del otro no puede interponer acción de divorcio basada en dicho adulterio. El error del adúltero sobre el asentimiento es irrelevante.

MERMILLOD, Louis: *De la distinction entre l'époux coupable et l'époux innocent en matière de divorce*.—R. T. D. C., 1954; págs. 571-590.

Sentido que la jurisprudencia francesa da a los dos tipos de cónyuges en cuanto se refiere al divorcio propiamente dicho y a sus efectos civiles.

MIDDENDORFF, Wolf: *Familie und Jugendkriminalität*.—E. F., año II, cuaderno 1, enero 1955; págs. 10-12.

Consideraciones sobre la repercusión que en la criminalidad juvenil puede tener y tiene la deficiente organización de la familia.

MÖRSDORF, Klaus: *Die rechtliche Stellung von Mann und Frau in Ehe und Familie nach Kanonischem Recht*.—E. F., año I, cuaderno 2, mayo 1954; páginas 25-30.

Ante el actual estado del Derecho de familia alemán (vigencia del principio constitucional de equiparación de marido y mujer, no desarrollado aún legislativamente), el autor ofrece una visión de conjunto sobre la respectiva posición jurídica del marido y la mujer en el matrimonio y la familia, según el Derecho canónico. El trabajo está destinado a ofrecer orientaciones a los legisladores alemanes cuando promulguen el «nuevo Derecho de familia».

MÖRSDORF, K.: *Der hohe Preis der zivilen Ehe*.—E. F., año I, cuaderno 5, agosto 1954; págs. 123-125.

El autor polemiza con Clever (que publicó un trabajo con igual título) sobre la conveniencia o inconveniencia del sistema de matrimonio civil obligatorio.

NIEDEN, Margarete: *Andernugeu des Personeneinstaudgesetzes zugunsten von Adoptivkindern und Unehelichen*.—E. F., año I, cuaderno 3, junio 1954; páginas 69-70.

A partir de la Ley alemana sobre el estado civil de las personas de 13 de noviembre de 1937, los hijos adoptivos e ilegítimos han experimentado ciertos perjuicios que no sufrían en la Legislación anterior. La autora propone ciertas reformas en beneficio de los perjudicados, sobre todo en materia de certificados de estado civil.

OTTO, Günther: *Das Ehelickeitsanfechtungsrecht der Mutter als Folge der Gleichbevechtigung*.—E. F., año I, cuaderno 5, agosto 1954; págs. 127-129.

El § 1.594 B. G. B. concede al marido el derecho de impugnar la legitimidad del hijo nacido de su mujer. Se afirma por el autor que, en virtud del principio de equiparación del marido y mujer, debe corresponder también a ésta la facultad de impugnar la legitimidad de un hijo del que ella es madre (?).

PATZELT, Herbert: *Eheschliessung in Schweden in Vergangenheit und Gegenwart*.—E. F., año II, cuaderno 4, abril 1955; págs. 81-84.

Ante la pregunta ¿casamiento religioso o civil?, el autor hace un esbozo, como aportación orientadora, del sistema matrimonial sueco. Alude a la evolución histó-

rica y al Derecho vigente: matrimonio religioso y matrimonio civil (este último como concesión a los contrarios a la Iglesia sueca y a los ateos, no como concesión al poder del Estado).

POHLE, Rudolf: *Die seit dem 1 april 1953 zulässigen Wahlgüterstände und Überleitung in das künftige Güterrecht.*—E. F., año I, cuaderno 7, octubre 1954; págs. 183-186.

Después de indicar que, a partir de la entrada en vigor del principio de equiparación de marido y mujer, debe considerarse como régimen legal en el matrimonio el de separación de bienes, se refiere a los regímenes que hoy pueden elegir los cónyuges, sea cual sea hoy el contenido de los mismos, y a la repercusión que pueden tener en el futuro «derecho de bienes».

ROTH-STIELOW, Klaus: *Die Konkurrenz zwischen Aurprüchen erelicher und unehelicher Kinder gegen denselben Vater.*—E. F., año I, cuaderno 4, julio 1954; págs. 103-104.

Breves consideraciones sobre el supuesto de que contra un mismo padre se ejerciten pretensiones alimenticias por parte de hijos legítimos y de hijos ilegítimos.

SCHREIBER, Jürgen: *Freie Auswahl des ehelichen Güterstandes.*—E. F., año II, cuaderno 3, marzo 1955; págs. 64-66.

El autor propugna para el futuro Derecho de familia alemán la supresión de un régimen legal de bienes en el matrimonio. A cambio debe exigirse a los novios, antes del casamiento, la libre elección de su régimen de bienes.

SCHREIBER, Jürgen: *Selbstbestimmung im Familienrecht insbesondere im Ehegüterrecht.*—E. F., año I, cuaderno 5, agosto 1954; págs. 125-126.

Propugna el autor un derecho de autodeterminación de los cónyuges en la fijación del régimen económico del matrimonio. No debe existir régimen legal, sino la configuración de regímenes de los cuales debe elegirse una expresamente al contraerse el matrimonio.

SCHUMACHER, Albert: *Scheidungsverfahren gegen deutsche Frauen in den besetzten Ostgebieten.*—E. F., año I, cuaderno 5, agosto 1954; págs. 117-120.

Frecuentemente se presentan ante los Tribunales de la República Federal Alemana demandas de divorcio contra mujeres que se encuentran en la Zona Oriental de Ocupación. Los maridos apoyan su demanda en el § 43 de la Ley de Matrimonio (hay «falta grave contra el matrimonio» al no haber acudido a reunirse con sus maridos, pudiendo hacerlo) y en el § 48 (la comunidad doméstica está suprimida desde hace más de tres años). El autor alude a los problemas procesales y materiales que plantean las demandas indicadas.

SCHWAB, Karl Heinz: *Das rechtliche Interesse bei Erhebung der Abstammungsklage im Statusverfahren.*—E. F., año I, cuaderno 6, septiembre 1954; págs. 166-169.

Para la determinación del «interés jurídico» en las acciones de filiación ilegítima no procede la distinción que hace el BGH (= Tribunal Supremo de la Alemania de Bonn) entre acciones positivas de filiación (del hijo contra el padre) y acciones negativas de filiación (del padre contra el hijo).

SCHWOERER, J.: *Die elterliche Gewalt nach Schidung der Ehe.*—E. F., año I, cuaderno 5, agosto 1954; págs. 120-123.

El autor comenta las disposiciones del Segundo Proyecto del Gobierno Federal sobre desarrollo legislativo del principio de equiparación de marido y mujer en lo tocante a la patria potestad sobre hijos comunes después del divorcio.

La propuesta del Gobierno se centra en estos términos: el Tribunal de Tutelas determina a quién corresponde la patria potestad; cabe un acuerdo de los cónyuges, del cual sólo debe separarse el Tribunal si lo exige el bien del hijo; puede transmitirse la patria potestad al cónyuge no culpable; como regla general la patria potestad sólo debe corresponder a uno de los padres; cabe encomendar el menor a un tutor; etc., etc.

SINAY, H.: *Les conventions sus les pensions alimentaires.* R. T. D. C. año LII, 1954; págs. 228-264.

El régimen de todas las convenciones sobre alimentos presenta un carácter unitario si se piensa en que las obligaciones preexisten a la obligación, dada su fuente natural o legal. Solamente en lo que en esta obligación preexistente hay de impreciso o de indeterminado puede jugar la convención, que viene a ser, así considerada, un instrumento técnico para perfeccionar una obra que nace fuera de las mismas convenciones.

STEIN, J.: *Zur Praxis und zur Reform des Ehescheidungsrechts ans Verschieden.*—E. F., año II, cuaderno 3, marzo 1955; págs. 60-64.

Consideraciones sobre la que el autor estima necesaria reforma del § 43 de la Ley de Matrimonio de 1946, referente a la falta grave contra el matrimonio como causa de divorcio propugna la sustitución de la «cláusula general» por una enumeración de causas concretas.

VASSEUR, Michel: *La communauté légale et la communauté conventionnelle d'après l'avant-projet de Code civil.*—R. T. D. C., año LIII, número 3, julio-septiembre 1955; págs. 407-436.

Crítica del texto del Anteproyecto del Código civil basada fundamentalmente en la imposibilidad de conciliar los dos principios en que se han basado sus redactores: el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio y la plena capacidad de la mujer casada.

TIPKE, K.: *Der Unterhaltsverzicht des geschiedenen Ehegatten und die öffentliche Fürsorge.*—E. F., año I, cuaderno 7, octubre 1954; págs. 187-190.

Breve examen de la eficacia de la renuncia a los aumentos por cónyuges divorciados, especialmente si el renunciante se encuentra luego en situación de necesidad.

WOOPEN, Albert: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im französischen Zivilrecht.*—E. F., año I, cuaderno 4, julio 1954; págs. 99-102.

El «Code Civil» colocaba a la mujer casada en situación de incapaz al someterla a la autoridad marital. La Ley de 28-VIII-1938 y la de 22-IX-1942 tienden a equiparar a la mujer con el marido. Examen de los aspectos fundamentales de estas Leyes e indicación de las nuevas reformas propuestas en la Comisión de Reforma del «Code Civil» y en las que el concepto condominio sustituye al de jerarquía.

6. Derecho de sucesiones

BADENES GASSET, R.: *¿En qué medida el testamento ológrafo hace prueba de su fecha?*—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954; págs. 205-208.

Breve indicación de la relevancia de la inexactitud de la fecha en el testamento ológrafo en la Jurisprudencia francesa y española.

CABRILLAC, Michel: *L'erreur dans le partage.*—R. T. D. C., año LIII, número 1, enero-marzo 1955; págs. 39-57.

La finalidad del artículo consiste en condensar las tendencias predominantes en orden a diferentes dudas suscitadas por el error sufrido en la partición de la herencia. Resulta de estas tendencias que la partición puede ser anulada por error; la acción de nulidad puede acogerse tan sólo cuando el error afecta a la causa de la partición; este tipo de error es, por tanto, distinto al que produce una mera lesión cuantitativa: el error se refiere aquí a las bases mismas del acto particional.

COLL Y RODES, Ramón: *Estudio, en vista de una cláusula testamentaria, sobre utilización de los medios autorizados por el Derecho, para poder enajenar eficazmente bienes inmuebles comprendidos en un fideicomiso.*—R. J. C., año LIV, vol. LXXXII, núm. 3, mayo-junio 1955; págs. 225-233.

Reproducción de un dictamen del autor, emitido en 1941.

FLORES MICHEO, Rafael: *Dictamen sobre una cláusula testamentaria.*—R. D. N., núm. 8, abril-junio 1955; págs. 317-339.

Interesante dictamen sobre interpretación de una cláusula testamentaria.

MOLINAS, Alberto J.: *Derecho hereditario de los padres extramatrimoniales*.—L., 12 abril 1955; págs. 1-2.

Contra la opinión corriente cree el autor que la ley de paternidad extramatrimonial argentina no sólo los padres no han perdido sus derechos hereditarios a los hijos nacidos fuera de matrimonio, sino que estos derechos encuentran en dicha ley, al relacionarla con el Código civil, su consignación.

REZA, Alfredo: *Incompatibilidad del derecho de representación con la sucesión testada*.—R. C. D. I., núms. 324-325, mayo-junio 1955; págs. 298-304.

Se defiende la tesis del enunciado al comentar la sentencia de 6 de diciembre de 1952.

TRELLARD, Jacques: *Le légataire universel est-il un héritier?*—R. T. D. C., año LIII, núm. 3, julio-septiembre 1955; págs. 407-436.

Todas las manifestaciones de la jurisprudencia de sucesiones en Francia, sobreentienden que el legatario universal es un heredero instituido. Es tiempo de reconocer legalmente que esto es así y también que la institución de heredero existe en Francia.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Las compras con pacto de sobrevivencia*.—R. J. C., año LIV, vol. LXXII, núm. 4, julio-agosto 1955; págs. 291-314.

Se refiere a su admisibilidad o no en términos generales, a la adquisición del sobreviviente como derivada del vendedor, relación interna entre compradores, régimen de comunidad en vida de ambos y conmorienencia.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Computación, imputación y reducción de las donaciones en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo*.—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954; págs. 35-88.

Comienza indicando los distintos sistemas legitimarios, para referirse a continuación a la *computación* de las donaciones del causante como hecho necesario para el cálculo de legítimas y parte libre. Estudia después la *imputación* de las donaciones a la legítima y la parte libre. Termina aludiendo a la *reducción*. Abundante bibliografía e información.

ZIVILRECHTSKOMMISSION: *Zum Mannesvorzug im Höferecht (Stellungnahme der... des Deutschen Richterbundes vom 16.10.1954)*.—E. F., año II, cuaderno 2, febrero 1955; págs. 41-42.

La Comisión de Derecho civil de la Federación de jueces alemanes, en su informe sobre el II Proyecto del Gobierno para adaptar el Derecho civil al principio de equiparación, entiende que no contradice a dicho principio la preferencia que en la sucesión del «Hof» (hogar campesino) debe darse al varón, en caso de igualdad de orden sucesorio.

II. DERECHO HIPOTECARIO

ECHAVERRI, Tomás: *El título registrado no es un muro contra la prescripción extraordinaria.*—R. J. N., núm. 5, abril 1955; págs. 20-22.

Expone las razones de lógica y de justicia que apoyan la afirmación de que los derechos extintivamente prescritos no se sanan por una inscripción posterior a la prescripción.

FURTNER, Georg: *Darf ein Verfügungsverbot vor Zustellung der es anordnenden einstweiligen Verfügung im Grundbuch eingetragen werden?*—M. D. R., año IX, cuaderno 3, marzo 1955; págs. 136-138.

Sobre el B. G. B., la G. B. O. y la Z. P. O. se estudia la cuestión de si, en la legislación alemana, es o no inscribible en el Registro una prohibición de disponer acordada por una decisión judicial provisional, antes de la notificación de ésta.

GUIMERA PERAZA, Marcos: *Las actas de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario.*—R. J. C., año LIV, vol. LXXII, núm. 3, mayo-junio 1955; págs. 195-213.

Estudio de las actas de notoriedad, recogidas en el artículo 70 del Reglamento Hipotecario, destinadas a la inscripción de los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción.

HERRANZ, Pedro: *Teoría jurídica registral canónica.*—R. D. P., marzo 1955; páginas 454-471.

Indicaciones sobre la personalidad en Derecho canónico y sobre los hechos jurídicos y su constatación mediante el Registro en el mismo Derecho.

En relación con el concepto de «estado» se estudia la teoría registral canónica en general, y aludiendo a casos singulares.

LOIS ESTÉVEZ, José: *Sobre el alcance y efectividad de la caución prescrita en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria.*—F. G., año XIII, núm. 98, marzo-abril 1955; págs. 119-123.

El autor opina en un dictamen que el beneficio de pobreza solicitado no es suficiente para alzar la caución exigida por el artículo 41 de la Ley hipotecaria.

QUIRÓS MÉNDEZ, FRANCISCO A.: *Los registros de la propiedad cenicientos del Estado libre asociado.*—R. C. P., vol. XV, núm. 2, febrero 1955; págs 155-164.

La institución del registro ha decaído en Puerto Rico por el abandono legislativo en que se encuentra. En este trabajo se proponen las reformas que se consideran necesarias para revitalizarlo.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general

BROCHER, E.: *International Fiscal Association*.—R. T. C., tomo VII, 1954; páginas 315-316.

Reseña y resumen de las ponencias del Congreso que la I. F. A. celebró en París en septiembre de 1953.

BRUN ET M. C. SEFFERT, A.: *L'unification du droit commercial européen*.—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 763-768.

En los intentos de unificación europea no se tiene en cuenta el factor jurídico que en su aspecto comercial, por ejemplo, pide insistentemente que se levanten las diferencias nacionales. Pero también es cierto que para que progrese la unificación jurídica es necesario un clima o ambiente que se escapa a los intentos de la técnica.

DOMKE, M.: *Le projet de Convention des Nations Unies sur les restrictive business practices*.—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 567-576.

Ciertas prácticas comerciales restrictivas en el comercio internacional pueden reportar dañosos efectos en la mejora del nivel de vida, en el pleno empleo y en la prosperidad económica. El proyecto de convención que se glosa pretende obviarlos, pero el autor duda de su eficacia.

DUROUDIER, R., et KUHLEWEIN, R.: *De l'importance des inscriptions au registre de commerce en Allemagne*.—R. T. C., tomo VIII, 1955; páginas 45-50.

El funcionamiento del registro mercantil en Alemania hace tan perfecta la institución que, aun cuando su finalidad es meramente publicista, ha llegado a tener prácticamente eficacia constitutiva.

GOLDSCHMIDT, Roberto: *Problemas de la reforma del Derecho mercantil venezolano*.—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954; págs. 25-44.

Se fija el autor en algunos aspectos de la necesaria reforma y modernización del Derecho comercial venezolano: comerciabilidad de los inmuebles, registro mercantil, mujer casada comerciante, contabilidad, corretaje, Cámaras y Asociaciones económicas, venta a plazos, transporte, sociedades, cheques y quiebra.

JAUFFRET, A.: *Le nouveau registre du commerce*.—R. T. C., tomo VIII, 1954; páginas 233-268.

Exégesis del Decreto-ley francés de 9 de agosto de 1953, que estableció, a partir de 1.º de marzo de 1954, una radical modificación en el Registro de comercio francés creado en 1919.

MARILUZ URQUIJO, José M.: *El «Plan y bases del Código de comercio chileno expuesto en cuadro sinóptico», de Juan Bautista Alberdi.*—R.F.D.B.A., año IX, núm. 41, noviembre-diciembre 1954; págs. 1563-1567.

Historia, vicisitudes y contenido de este proyecto de Código de comercio chileno del siglo XIX.

MOLLER, H.: *Modifications apportées au Code de commerce allemand.*—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 785-792.

Estudio de la Ley de 31 de marzo de 1953 que establece la condición de comerciante extensiva al mero artesano y que reelabora la situación jurídica del representante comercial.

SANTINI, G.: *Panorama de Derecho mercantil italiano (1954).*—R. D. M., número 55, enero-marzo 1955; págs. 109-116.

Reseña de la legislación, bibliografía y jurisprudencia italianas.

2. Comerciantes y Sociedades

E. L.: *Inscripción de consejeros en el Registro Mercantil.*—R. C. D. I., números 324-325, mayo-junio 1955; págs. 289-297.

Exégesis del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas en la que se concluye que en el Registro mercantil no se podrá inscribir documento alguno referente a una Sociedad que no haya cumplido con la obligación de verificar la inscripción de sus administradores y sus distintos cargos sociales, cuando el documento que se pretende inscribir se base en acuerdos posteriores a la fecha del nombramiento de estos administradores.

FRANÇON, A.: *Les types récents d'obligations dans les sociétés.*—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 513-540.

Remedios posibles al perjuicio que los obligatorios sufren con la depreciación monetaria.

GARRIGUES, J.: *Sindicatos de accionistas (conferencias).*—R. D. M., núm. 55, enero-marzo 1955; págs. 91-107.

La falta de eficacia de las Juntas generales de accionistas puede superarse por los Sindicatos de accionistas que viven fuera de la ley y reciben su estructura y funcionamiento de la práctica.

GAY DE MONTELLA, Ricardo: *La corriente del autofinanciamiento de las empresas mercantiles y sus cauces fiscales en España, Francia y Estados Unidos.*—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre 1954; págs. 105.

Estudio comparativo del tema en su aspecto mercantil y financiero.

LANGLE Y RUBIO, Emillo: *Administración y administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*.—R. D. N., núm. 8, abril-junio 1955; páginas 7-30.

Delimitadas la gestión y la representación, el profesor Langle pasa a referirse a los administradores en la sociedad de responsabilidad limitada: nombramiento, derechos y obligaciones, responsabilidades y separación del cargo.

PLAISANT, R.: *Les sociétés anonymes en Droit espagnol*.—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 289-314.

Exposición crítica de la Ley española de Sociedades Anónimas.

PUGA SEGUEL, Alberto: *La contribución a los gastos en las sociedades legales mineras*.—R. D. C. H., año XXII, núm. 89, julio-septiembre 1954; páginas 275-286.

Origen de la obligación contributiva de los socios; forma cómo se determina su cuota; impugnación del acuerdo que la fija; plazo para entregarla y sanción si no se satisface.

SCOLNI, Miguel: *Sociedades de inversión*.—R. F. D. B. A., año IX, núm. 41, noviembre-diciembre 1954; págs. 1525-1544.

Concepto, dedicación, encuadre entre las sociedades anónimas argentinas y fomento que les es necesario.

SOLÁ CAÑIZARES, Felipe, y GABOLDE, Gabriel: *La administración y la dirección de la sociedad anónima*.—R. I. D. C. O., núm. 3, julio-diciembre de 1954; págs. 161-177.

Informes de Solá Cañizares (págs. 161-169) y de Gabolde (págs. 170-177) en los Jornadas Franco-Españolas de Derecho Comparado (Toulouse, 1954).

SUPERVIELLE, Bernardo: *La visación de los balances de las sociedades anónimas*.—S. A., año X, núm. 107, abril 1955; págs. 147-152.

Obligación de publicar los balances las sociedades anónimas uruguayas y certificación de la Inspección general de Hacienda de que están confeccionados conforme a su contabilidad y a la ordenación técnica legal.

TOULEMON, A.: *Le décret-loi 9 août 1953 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle ou commerciale*.—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 269-288.

Evolución de la legislación y jurisprudencia francesas en la defensa frente a la gran empresa y exégesis del Decreto-Ley de 1953 que el autor considera inútil.

VASSEUR, Michel: *Le problème des sociétés entre époux après l'arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1954.*—R. T. C., año VIII, núm. 2, abril-junio 1955; págs. 219-249.

El problema carece de norma legal aplicable en Derecho francés. Al poner en juego los elementos de Derecho matrimonial y Derecho de las sociedades se observa que es muy peligroso dar una solución general. Hay que descender a las diversas situaciones. Pero una tendencia saludable consiste en negar validez a las sociedades constituidas entre esposos, ya exclusivamente, ya manteniendo una participación mayoritaria. Razonablemente puede sostenerse la validez de las sociedades constituidas entre dos personas que posteriormente se han unido en matrimonio. Y también en los casos en que, siendo uno de los cónyuges socio, el otro llega a serlo incidentalmente, por ejemplo, por herencia.

3. Cosas mercantiles

GIVORD, François: *Décadence et grandeur de la propriété commerciale.*—R. T. D. C., año 52, 1954; págs. 38-45.

Crítica del Decreto de 30 de septiembre de 1953 y de la Ley de 31 de diciembre del mismo año, que por uno u otro extremo no cumplen los principios de justicia que deben presidir el arrendamiento de locales de negocio: estabilidad de la situación del comerciante y renta suficiente para el propietario.

GUYENOT, Jean: *L'évaluation des titres non cotés en Bourse.*—R. T. C., año VIII, núm. 2, abril-junio 1955; págs. 251-285.

Analiza sucesivamente, las modalidades estatutarias y administrativas de evaluación de estos títulos, a efectos de su gravación fiscal.

HOUIN, R.: *Location-gérance de fonds de commerce et communauté d'exploitation.*—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 21-53.

En ausencia de normas legales sobre la materia, se puede trazar un cuadro institucional completo con la naturaleza jurídica concretada por la doctrina, las normas usuales de la práctica y la evitación de peligros para terceros que se ha cuidado de realizar la jurisprudencia.

LIET-VEAUX G.: *Du report du droit au bail commercial sur un immeuble reconstruit après sinistre, dans le cas de reconstitution non identique des locaux.*—R. T. C., tomo VIII, 1955; págs. 31-43.

Normas de Derecho francés protectoras del comerciante arrendatario y, por tanto, con una regla general que autoriza la continuación de este arrendamiento, aun cuando es necesario diferenciar la casuística en atención a los sujetos.

MUÑOZ CAMPOS, J., y CEREZO CARRASCO, E.: *Concepto jurisprudencial de la empresa a efectos arrendaticios*.—R. D. M., abril-junio 1955, núm. 58; páginas 245-308.

Antecedentes jurisprudenciales del concepto de empresa en el siglo XIX y en la primera mitad del XX; la empresa como objeto de tráfico; su arrendamiento; el concepto de empresa en la Ley de Arrendamientos urbanos; nuevo concepto de empresa que perfila la jurisprudencia, y posibilidades de relaciones jurídicas arrendaticias.

SÁNCHEZ GAMBORINO, FRANCISCO MIGUEL: *Diferentes situaciones en Derecho de la mercancía en poder de una agencia de transporte*.—R. G. D., número 126, marzo 1955; págs. 176-178.

Estudia y califica diez casos de mercancía en poder del porteador, que, aunque aparentemente son depósitos, se diferencian esencialmente de tal situación jurídica.

SARDA MARGARIT, JUAN: *El almacén particular. En torno al contrato de arrendamiento de locales, sin destino comercial o industrial, que tampoco son viviendas propiamente dichas*.—R. G. D., núm. 126, marzo 1955; páginas 173-175.

Estima que los locales que no son vivienda ni local de negocio, deben también regirse por la Ley arrendaticia urbana, siendo los pleitos en torno a ellos de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia cuando son accesorios de un negocio que tiene sede aparte, y de la de los Juzgados Municipales o Comarcales en otro caso.

4. Obligaciones y contratos

BERNINI, GIORGIO: *Notas sobre la aceptación de la letra de cambio*.—R. D. M., núm. 55, enero-marzo 1955; págs. 7-90.

Amplio estudio de Derecho comparado de los países americanos en lo que se refiere a los derechos del tenedor con anterioridad a la aceptación, forma de la aceptación y perfección e irrevocabilidad del contrato de aceptación.

BRU PURÓN, CARLOS MARÍA: *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*.—R. G. D. I., núms. 324-325, mayo-junio 1955; págs. 305-329.

Resumen y comentario del discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, pronunciado por don Joaquín Garrigues.

FANELLI, GIUSEPPE: *Per una rivalutazione della preposizione institutoria*.—R. D. C., año LIII, núms. 1-2, enero-febrero 1955, parte 1.ª; págs. 6-28.

Análisis de la naturaleza jurídica de esta institución de procura o mandato general en la empresa comercial.

FOLCO, G.: *Les paiements par l'intermédiaire des banques*.—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 53-60.

Consideraciones complementarias que a la teoría del pago deben hacerse cuando se realiza utilizando los servicios bancarios en sus distintas formas, singularmente en los pagos por *clearing* y los pagos con transferencia de divisas.

HERNANDO DE LARRAMENDI, I.: *El seguro español de 1954*.—R. D. M., número 56, abril-junio 1955; págs. 349-475.

Resumen de todas las disposiciones legislativas dictadas en España en el año pasado.

MARTIN, B., et REGNARD, E.: *Recouvrement simplifié des créances commerciales*.—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 769-784.

Exégesis del Decreto de 30 de septiembre de 1953 que establece medios para que el pequeño acreedor comercial quede a cubierto de los deudores poco escrupulosos que buscan, con la negativa del pago, una transacción ventajosa.

RODIÈRE, R.: *Introduction à la responsabilité des transporteurs de marchandises*.—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 1-20.

Las reglas generales insertas en los Códigos sobre transportes de mercancías y responsabilidad del transportista requieren un desarrollo y especificación adecuada a los distintos medios de locomoción.

SINGER, Pablo S.: *El seguro social de desocupación en los Estados Unidos de América*.—L., 20 abril 1955; págs. 1-3.

Estudia los antecedentes norteamericanos y extranjeros de este tipo de seguros. las características actuales en los Estados Unidos y los requisitos que deben cumplir el obrero o empleado para percibir sus beneficios.

VAN HECKE, G.—*Las repercusiones de las reglas de control de cambios sobre la validez y la ejecución de las obligaciones comerciales*.—R. D. M., número 56, abril-junio 1955; págs. 309-320.

Texto de la comunicación presentada al IV Congreso de la Academie Internationale de Droit Comparé, celebrado en París en agosto de 1954.

VENDITTI, Antonio: *Rappresentanza cambiaria della società e rapporto fondamentale*.—R. D. C., año LIII, núms. 1-2, enero-febrero 1955, parte 2.º; páginas 61-70.

Los límites sociales al poder de aceptar letras cuando no resultan objetivamente del documento, no son oponibles a terceros de buena fe.

ZULETA TORRE, Bernardo: *La banca y seguros*.—R. C. M., núm. 437, junio de 1955; págs. 181-192.

Entrecruzamiento de los contratos bancarios y de seguros que atenta contra la normalidad del tráfico jurídico. Ambos campos de la contratación no deben confundirse, sino complementarse.

5. Derecho marítimo y aeronáutico

AMBROSINI, Antonio: *La convenzione di Roma 1952 sui danni causatida aeromobili ai terzi alla superficie*.—R. D. C., año LIII, núm. 1-2, enero-febrero 1955, parte 1.ª; págs. 68-93.

Antecedentes, preparación, valor técnico-jurídico, contenido, diversos aspectos que contempla y ámbito de aplicación del texto de la Convención.

BENGOLEA ZAPATA, Jorge: *Agentes marítimos. Proporciones para su régimen legal*.—R. F. D. B. A., año IX, núm. 41, noviembre-diciembre 1954; páginas 1435-1460.

La actividad agencial marítima presenta caracteres especiales, consecuencia de la disociación entre el titular de las empresas y sus auxiliares, de ahí que su regulación jurídica sea complicada. Requisitos y efectos de la cualidad de agente.

BONASSIES, P.: *Jurisprudencia marítima de los Tribunales franceses (año 1954)*.—R. D. M., número 56, abril-junio 1955; págs. 321-340.

Reseña de esta Jurisprudencia, principalmente en cuanto a los problemas de transporte de mercancías, abordajes, averías, derechos de muelle y transporte aéreo.

6. Derecho de quiebras

DRAKIDIS, PH.: *Du sort étrange des intérêts des créances hypothécaires en matière de faillite*.—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 541-565.

En el antagonismo que en la quiebra representa los intereses de los acreedores hipotecarios y quirografarios, resultan abusivas las ventajas que la ley concede a los primeros y es necesaria una revisión de la legislación en este sentido.

VI. DERECHO NOTARIAL

BRAVO ARTEAGA, JUAN RAFAEL: *La falsedad documental*.—R. C. M., núm. 437, junio 1955; págs. 94-104.

Estudio de la falsedad en el documento público o privado, encaminado a enumerar los efectos civiles de este delito.

LA GUÉRENE, Charles: *Comparación de los modos de ejercicio de la función notarial.*—R. I. N., año VI, núm. 24, octubre-diciembre 1954; págs. 361-378.

Delimitación del Derecho notarial como aplicación práctica de las nociones elaboradas por los Códigos y leyes de Derecho sustantivo. Diferentes modos de actuación de este Derecho en los distintos sistemas jurídicos.

MUSTAPICH, José María: *Concepto y valoración del derecho notarial.*—R. I. N., año VI, núm. 24, octubre-diciembre 1954; págs. 379-384.

Evolución histórica comparada del Derecho notarial y necesidad de investigar científicamente su contenido actual.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *El derecho notarial.*—R. I. N., año VI, núm. 24, octubre-diciembre 1954; págs. 385-414.

Sustantividad del Derecho notarial; definición razonada como Derecho autónomo de la forma documental; oportunidad de su Codificación.

V. DERECHO PROCESAL

1. Introducción

ALIAS PAZOS, Mateo: *La interpretación de las leyes procesales.*—B. I., año IX, número 303, 25 mayo 1955; págs. 3-4.

El autor propugna una mejor manera de interpretar las leyes procesales mediante una justa coordinación de los elementos gramatical, lógico, histórico y teleológico.

GUASP, Jaime: *Problemas fundamentales del Derecho procesal.*—R. F. D. B. A., año IX, núm. 41, noviembre-diciembre 1954; págs. 1325-1366.

Texto de la conferencia pronunciada por el autor en el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de Buenos Aires en agosto de 1954.

HEINRICH, Wilhelm: *Andernug der Z. P. O. durch die Konvention von Rom?*—M. D. R., año IX, cuaderno 3, marzo 1955; págs. 140-143.

Se examina la cuestión de si la Ordenación Procesal Civil alemana debe sufrir alguna modificación a consecuencia de la Convención celebrada en Roma el 4 de noviembre de 1954, sobre la protección de los derechos y libertades fundamentales del hombre.

TORRES, José A.: *El proyecto de nuevo Código procesal civil para la provincia de Buenos Aires y las reformas introducidas por la ley 14.231 al vigente en la capital federal.*—R. F. D. B. A., año IX, núm. 41, noviembre-diciembre 1954; págs. 1512-1524.

Enumeración razonada y acompañada de consideraciones doctrinales de cada uno de los puntos de la reforma.

2. Parte general

BERAUD, R.: *De la Competencia concurrente.*—R. P., año XI, núm. 2, abril-junio 1955; págs. 281-285.

Propugna el autor que no siempre se aplique, en materia de competencia, el riguroso principio de que lo accesorio sigue a lo principal. Se defiende, pues, en ciertos supuestos, una «competencia concurrentes».

FELIXÓ, J. M.: *Situación y Posibilidades del tercero en el Derecho Procesal Civil.*—R. J. C., año LIV, vol. LXXII, núm. 3, mayo-junio 1955, páginas 214-224.

Esbozo de la aplicación al Derecho procesal, de la situación del tercero en el derecho: intervención forzosa, intervención voluntaria (principal o adhesiva), apelación de tercero, oposición a la sentencia y a la ejecución.

GRASSMANN, Otto: *Muss der Dritte, der die Sache im Gewahrsam hat, auch bei Anschlusspfändungen herausgabereit sein?*—M. D. R., año IX, cuaderno 2, febrero 1955; págs. 74-75.

El § 808 de la Z. P. O. (Ord. Proc. Civ. Alem.) determina que el embargo de muebles corporales en poder del deudor se realiza tomando el ejecutor posesión de ellos; cabe dejarlos en posesión del deudor si no hay peligro para el acreedor. El § 809 aplica igual regla cuando las cosas estén en poder del acreedor o de un tercero dispuesto a su devolución. El autor hace breves indicaciones sobre esta última norma (§ 809) cuando se trate de embargo de cosas ya embargadas o «Anschlusspfändung», recogido en el § 826 Z. P. O., entendiéndose que también en este caso procede aplicar el § 809 de la Z. P. O.

GUANDIQUE, F. E.: *La Citación y la apelación de terceros.*—R. J. N., número 5, abril 1955; págs. 23-31.

En el artículo 110 del Código procesal civil nicaragüense se ordena una notificación del pleito a terceros interesados que el autor sostiene que no tiene más trascendencia jurídica que la de hacer constar auténticamente que conocen la existencia del juicio, pudiéndose abstener de toda participación en él.

KAFER, Fritz: *Was stellt sich ein Ansetzungsantrag nach § 246 Abs. 1 Z. P. O. als Rechtsmissbrauch dar?*—M. D. R., año III, cuaderno 4, abril 1955; págs. 197-199.

La Ordenanza Procesal Civil Alemana, en su § 246, permite en ciertos supuestos la interrupción o suspensión del procedimiento a petición de parte. Esta petición puede constituir un abuso de derecho. El autor examina cuándo lo es.

MOLINA, Enrique: *Consideraciones en torno al embargo preventivo.*—R. D. P., julio-agosto 1955; págs. 650-672.

Iniciase el trabajo con unas generalidades sobre los procedimientos caute-

lares para, tras referirse a las dos formas de conceptuar el embargo preventivo (proceso cautelar o simple medida de aseguramiento), estudiar sus requisitos, procedimiento, etc., en nuestro Derecho procesal.

OCHOAQUEO, JR., Félix: *Misión de liderato.*—R. C. P., vol. XV, núm. 1, noviembre 1954; págs. 81-84.

Ideas acerca de lo que debe ser un abogado.

POHLE, Rudolf: *Aussetzung des Zwangsvollstreckungsverfahrens nach § 148 Z. P. O.*—M. D. R., año IX, cuaderno 4, abril 1955; págs. 210-211.

Se examina si procede suspender el procedimiento de ejecución forzosa cuando se dé el presupuesto del § 148 Z. P. O. (que la solución de un negocio dependa de la de otro).

ROMERO, Ramón: *Confesión.*—R. J. N., núm. 5, abril 1955; págs. 9-13.

Estudio etimológico, conceptual, de la naturaleza jurídica y de la distinción de otras instituciones jurídicas en este medio de prueba desde el punto de vista procesal.

RUIZ PÉREZ, Joaquín S.: *Algo más sobre la morosidad en el auxilio judicial.*—B. T., año IX, núm. 307, 5 julio 1955; págs. 3-4.

Expone datos que dan idea de la forzada lentitud de los sumarios en los Juzgados de Instrucción, debida al descuido con que se despachan las comunicaciones entre órganos judiciales de igual grado. Sugiere remedios para evitar este obstáculo.

SALINAS, Octavio: *Renuncia a la apelación.*—R. J. N., núm. 5, abril 1955; páginas 14-19.

Defiende la invalidez de la cláusula de un contrato en la que se renuncia por una de las partes a apelar, en caso de que exista pleito, sobre la materia de aquel contrato.

VARAS DODD, Francisco: *Reforma al Código Orgánico de Tribunales.*—R. D. C. H., año XXII, núm. 89, julio-septiembre 1954; pág. 287-288.

La ley número 11.537, de 20 de mayo de 1954, introduce reformas que aquí se estudian en la constitución y funcionamiento de los Tribunales chilenos y concretamente en la Corte Suprema de Justicia y en los Juzgados del Crimen de Menor Cuantía de Santiago.

VILLEGAS LÓPEZ, José Antonio: *Desarrollo de una paradójica teoría de la carga de la prueba.*—R. C. M., núm. 437, junio 1955; págs. 63-70.

Principios generales de la prueba procesal y variaciones que en orden a su cargo introduce la prueba de presunciones.

3. Procesos especiales

ARGÜELLO, Rosendo: *La renuncia de trámites en el juicio ejecutivo es una intiquidad.*—R. J. N., núm. 5, abril 1955; págs. 32-34.

Se opone a la validez de la renuncia, a la escritura pública de hipoteca, a la actividad y la defensa por parte del deudor durante el juicio ejecutivo.

BERINGUIER, René: *Une jurisdiction unique en Droit français: la chambre des saisies immobilières du Tribunal civil de la Seine.*—R. T. D. C., 1954; páginas 591-611.

Organización, funcionamiento y competencia de este Tribunal especial.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *Nuevos aspectos del recurso de suplicación.*—R. D. P., mayo 1955; págs. 471-479.

Notas sobre el estado actual, en sus diversos aspectos, del recurso de suplicación como medio de impugnar las sentencias de las Magistraturas de Trabajo.

CAMPOS COSTA, Américo: *A intervenção do Ministério Público nas accões sobre o estado das pessoas.*—R. D. E. S., año VIII, núm. 1, enero-marzo 1955; págs. 28-40.

Esquematiza los diferentes modos de intervención del Ministerio Fiscal portugués en las distantes acciones para aplicar la doctrina obtenida de las acciones de investigación de la paternidad legítima y a las de divorcio o separación de personas y bienes.

DE DIEGO LORA, Carmelo: *Sobre la pretendida naturaleza incidental del beneficio de pobreza.*—R. P., año XI, núm. 2, abril-junio 1955; págs. 287-312.

El autor, destacando las notas del «proceso de gratuidad procesal», entiende que es muy distinto al procedimiento incidental. Mas bien pertenece a un grupo procesal poco estudiado y al que designa con la denominación genérica de «procesos accidentales».

DE LA HAYE, R.: *Le greffier du Tribunal de commerce la vie économique du pays.*—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 61-71.

Estudio de esta figura híbrida de funcionario que desempeña a la vez una actividad judicial y extrajudicial.

FORNATTI, Enrique: *El proceso civil inquisitorio en la doctrina y en la ley 14.237 y sus semejanzas con el proceso penal.*—R. F. D. B. A., año IX, número 41, noviembre-diciembre 1954; págs. 1381-1418.

Normas de la ley que presentan carácter inquisitivo en atención a la materia sobre que versan los procesos de interdicción que regulan; elementos del proceso y conclusiones acerca de la semejanza con el proceso penal.

GARCÍA VALCÁRCEL, José Luis: *Ambito del juicio de desahucio por precario.*—R. D. N., núm. 8, abril-junio 1955; págs. 294-316.

Indicado el concepto del precario y la naturaleza del desahucio que provoca, se estudia sistemáticamente este procedimiento especial.

H. R.: *Conférence générale des Présidents et Membres des Tribunaux de commerce de France.*—R. T. C., tomo VII, 1954; págs. 582-587.

Resumen de la Asamblea celebrada en la sede del Tribunal de Comercio del Sena en junio de 1954.

KNIESCH, Joachim: *Teilfragen zum Revisionsrecht.*—M. D. R., año IX, cuaderno 3, marzo 1955; págs. 132-134.

Consideraciones breves sobre el sentido y finalidad de la revisión del procedimiento, en general y en procesos especiales, en el sistema procesal alemán.

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *El recurso extraordinario de apelación en lo contencioso-administrativo.*—R. G. L. J., tomo XXX (198), núm. 5, mayo 1955; págs. 568-593.

Estudio de este recurso creado por Decreto de 8 de mayo de 1931 y recogido en las Leyes de 1944 y 1952; se alude a su importancia, analogía con la casación, sustanciación y jurisprudencia en torno a él.

SERVINI, Eduardo: *La apreciación de la prueba en conciencia y la fundamentación de la sentencia en el proceso Laboral de la provincia de Buenos Aires.*—R. F. D. B. A., año XI, núm. 41, noviembre-diciembre 1954; págs. 1419-1424.

La prueba en conciencia del proceso laboral no significa arbitrariedad ni tampoco permite incluir en la prueba lo que en realidad no es. Por eso es decisiva en la sentencia la motivación.

SOLER Y MONSALVE, Carlos: *Un caso práctico y la casación civil.*—B. C. A., mayo-junio 1955; págs. 393-398.

Sostiene que debe darse un recurso ante Tribunal colegiado contra las sentencias dictadas por los Jueces de Primera Instancia resolviendo apelaciones de los Municipales en los asuntos de arrendamientos de que éstos entienden en primera instancia, bien sea el de casación, bien uno de revisión ante las Audiencias.

VÁZQUEZ RICHART, José: *Notas prácticas sobre el juicio ejecutivo.*—B. C. A., marzo-abril 1955; págs. 205-208.

A propósito de un caso práctico de ejecución de una obligación contraída por apoderado que no exhibió el poder de su mandante en el que se plantea y se resuelve afirmativamente si puede despacharse legalmente esa ejecución.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZABLES EN ESTA SECCION

- A. C. P. = Archiv für die Zivilistische Praxis (Tübingen).
 A. F. D. = Anuario de Filosofía del Derecho (Madrid).
 A. J. C. I. = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 A. U. M. = Anales de la Universidad de Murcia.
 B. C. A. = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
 B. C. D. = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 B. F. C. = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 B. F. D. = Boletín de la Facultad de Derecho de Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 B. I. = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 B. I. D. C. = Boletín del Instituto de Derecho Civil (Córdoba, Argentina).
 B. I. M. = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México.
 B. M. I. = Boletim do Ministerio de Justiça (Lisboa).
 B. U. S. C. = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 C. D. A. = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 C. D. F. = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 C. L. J. = The Cambridge Law Journal.
 D. G. = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 D. M. = Derecho (Medellín, Colombia).
 E. D. = Estudios de Derecho (Antioquia).
 E. F. = The und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Bielefeld).
 F. G. = Foro Gallego (La Coruña).
 I. J. = Información Jurídica (Madrid).
 I. R. = Iustitia (Roma).
 I. M. = *Ius* (Múlán).
 J. F. = Jornal do Foro (Lisboa).
 L. = La Ley (Buenos Aires).
 M. D. R. = Monatsschrift für das Deutsches Recht (Hamburgo).
 N. J. W. = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 N. R. = Nuestra Revista (Madrid).
 N. R. D. = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua-Pisa).
 R. A. P. = Revista de Administración Pública (Madrid).
 R. C. = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
 R. C. A. = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
 R. C. D. I. = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
 R. C. M. = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
 R. C. P. = Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico.
 R. D. C. = Rivista del Diritto Commerciale (Milán).
 R. D. C. H. = Revista de Derecho (Concepción).
 R. D. E. S. = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
 R. D. L. C. = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
 R. D. L. P. = Revista de Derecho (La Paz).
 R. D. M. = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
 R. D. N. = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
 R. D. P. = Revista de Derecho Privado (Madrid).
 R. E. P. = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 R. E. V. L. = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 R. F. C. = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 R. F. D. B. A. = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
 R. F. D. M. = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
 R. F. L. = Revista del Foro (Lima).
 R. G. D. = Revista General de Derecho (Valencia).
 R. G. L. J. = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
 R. I. C. G. = Rivista Italiana per le Scienze Juridiche.

- R. I. D. C. = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- R. I. D. C. O. = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- R. I. N. = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- R. J. C. = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- R. J. N. = Revista Nicaragüense (Managua).
- R. J. P. = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- R. J. P. R. = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- R. L. J. = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- R. N. = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- R. P. = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- R. P. I. = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- R. T. C. = Revue Trimestrielle du Droit Commercial (Paris).
- R. T. D. C. = Revue Trimestrielle du Droit Civil (Paris).
- R. T. D. P. = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
- R. U. M. = Revista de la Universidad de Madrid.
- S. A. = Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- S. J. = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- U. N. C. = Universidad Nacional de Colombia.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DEL 7 DE JUNIO DE 1955

Censos en Cataluña

Constituido censo enfiteútico sobre una finca en Cataluña, y previstos los supuestos en que aquélla caería en comiso, el heredero del censalista la inscribe a su nombre e insta en acto de conciliación el pago de las pensiones atrasadas o la redención de la carga por los herederos ignorados del censatario. Al no comparecer ninguno de éstos se dió curso a la correspondiente demanda en procedimiento de cognición, en el que recayó sentencia aceptando la pretensión del demandante y declarando el comiso de la finca.

Presentado en el Registro el correspondiente mandamiento por duplicado fué denegada su inscripción «porque la declaración que el mismo contiene corresponde hacerla al Tribunal arbitral de Censos, conforme a los artículos 43 y 46 de la Ley de 31 de diciembre de 1945, que introdujo en el Derecho catalán el comiso pactado, no admitiendo como requisito natural de la enfiteusis en los lugares donde rige el Privilegio *Recognoverunt Proceres*, ni en el resto de Cataluña por costumbre contraria al Derecho romano, según dicen los tratadistas y confirma el artículo 154 del proyecto de Apéndice del Derecho catalán al Código civil, y, aún de regir éste en Cataluña, la competencia sería asimismo del Tribunal arbitral. No procede extender anotación preventiva». El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por entender que la Ley de 1945, en su carácter especial, es compatible con el general catalán que sigue rigiendo, entre otras materias, en el comiso convencional por falta de pago.

La Dirección General confirma el auto presidencial, estableciendo la siguiente doctrina:

A) *Por la especial naturaleza del expresado Tribunal arbitral es obligado interpretar el ámbito de sus facultades o esfera de actuación restrictivamente y no deben atribuirse a su competencia otras cuestiones que las estrictamente precisadas en la Ley, toda vez que constituye principio fundamental del Derecho procesal que las jurisdicciones especiales carecen de fuerza expansiva y actúan a modo de delegación de la jurisdicción ordinaria, sólo por el concreto conocimiento de determinados asuntos por razones de urgencia u oportunidad aconsejan sean resueltos en forma más breve, sumaria o peculiar.*

B) *Del examen del texto legal claramente se deduce que no ha sido propósito del legislador regular la figura del comiso, pues su simple alusión en el artículo 43 tiende a dejar sentado que para que pueda exigirse es presupuesto básico que se haya pactado en la escritura de constitución, y en los restantes preceptos legales no aparece norma alguna que desarrolle tal derecho, que debe estimarse queda fuera de la órbita de aplicación de dicha Ley y de la competencia del Tribunal Arbitral, al igual que ocurre con otras cuestiones derivadas de las figuras censales, ya que según aclara el legislador en su Exposición de Motivos, la Ley no pretende dirigir todos los problemas que se agitan alrededor de los cuantiosos y seculares intereses que los censos envuelven.*

C) *La suma de trámites y garantías establecidas para las partes en la jurisdicción ordinaria suponen una tónica cautelar que no se advierte en las normas procesales contenidas en la Ley de 31 de diciembre de 1945, puesto que el Tribunal Arbitral decidirá los asuntos sometidos a su competencia «conforme a su leal saber y entender» y sin ulterior recurso, y declaración de la importancia y trascendencia del comiso con su carácter de penalidad, aconseja el empleo de aquellas garantías, llamamientos, citaciones y recursos superiores a los regulados por la referida Ley especial, aparte de que asimismo regla admitida en Derecho procesal, la consagrada en nuestra Ley adjetiva en su artículo 481, de que la jurisdicción ordinaria tiene fuerza de atracción para cuantos asuntos no tengan regulación especial.*

A. G. R.

RESOLUCION DEL 9 DE AGOSTO DE 1955

Calificación

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador que en virtud de un mandamiento judicial, expedido por el Juzgado especial de Responsabilidades Políticas de Madrid, y en el cual se ordenó la cancelación por caducidad, conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, de determinadas anotaciones preventivas de demanda, formalizó las notas marginales cancelatorias correspondientes, la Dirección General de los Registros confirma el auto presidencial y, consiguientemente, la calificación impugnada, formulando la doctrina siguiente :

A) *Es requisito indispensable para que proceda el recurso gubernativo que, al calificar el Registrador el título presentado, deniegue o suspenda su inscripción, anotación, cancelación o nota marginal, pero no puede correctamente plantearse cuando se haya extendido el asiento solicitado.*

B) *La ley permite que los particulares puedan interponer las acciones oportunas ante los Tribunales para ventilar y contender entre sí sobre la nulidad o validez de los títulos y documentos que motivaron las inscripciones por las que se crean lesionados, puesto que los asientos practicados se hallan bajo la salvaguarda de los Tribunales.*

Véanse Resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 1927 y 16 de julio de 1948.

RESOLUCIÓN DEL 13 DE OCTUBRE DE 1955

Inmatriculación de inmuebles del Estado

Debidamente autorizada por la Dirección General de Propiedades del Estado, la Delegación de Hacienda de determinada provincia formalizó expediente de venta de terrenos sobrantes de la construcción de una vía de acceso, librándose para su inscripción la certificación de dominio por el Administrador de Propiedades. Presentado este documento en el Registro fué suspendida la práctica del asiento por no describirse las fincas expropiadas de que fueron parte las parcelas integrantes de la que se pretende inscribir, con la consiguiente imposibilidad de realizar la busca y examen necesarios para saber si estaban o no dentro del mecanismo registral; no describirse tampoco cada una de las partes que se agrupan y no expresarse el nombre de las personas de quienes fue-

ron adquiridas las partes de que son parte cada una de las porciones integrantes del inmueble cuya inscripción se solicita.

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación, el Presidente de la Audiencia confirma sólo parcialmente la nota del Registrador, y la Dirección, centrando la cuestión debatida en si la mencionada certificación de dominio, reúne los requisitos de los artículos 199, 205 y 206 de la Ley Hipotecaria y 303 de su Reglamento, declara:

A) *Por lo excepcional del procedimiento de inmatriculación de inmuebles a favor del Estado mediante la aludida certificación, es necesario que conste clara y terminantemente en ella la formal afirmación de no existir título de dominio inscrito o inscribible, así como que la omisión de alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 303 del Reglamento obedece a que no son conocidas; esa afirmación no puede entenderse suplida por la simple mención de que «no aparece el título de adquisición de la finca mencionada por el Ministerio de Obras Públicas ni han sido facilitados por éste al hacer entrega de ella al de Hacienda».*

B) *El artículo 50 del Reglamento sólo hace referencia a las mutaciones físicas de los inmuebles que han tenido ingreso en el Registro, pero no tiene aplicación en las transformaciones de todos aquellos que viven fuera de él.*

Vid. Resoluciones de 18 de agosto de 1913, 14 de octubre de 1925, 26 de marzo de 1927, 10 de agosto de 1938, 28 de febrero y 29 de julio de 1949 y 25 de febrero de 1953.

A. G. R.

RESOLUCION DEL 18 DE OCTUBRE DE 1953

Procedimiento penal

Adquirida una finca en subasta, tras el oportuno expediente de apremio por débitos a un Ayuntamiento y el otorgamiento de la escritura por el Agente ejecutivo de la Corporación, en representación del deudor rebelde, tuvo acceso al Registro por la vía del expediente de dominio. Posteriormente se presentó en el Diario un mandamiento judicial comunicando al Registrador la existencia de un sumario contra el mismo Agente ejecutivo y ordenándole, en consecuencia, se abstuviera de la práctica de asientos sobre fincas enajenadas por dicho funcionario en su condición de tal. Más tarde, la finca aludida es hipotecada por el adjudicatario y, presentado este nuevo título, es objeto de nota de suspensión en vista de lo ordenado en el mandamiento del Juez.

Apelada la calificación registral es revocada por el auto presidencial, pero la Dirección General la confirma, pronunciándose en la siguiente forma:

A) *Si bien el deudor hipotecario había inscrito su derecho sobre el inmueble mediante un expediente judicial de dominio, este medio inmatriculador, que pudo emplearse para obviar defectos advertidos en la escritura de compraventa, al no sustantivar la causa jurídica de la adquisición carece de virtualidad suficiente para independizar igualmente la razón de ser de la enajenación y la persona del transferente.*

B) *El derecho real de hipoteca lleva implícito un *ius distrahendis*, enajenación en potencia de la que el acreedor podrá hacer uso si, vencida la obligación garantizada, no es satisfecha, y, por lo tanto, podría dar lugar a una transmisión forzosa de la finca, obstaculizada precisamente por el mandamiento judicial presentado.*

C) *Desaparecidas las causas que determinen la medida cautelar autorizada por el artículo 107 del Reglamento Hipotecario en relación con el 17 de la Ley, los derechos afectados recobrarán su efectividad y procederá la consiguiente extensión de los asientos en suspenso.*

D) *El Registrador debe prestar su ministerio y la cooperación precisa al Juez Instructor y acatar el mandamiento judicial, sin que pueda suponer obstáculo para ello el que adolezca de un deficiente tecnicismo hipotecario, y, una vez extendido el asiento de presentación correspondiente, podrá prorrogar su vigencia, por medio de nota, hasta la terminación de la causa.*

Vid. Resoluciones de 2 de diciembre de 1944, 13 de mayo de 1930, 8 de mayo de 1946, 14 de enero de 1931, 14 de diciembre de 1953 y 16 de noviembre de 1923.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

A cargo de Manuel AMOROS GUARDIOLA, Luis DIEZ-PICAZO, Gabriel GARCIA CANTERO, Rafael GONZALEZ GALLARZA, Domingo IRURZUN, Rafael IZQUIERDO, José Luis MORO SERRANO, y Sebastián MORO SERRANO, bajo la dirección de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA

DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. (Sentencia 3 octubre 1955. III, 9)

2. INTERPRETACIÓN DE LEY: *Es absurda y debe rechazarse una interpretación de los preceptos legales que conduzca a una violación de la justicia conmutativa del Derecho y de la Moral.* [Sentencia 29 septiembre 1955.]

3. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: [Sentencia 10 junio 1955. II, 7.]

4. TÍTULOS NOBILIARIOS: POSESIÓN CIVILÍSIMA: *El carácter vincular de los Títulos y Grandezas de España, reconocido en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, al hacer aplicable la Ley 45 de Toro, determina el que dichas vinculaciones se rijan por la posesión civilísima, según la cual no obsta al derecho del pariente en quien debiera recaer el título, la posesión que otro u otros sucesivamente hayan tenido de hecho del mismo.*

TÍTULOS NOBILIARIOS IMPRESCRIPTIBILIDAD: *La posesión de hecho por persona distinta del titular, cualquiera que sea su origen y el tiempo transcurrido sin reclamación, no impide esta última, que puede realizarse en cualquier tiempo.*

TÍTULOS NOBILIARIOS: CARTAS DE SUCESIÓN: EFICACIA: *Cuando no se otorgan a quien tiene derecho preferente no tienen más virtualidad que la de una cédula puramente posesoria, disfrutando el título o la Grandeza, quien así la obtuvo, en precario.*

TÍTULOS NOBILIARIOS: ORDEN DE SUCESIÓN: *Cuando otra cosa no se dispone en la concesión del título, se ajusta a la ley 2.ª del título XV de la Partida 2.ª y a la ley 40 de Toro, según expresamente se dispone en el art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948 (Sentencia de 4 de julio de 1955).*

5. CERTIFICACIONES DEL REGISTRO CIVIL: VALOR: *Las certificaciones del Registro Civil sólo acreditan el hecho a que se refieren, pero no adveran otras circunstancias de carácter secundario que en ellas figuren, y en consecuencia no tienen el carácter de documento auténtico en tales extremos.* [Sentencia 20 junio 1955.]

6. DOMICILIO: MUJER CASADA: *La autorización del marido concedida a la mujer para residir fuera del domicilio conyugal, no puede extenderse fuera de sus límites temporales y espaciales.* [Sentencia 21 septiembre 1955.]

7. REPRESENTACION: PERSONAS JURÍDICAS: [Sentencia 23 mayo 1955. III, 4.]

8. ASOCIACIONES: TRANSFERENCIA DE PARTICIPACIONES EN UNA ASOCIACIÓN RECREATIVA ANÓNIMA: *Incumplidas las normas que sobre transferencia de*

participaciones establece el Reglamento de la Asociación, que exige la aprobación de toda transferencia en Junta General, es evidente que no puede declararse participacionistas a los cesionarios ni obligada la Asociación a tenerlos como tales, sin que ello sea obstáculo, sin embargo, para reconocer como ciertas esas transmisiones que han creado derechos y obligaciones entre los que las realizaron, pero que no afectan a la Asociación respecto a los cesionarios demandantes.

CAUSA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: CAUSA Y MOVIL: INTEGRACION DE ÉSTE EN AQUÉLLA: INEFICACIA DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS QUE PERSIGUEN UN FIN ILÍCITO O INMORAL: *En las ocasiones en que existen dificultades técnicas para delimitar el ámbito de la causa de un negocio jurídico del móvil que origina su celebración, procede aplicar, como si el móvil estuviera integrado en la causa, el principio de reputar ineficaz todo contrato o actuación que persiga un fin ilícito o inmoral. No hay finalidad inmoral o ilícita en la constitución de una hipoteca y en la emisión de nuevas participaciones sociales por una Asociación, cuando consta que la emisión se realizó para pagar créditos que contra la Asociación tenía uno de los demandantes y solventar otras dificultades económicas. [Sentencia 20 junio 1955.]*

9. DAÑOS Y PERJUICIOS: CONDUCTA IMPUTABLE: [Véase Sentencia de 13 de octubre de 1955. 16.]

10. NEGOCIO FIDUCIARIO: VENTA EN GARANTÍA: *Aunque no haya una regulación específica del negocio fiduciario en el Derecho Positivo, cabe admitirlo al amparo del art. 1.255 C. c., pero con especial moderación en el ejercicio de la facultad de calificación de estos negocios.*

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: *Si las ventas de las fincas funcionaron realmente como garantía de un préstamo no las ha poseído a título de dueño el fiduciario prestamista, aunque la transmisión se haya inscrito en el Registro.*

PETICIÓN: CANCELACIÓN: ASIENTO HIPOTECARIO: Art. 38. II, L. H.: *La petición de nulidad o cancelación de la inscripción que exige el artículo 28, p.º 2.º, L. H. tiene inter partes carácter meramente formulario, y podrá, (no habiendo terceros adquirentes), tener lugar dicha cancelación al ejecutarse la sentencia, mediante la escritura de rescate o nueva transferencia del dominio.*

No se infringe el art. 548 L. E. C. al pedirse en trámite de réplica la nulidad o cancelación de la inscripción que exige el art. 38 L. H., si no se hizo en la demanda. [Sentencia 3 mayo 1955.]

A. ANTECEDENTES. *En garantía de un préstamo, el demandante vendió determinados bienes al demandado, pactando que si dentro del plazo de cuatro años era reintegrada la suma prestada, el prestamista vendría obligado a otorgar escritura de retroventa a favor del propietario, o a dejar sin validez ni eficacia el documento privado de venta. El prestamista tomó posesión de los bienes y los inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad. Dentro del citado plazo y en repetidas ocasiones, el prestatario ha intentado devolver la cantidad percibida y recobrar sus bienes, pero el prestamista se opone a sus pretensiones. El Juez de Primera Instancia,*

dictó sentencia admitiendo la existencia de un negocio fiduciario válido y eficaz de acuerdo fundamentalmente con las pretensiones del demandante. Apelada la sentencia, la A. T. la confirma parcialmente, y el demandado recurre en casación por infracción de ley. El T. S. declara *no haber lugar* al recurso con fundamento en la siguiente doctrina:

CONSIDERANDO que este criterio del juzgador se ha de compartir en casación con secuela de desestimación del sexto motivo del recurso: primero, porque si bien en nuestro Derecho positivo no se regula específicamente el negocio fiduciario nada hay que se oponga a su admisión, según doctrina y moderna jurisprudencia, sino que, por el contrario, el art. 1.255 del Código civil, entre otros que autorizan la libertad de pactos lícitos, ofrece vasto campo de contratación atípica, como la fiduciaria, y segundo, porque la materia contemplada en este pleito revela claramente su estructura de *fiducia cum creditore* de tipo romano, por la concurrencia de los requisitos que la caracterizan, a saber: a) hay un contrato complejo, integrado por otros desinterdependientes, uno real, de transmisión pleja del dominio la compraventa con su correspondiente atribución patrimonial eficaz erga omnes, y otro obligacional, válido entre partes, que constriñe al comprador el uso del derecho adquirido en forma que no impida el rescate por el vendedor de la titularidad transmitida y consiguiente deber, en otro caso, de indemnizar daños y perjuicios, sirviendo de causa al contrato unificado la fiduciaria propia del vínculo obligacional, que presta soporte también a la compraventa en su función de garantía entre los contratantes; b) hay una evidente desproporción entre el medio empleado —venta de dos casas y 16 fincas rústicas— y el fin, realmente perseguido —mera garantía de un préstamo de 4.500 pesetas—; c) hay en consecuencia, la posibilidad de que quiebre la confianza puesta por el fiduciante en el fiduciario, bien creando terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante le confirió, bien creando terceros adquirentes frente a los cuales el fiduciante carece de acción, si aquellos merecen el concepto de terceros, bien resistiendo infundadamente el cumplimiento de la obligación de restituir, que es lo que se aprecia en este pleito; y d) hay, en fin, el uso de un medio indirecto, y fuera de los cuadros típicos de la Ley, para obtener un resultado que pudo haber sido conseguido por la vía directa y típica del préstamo con afianzamiento, prevista en el ordenamiento jurídico.

CONSIDERANDO que aunque en el caso ahora debatido se aprecia la concurrencia de fiducia, como presumible por la notoria desproporción entre el medio empleado y el fin requerido, es recomendable especial moderación en el ejercicio de la facultad de calificación de estos negocios jurídicos, sin perder de vista que la fe o confianza, se conjugan con mayor o menor intensidad en toda la contratación, y en el negocio fiduciario ha de adquirir rango superlativo, cual clave o nota dominante en el concierto de voluntades, que constituye la base fundamental tomada en consideración por los interesados para la conclusión del contrato; pero si se demuestra, y en este proceso no se ha demostrado, que el llamado fiduciante no prestó su consentimiento en aras de la confianza que le mereciese el accipiens, sino que, en situación de angustia económica, tuvo que suscribir ante exigencias

exorbitantes de éste, será preciso abandonar la ruta del negocio fiduciario, por inexistencia de la fiducia, pues habría de actuar como elemento esencial y decisivo, para emprender, en trance de construcción jurídica, otros derroteros que conduzcan a la misma finalidad de cumplimiento de lo verdaderamente convenido, bien por la senda de discordancia entre la voluntad interna y declarada en su manifestación de simulación relativa, de contornos muy similares a las del negocio fiduciario, bien por la del consentimiento no prestado libremente, en términos parecidos a los que determinan la nulidad del contrato usuario, bien, en fin, por otros procedimientos que, con base en la intención de los contratantes, lleve al cumplimiento de lo realmente pactado.

B. OBSERVACIONES: Insiste el Tribunal Supremo con esta sentencia en el camino iniciado por las de 25 de mayo de 1944, 28 de enero de 1946, y 23 de febrero de 1951, respecto a la configuración romanista del negocio fiduciario. Ha sido en las de 1946 y 1951 en las que aceptó la estructura doble del negocio fiduciario que constituye el nervio de la doctrina de «Ferrara», pues en la de 1944 se limitó nuestro Alto Tribunal a caracterizarlo por la mera disonancia entre el medio jurídico adoptado y el fin práctico perseguido, por utilización de una vía oblicua, o combinación de formas jurídicas entrelazadas que permita la obtención de un resultado no previsto en los cuadros de la Ley —negocios «indirectos» y negocios «fiduciarios»— válidos cuando no encubren fraude de ley, pero, ya en la de 1946 se refiere a dos negocios, uno de transferencia y otro de garantía o contrato obligatorio negativo que obliga al fiduciario a «usar de su derecho dentro de los límites convenidos» y por fin en la de 1951, además de reiterar la de 1944 y con referencia a un caso análogo al presente, se diferencia el negocio fiduciario del simulado precisa y fundamentalmente por esta doble estructura del primero («negocio simple» el simulado y «forma compleja» el fiduciario), a la vez que se admite con base en el art. 1.277 C. c.

El resto de las sentencias del T. S. que se citan cuando se trata del negocio fiduciario tienen menos interés, unas porque aunque se refieren a negocios de esta clase, no se aluden tan siquiera (así las de 22 de noviembre de 1935, 7 enero 1944 y 10 de marzo de 1944) y otras como la de 22 de mayo de 1953, porque se limitan a nombrar al negocio fiduciario sin contener ninguna doctrina respecto a él.

Aunque lateralmente por referirse a adjudicaciones de bienes hereditarios para pago de deudas, deben citarse las resoluciones de 14 de junio de 1922 y 26 de diciembre de 1946. La primera (recogida literalmente en Sen. de 23 de mayo de 1935, en cuanto al negocio fiduciario se refiere), entiende que hay una finalidad fiduciaria por «la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza», y la segunda caracteriza al fiduciario como un propietario formal, admitiendo la existencia de los dos negocios, el de disposición y el obligacional.

En la sentencia que se anota, es recogida toda esta doctrina: Estructura doble del negocio, desproporción entre el medio empleado y el fin realmente perseguido, elemento de confianza y uso de un medio indirecto y fuera de los cuadros típicos de la ley.

Prescindiendo de estas notas en cierto modo secundarias ¿es acertada la consideración de una forma compleja en el negocio fiduciario? Se trata de dos negocios de índole diferente, opuesta mejor, y que producen sus efectos con independencia por el real positivo, se transfiere la plena titularidad del derecho al fiduciario, y por el obligatorio negativo queda este obligado a conducirse de manera adecuada al fin económico perseguido por el fiduciante. Si el fiduciario abusa y no reintegra la cosa, al fiduciante, no gozará de acción reivindicatoria, sino que sólo podrá pedir la

indemnización de daños y perjuicios derivada del incumplimiento del segundo contrato.

Los inconvenientes de esta solución son patentes y por eso el T. S. aunque se adhiera a la construcción romano-italiana del negocio fiduciario, no la lleva a sus últimas consecuencias, y admite plenamente la reivindicación por el fiduciante. Por todo ello, parece más aceptable la doctrina germánica: El fiduciario adquiere el derecho sometido a una condición resolutoria de suerte que su abuso provoca el retorno de los bienes al fiduciante, incluso en perjuicio de terceros adquirentes. Se ha dicho (GARRIGUES, «Negocios fiduciarios en Derecho Mercantil», pág. 16) que al espíritu del Derecho Continental no se adapta la estructura de la fiducia de tipo germánico, que conduce a una legitimación formal de fiduciario con simultáneo reconocimiento de un derecho real del fiduciante, a una división o fraccionamiento de la propiedad propia del Derecho feudal. Salva esta objeción en lo que tiene de fundada el estimar que el negocio fiduciario transmite un poder de disposición condicionado por la «causa fiducia» es decir, únicamente para el fin determinado, que el fiduciante haya fijado (garantía, mandato). Sólo esta construcción evita los inconvenientes que pueden derivarse al fiduciante, vg. en caso de quiebra o concurso del fiduciario. (R. I.)

11. VALOR DEL SILENCIO COMO DECLARACIÓN DE VOLUNTAD: *El hecho de que la demandada haya dejado transcurrir más de tres años, desde que se iniciaron las obras hasta la presentación de la demanda, sin que conste probado en forma alguna que se haya opuesto a la realización de esas obras y posesión de la finca por la compradora, revela una pasividad a la que es perfectamente aplicable el axioma jurídico de «qui tacet cum loqui et potuit et debuit, consentire videtur». lo que hace que el Tribunal de instancia, al interpretar su silencio como un asentimiento tácito al contrato de compraventa celebrado por su padre, no infrinja ni quebrante ningún precepto legal.*

RESOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS: ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: LA SIMPLE DEMORA EN EL CUMPLIMIENTO: *La admisión sin protesta ni reserva por los vendedores de la tardía entrega de una parte aplazada del precio, revela que la morosidad en hacer el pago fué un simple retraso sin propósito alguno por parte de la compradora de incumplir el contrato, por lo que no es admisible la resolución del contrato ni la aplicación del artículo 1.124. [Sentencia 27 mayo 1955.]*

12. SIMULACIÓN. *No hay simulación cuando «si bien, como expone la Sala de Instancia, las hipótesis ofrecidas por la parte, antes apelante y hoy recurrente, pueden conducir a una sospecha sobre la realidad interna del contrato», las solemnidades que a éstos le rodean, y la falta de precisión de ajena procedencia a la cantidad importe de la compraventa, causa contractual, real e inmediata, de aquél, son factores que obligan a reconocer la licitud de la estipulación establecida. [Sentencia 11 junio 1955.]*

13. SIMULACIÓN: FALTA DE CAUSA: CASACIÓN: *Conforme a reiterada jurisprudencia ha de estarse a la apreciación de la Sala Sentenciadora, respecto a la existencia o inexistencia de causa en los contratos, a menos de impugnar su juicio por el núm. 7.º del art. 1.692 L. E. C. acreditando error de hecho o de derecho.*

INTERPRETACIÓN: CASACIÓN: *Sólo es viable el recurso de casación por causa de interpretación cuando se acusa la infracción de los artículos 1.281 y sig. C. c. [Sentencia 25 junio 1955.]*

14. **ENRIQUECIMIENTO INJUSTO:** [Sentencia 9 mayo 1955. III, 72.]

15. **ENRIQUECIMIENTO INJUSTO:** [Véase Sentencia 10 junio 1955. II, 7.]

16. INTERPRETACIÓN DE NEGOCIO JURÍDICO: *Cuando los términos del contrato son tan claros que no puede hacerse otra cosa que estar a su sentido literal, no se infringe el artículo 1.281 del C. c.*

TRANSACCIÓN: INTERPRETACIÓN: *Se reputa comprendido en el contrato todo aquello que se induzca necesariamente de los términos del mismo.*

DAÑOS Y PERJUICIOS: CONDUCTA IMPUTABLE: *La contravención de una obligación imputable a la conducta del demandado le hace responsable de los perjuicios causados. [Sentencia 13 octubre 1955.]*

17. **PRUEBA DE CONFESIÓN: ALCANCE:** [Sentencia 15 abril 1955. III, 17.]

18. RECONOCIMIENTO DE HECHOS: ENAJENACIÓN DE BIENES DE MENORES: *No es aplicable al art. 164 C. c. cuando no se trata de una enajenación, sino del reconocimiento de un hecho realizado anteriormente por otras personas y con referencia a la voluntad de éstas, aunque una sea causante de los manifestantes.*

El reconocimiento es un elemento de prueba que no implica constitución o negación de derechos. [Sentencia 8 junio 1955.]

19. EL NOTARIO COMO TESTIGO: *La declaración testifical hecha por un notario no constituye documento público, a los efectos del art. 1.218 del Código civil. [Sentencia 9 mayo 1955.] Don Antonio F. O., notario, no como tal sino como testigo, declaró que el día 8 de enero de 1948 requirió al señor R. en virtud de encargo urgente que hizo en su despacho el demandado don P. G. acompañado del abogado don E. M. actor y recurrente en este pleito.*

20. DOCUMENTOS PÚBLICOS: CALIFICACIÓN DEL NOTARIO: [Sentencia 23 mayo 1955. III, 4.]

21. PRESUNCIONES: CASACIÓN: *Puede impugnarse en casación la prueba de presunciones por dos causas: porque no resulte debidamente justificada la existencia del hecho del que ha de partir la inducción, y cuando entre el hecho básico y el que se trata de probar no exista enlace alguno y sean contrarios a toda lógica los argumentos con que se trata de probar. [Sentencia 27 mayo 1955.]*

22. CONVALIDACIÓN: *La posible ineficacia de un inventario y del acto de conciliación subsiguiente, a causa de no haber estado debidamente representados unos menores, está totalmente subsanada al pedir en este pleito los actores, que son aquéllos menores, el cumplimiento de lo convenido, en el acto de conciliación.*

OPERACIONES QUE COMPRENDE LA PARTICIÓN: EL INVENTARIO Y LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: DIFERENCIAS: *El inventario no supone una liqui-*

dación de la sociedad conyugal. Son totalmente distintas la relación de bienes que tienen que formar necesariamente los contadores partidores con los herederos y la liquidación de la sociedad de gananciales, en la que precisamente por disposición legal no pueden intervenir los herederos cuando el testador nombró contadores.

TRANSACCIÓN APOYADA EN UN INVENTARIO: No es necesario para su realidad legal, que se fije el carácter o condición jurídica de los bienes, pues en muchos casos se ajusta el convenio precisamente para evitar discusiones o litigios sobre esa naturaleza o cualidad jurídica, y basta saber con seguridad cuáles son los bienes transferidos y cuáles las prestaciones prometidas, para la plena fuerza jurídica de esos pactos.

DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: Va contra sus propios actos quien promueve el juicio de testamentaria después de entregar parte de lo convenido y recibir parte de las contraprestaciones acordadas en un convenio transaccional por el que quedó totalmente apartado de la herencia, sustituyendo sus derechos en ella por las prestaciones convenidas. [Sentencia 1 junio 1955.]

23. **PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN DERECHO CATALÁN: SU RELACIÓN CON LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: USATGE «OMNES CAUSAE»:** Por el transcurso de los treinta años se pierde el derecho a ejercitar cualquier acción civil, con lo cual el poseedor, aún sin la concurrencia de los requisitos de justo título y buena fe, obtiene la seguridad de su situación de dueño.

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN DERECHO CATALÁN: INTERRUPTIÓN: En el Derecho privativo catalán únicamente se interrumpe la prescripción por la «citación judicial» practicada conforme a la Ley tercera y párrafo tercero del libro séptimo del Código de Justiniano, o por el «reconocimiento» que el contrario haga del derecho de su acreedor, según establecen los párrafos tercero y quinto de la citada Ley séptima.

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE DIVISIÓN: ARTÍCULO 1.965 DEL CÓDIGO CIVIL: La imprescriptibilidad establecida en este artículo ha de entenderse en el sentido de ser tan sólo aplicable el aludido precepto cuando la posesión se hace en común y en beneficio de uno para todos y en nombre de todos, mas no cuando se ha poseído exclusivamente por uno como dueño, en interés propio y sin intervención de los coherederos.

PRUEBA DE LA POSESIÓN: VALOR PROBATORIO DE UNA CERTIFICACIÓN MUNICIPAL: La certificación del Ayuntamiento indicando que a nombre del causante estuvieron inscritas hasta mil novecientos veintiocho las fincas discutidas, sólo envuelve una modalidad de orden administrativo que nada significa para estimar que su posesión no fuera realizada por el demandado. [Sentencia 30 septiembre 1955.]

II. Derechos reales

1 **ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO:** Es presupuesto del ejercicio de una acción de esta clase, al probar por la parte demandante la identidad o coincidencia física entre las fincas discutidas y las que constan en el título.

USUCAPIÓN EN NAVARRA: La prescripción adquisitiva sin título requiere

el transcurso de cuarenta años de posesión con buena fe conforme a las leyes 8.ª y 10.ª, título 37, libro 2.º de la Novísima Recopilación de Navarra. [Sentencia 21 junio 1955.]

CONCORDANCIAS: Las sentencias de 11 de febrero de 1941, 3 de mayo de 1944, 26 de noviembre de 1946 y 25 de abril de 1949 respecto del primer apartado; la de 30 de junio de 1859 respecto del segundo.

2. ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: IDENTIDAD DE LA FINCA: Alguna diferencia de cabida y alguno de los linderos en documentos referentes a las fincas objeto de la demanda, no son bastantes para desconocer la identidad que la sentencia estima acreditada no sólo por lo que resulta de aquéllos, sino por la corroboración testifical.

PRUEBA DE PRESUNCIONES: No es lícito en casación atacar una presunción mediante el examen separado del enlace entre el hecho deducido y cada uno de los que le sirven de base para afirmar su existencia, cuando la legitimidad de la conclusión lógica a que la sentencia recurrida llegó, se deduce en ella del conjunto de todos los hechos que declara probados y no de cada uno de ellos aisladamente.

BIENES COMUNALES: ATRIBUCIÓN DE ESTE CARÁCTER: PRUEBA: EL CARÁCTER DE BIENES COMUNALES ES UNA CALIFICACIÓN JURÍDICA Y NO UN HECHO: Para atribuir el carácter de comunales a los bienes de que se trata no basta la calificación jurídica de tales por las partes, por el Ayuntamiento o por la Diputación Provincial, sino que es preciso acreditar el hecho que diera lugar a la adquisición de esos bienes con tal carácter, hecho que ha de probar el que lo afirma.

USUCAPIÓN EN NAVARRA: BUENA FE: OTROS REQUISITOS: La buena fe exigida en Navarra para la prescripción extraordinaria de cuarenta años, no se contradice por el hecho de que los causantes de los actuales poseedores hubiesen hecho, en gestiones administrativas y fiscales, determinadas calificaciones de su posesión, que, reveladoras de su interés en reafirmar su situación posesoria, son compatibles con su creencia de poseer en concepto de dueños, pacíficamente y «sin mala voz». [Sentencia 30 junio 1955.]

3. PRESCRIPCIÓN: DIVISIÓN DE COSA COMÚN: [Sentencia 9 mayo 1955. III. 72.]

4. USUCAPIÓN: REQUISITOS: JUSTO TÍTULO: VERDADERO Y VÁLIDO: Por ser bastante para transmitir el dominio conforme al artículo 1.952 del C. c., es justo título la adjudicación hecha por el Juzgado de procedimiento de apremio como consecuencia de un juicio ejecutivo. Y en cuanto a la necesidad de que ese título sea verdadero y válido, exigida por el artículo 1.953, no quiere decir que el título sea inatacable, pues entonces haría inútil y sin razón de ser la prescripción ordinaria. [Sentencia 30 mayo 1955.]

5. USUCAPIÓN EN NAVARRA: [Sentencia 21 junio 1955. v. 1.]

6. POSESIÓN INMEMORIAL EN NAVARRA: [Sentencia 16 junio 1955. v. 20.]

7. COMUNIDAD DE BIENES: BENEFICIOS: Cuando las cuotas de capital atribuidas a cada uno de los partícipes son diferentes y lo solicitado es la

declaración de que determinados bienes pertenecen a la comunidad, no es aplicable la norma de reparto de beneficios por partes iguales.

ACTOS PROPIOS: Sólo tienen esta naturaleza los que recaen sobre situaciones de notoria eficacia jurídica y pueden considerarse, por ello, jurídicamente vinculantes.

SOCIEDAD: CAUSAS DE DISOLUCIÓN: Pactadas en el contrato una o varias causas de disolución, tal pacto no ha de estimarse, a menos de una expresa declaración en tal sentido, excluyente de la aplicación de las normas establecidas en la ley para el mismo supuesto.

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: Este fenómeno jurídico no puede producirse a causa de una resolución judicial definidora de derechos entre partes.

REGISTRO DE LA PROPIEDAD: PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN: El artículo 38 de la L. H. establece una presunción iuris tantum que puede ser destruida por prueba en contrario. [Sentencia 10 junio 1955.]

8. PROPIEDAD HORIZONTAL. [Sentencia 7 julio 1955. III. 40.]

9. COPROPIEDAD: LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS COMUNEROS: El comunero no está legitimado pasivamente para defender la comunidad cuando la pretensión del demandante afecte en sentido adverso a los demás comuneros no demandados. [Sentencia 5 julio 1954.]

10. PRECARIO: LEGITIMACIÓN PASIVA: PLURALIDAD DE PRECARISTAS: Siendo tres los precaristas—padre, madre e hijo—si el requerimiento se hizo solamente a uno de ellos, no procede decretar el desahucio respecto de los otros dos, pues debieron ser requeridos, o en su persona o en la persona de su representante legal. [Sentencia 5 julio 1955.]

11. POSESIÓN DE BIENES MUEBLES: ARTÍCULO 464 DEL CÓDIGO CIVIL: IRREVINDICABILIDAD: Afirmar con carácter general la irrevindicabilidad de las cosas muebles poseídas de buena fe fuera de los casos del párrafo tercero del artículo 464, equivale a extender esta norma de excepción a casos no previstos en ella, en contra del espíritu de recuperación-reivindicación, previo pago del precio, que informa el párrafo segundo del mismo artículo.

USUCAPIÓN DE MUEBLES: BUENA FE: IGNORANCIA DEL DERECHO: No puede la recurrente alegar su buena fe escudándose en la ignorancia del derecho, en contra del artículo segundo del Código civil, para negar que conociera que la donación en que apoya su buena fe careciera de efectividad.

ALBACEAZGO: FUNCIONES DEL ALBACEA: ACCIÓN DE INCAUTACIÓN DE BIENES, PREVIA A LA ENTREGA DE LEGADOS: SU DIFERENCIA CON LA REIVINDICATORIA: Los albaceas que piden la entrega de unas alhajas para cumplir con ellas el legado ordenado por la testadora, no ejercitan la acción reivindicatoria, sino una acción previa indispensable para cumplir su obligación de incautarse de todos los bienes y hacer la entrega de legados. [Sentencia 26 junio 1955.]

12. DERECHO FORAL: CATALUÑA: MEJORAS HECHAS POR USUFRUCTUARIO: Se rigen primordialmente en Cataluña por la Ley 15, libro séptimo, título primero «De usufructu et quemadmodum quis utatur fructu» del Digesto, y no por el Usatge «Si quis in alieno», único, del título primero, libro sép-

timo, volumen primero de las Constituciones de Cataluña. [Sentencia 28 marzo 1955.]

13. **SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE VISTAS:** *Constituida una servidumbre de vistas sobre un edificio, en virtud de la cual no podría éste tener en ninguna de sus plantas, ni en su terraza, si se construyere, vista alguna a la finca colindante por su lado Norte, no puede dudarse que en la prohibición están comprendidas las vistas rectas y las de costado en toda su extensión, es decir, que no permite abrir hueco alguno en aquella fachada.*

INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE GRAVÁMENES: *El principio de interpretación restrictiva en materia de gravámenes sólo puede prevalecer en los casos dudosos y no cuando la claridad del título constitutivo no ofrece duda sobre la existencia del gravamen.*

CLÁUSULA PENAL PARA EL CASO DE CONTRAVENCIÓN DE UNA SERVIDUMBRE VOLUNTARIA: INSCRITA EN EL REGISTRO AFECTA A CUALQUIER DUEÑO DEL PREDIO SIRVIENTE: *La cláusula penal establecida en el título constitutivo de una servidumbre voluntaria «in non faciendo» para el caso de que el titular del predio sirviente contravenga lo pactado, implica una estipulación accesoria de la servidumbre, inseparable de ella, que, una vez inscrita en el Registro, afecta a cualquier dueño que pueda tener el predio sirviente, ya que por cualquier dueño puede cometerse la infracción de la servidumbre.* [Sentencia 27 junio 1955.]

OBSERVACIONES: Con arreglo a la terminología empleada por el Código civil en su artículo 533, puede hablarse de servidumbres negativas, en las que el dueño del predio sirviente está obligado a abstenerse de hacer algo que le estaría permitido sin la existencia del gravamen (*servitutes in non faciendo*) y de servidumbres positivas, dentro de las cuales cabe distinguir las *in patendo* en que el dueño está obligado a soportar, tolerar, dejar hacer o permitir que otro haga algo, de las *in faciendo* (excepcionales, aunque del artículo 533 no se deduzca así), en las que el dueño del predio sirviente está obligado a hacer algo. Aparte el problema de la naturaleza de estas «obligaciones» y de si son o no *obligationes rei*, la doctrina expresada es la romana y la tradicional en nuestro Derecho.

Es evidente que la servidumbre positiva de vistas incluye la de luces de un modo forzoso; pero, por el contrario, cuando la servidumbre de vistas es negativa, no sucede lo mismo, pues es concebible que se prohíba al dueño del fundo sirviente tener vistas sobre el dominante y se le permita tomar luz de él, en situación análoga a la prevista en el artículo 581 del Código civil.

En el caso de autos se había constituido una servidumbre voluntaria y negativa de vistas, con ocasión de la venta de un inmueble, estableciéndose en el contrato que la finca vendida «no podría tener en ninguna de sus plantas, ni en su terraza, si se construyere, vista alguna a la finca colindante de los señores B... con la que linda por su lado Norte».

Por ello parece exagerada y excesivamente rotunda la doctrina contenida en el considerando segundo de la sentencia de 27 de junio de 1955: «No puede dudarse que en la prohibición están comprendidas las vistas rectas y las de costado en toda su extensión, es decir, que no se permite abrir hueco alguno en aquella fachada.»

El Tribunal Supremo se apoya en la claridad del título constitutivo, y como el contrato «no puede ofrecer duda sobre la existencia de este gravamen, hay que estar para su cumplimiento a los términos en que se convino», según expresa en el considerando cuarto. Pero hay que advertir que

una cosa es la existencia y otra el contenido del gravamen. Que el gravamen existe, es incuestionable. Lo dudoso es su extensión y contenido: Si es una servidumbre que sólo impide tener vistas sobre el predio dominante, o si prohíbe al dueño del predio sirviente incluso tomar luz de aquél mediante la apertura de cualquier clase de huecos.

Sin necesidad de utilizar el principio del *favor libertatis*, ni el del ejercicio *civiliter* de las servidumbres por el titular del predio dominante, parece claro que el simple uso de las reglas de interpretación de los contratos (arts. 1.281-1.289 C. c.) puede resolver la cuestión.

Por ello, sorprende la afirmación antes recogida de la sentencia, de que «no puede dudarse... que no permite abrir hueco alguno en aquella fachada». Y sorprende por dos razones: Primera. Porque de los términos literales del contrato no se deduce la prohibición de abrir hueco alguno, sino la de *abrir hueco alguno para vistas*, pues lo que se pretende es que «no pueda tener vista alguna sobre la finca con la que linda por el lado Norte». Entendida esta cláusula de otra manera, parece enturbiarse la distinción entre la servidumbre de luces y la de vistas. Segunda. Porque precisamente a consecuencia de estar prohibidas con claridad toda clase de vistas, tanto frontales como de costado—según puntualiza con acierto el Tribunal Supremo—, es evidente que la prohibición de abrir huecos para vistas no puede limitarse a la fachada Norte, en que se tendrían vistas rectas, sino que se extiende también a las restantes fachadas (Este y Oeste), en cuanto desde ellas se puedan tenerse vistas oblicuas al Norte sobre el predio dominante. (D. I.)

14. **SERVIDUMBRE: PREFERENCIA DE LA REGULACIÓN CONVENCIONAL SOBRE LA LEGAL:** *El artículo 585 del Código civil carece de aplicación cuando existe un título en que se fija el alcance o extensión de la servidumbre* [Sentencia 30 septiembre 1955.]

Constituida en 1890 una servidumbre voluntaria de luces y vistas, el demandado, titular del predio sirviente, pretende justificar legalmente el haber construido violando el derecho de servidumbre y alega que, dada la imprecisión del contenido de tal derecho en su título constitutivo, su conducta se acomoda a la regla general del artículo 585. El Tribunal Supremo, acertadamente, afirma la preferencia del pacto constitutivo en orden a concretar el contenido del derecho real, subordinando a su aplicación la regulación legal del artículo mencionado.

15. **REGISTRO DE LA PROPIEDAD: PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN:** Véase Sentencia 10 junio 1955 (II, 7).

16. **EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO INSCRITO: ACCIÓN DE NULIDAD DE CONTRATO Y ACCIÓN DE RESCISIÓN POR LESIÓN «ULTRA DIMIDIUM» EN CATALUÑA: ARTÍCULO 38, PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LEY HIPOTECARIA:** *Tanto la acción de nulidad de un contrato de compraventa como la de rescisión por lesión ultra dimidium entablada subsidiariamente, en cuanto contradictorias del dominio, deben ir acompañadas imprescindiblemente de la solicitud de la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.* [Sentencia 6 mayo 1955.]

A. La exigencia legal se justifica por la necesidad de evitar el contrasentido resultante de la anulación del título y el mantenimiento de la inscripción no atacada, pues de otra forma continuaría viviendo ésta en el

Registro bajo la garantía que a la fides publica el poder proporciona, mientras un órgano de este poder, el judicial, había declarado su extinción.

B. OBSERVACIONES: Es evidente que en este caso, la estimación por la sentencia de cualquiera de las dos acciones ejercitadas, hubiera llevado a la necesidad de cancelar la inscripción causada a favor de la demandada, por lo que la aplicación del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no ofrece duda.

El artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo segundo, se refiere a dos acciones: una, contradictoria del dominio o derecho real inscrito, que podríamos llamar civil o sustantiva; y otra, de tipo formal o hipotecario, puramente registral, para obtener la nulidad o la cancelación de la inscripción. Y establece la norma de que no puede ejercitarse la primera sin que previamente o a la vez, se ejercite la segunda.

La sentencia que comentamos declara que lo que hace la Audiencia (al revocar la del Juzgado, estimatoria de la demanda), «es acomodar a los autos y de modo recto el principio esencial e imperativo contenido en el artículo 38 ... de requerirse cuando se ejercita cualquier acción que pueda contradecir el dominio de un inmueble inscrito a nombre de persona determinada, y (sic) solicite necesaria e imprescindible en forma previa o a la vez la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente».

Podría oponerse a la justificación tradicional del precepto, recogida por la Sentencia (contrasentido entre el título anulado por la sentencia y la inscripción viva por la falta de petición de su cancelación), que la acción contradictoria del dominio inscrito se ejercita no ante organismos administrativos o políticos, sino precisamente ante los propios Tribunales de Justicia, bajo cuya salvaguardia están los asientos del Registro, según el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, y que mientras no se oculte al juzgador la existencia de la inscripción registral del dominio contradicho, en el propio ejercicio de la acción contradictoria va implícita la demanda de cancelación de aquel asiento; e incluso que, planteada así la cuestión, si el Tribunal estima la demanda debe ordenar dicha cancelación, precisamente en aras de aquella función de salvaguardia de los asientos que el artículo 1.º le encomienda.

No se nos oculta que frente a este criterio está la posible objeción de una incongruencia por otorgar la sentencia más de lo pedido, y sobre todo, el texto claro y terminante del artículo 38 en su párrafo segundo. Pero, por otra parte, la doctrina nos habla (V. Roca Sastre: *Instituciones*, I-390) de que «la petición de cancelación puede ser expresada tácitamente», e incluso el propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de marzo de 1923, parece no considerar necesaria una expresión formal de la petición de nulidad o cancelación, bastando «con que se tienda» a tal cancelación, y concluye afirmando que estimada tal demanda es suficiente para determinar la cancelación. Tesis a la que nos adherimos, ya que, como la propia Sentencia expresa, «resultaría ilógico que, perdida la eficacia de un contrato rescindido, subsistiera la inscripción ocasionada por lo que después dejó de existir». (D. I.)

17. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: PRESUNCIÓN «IURIS TANTUM» DE VERACIDAD: *En cuanto a que las inscripciones subsisten en el Registro por no haberse decretado la nulidad o cancelación de las mismas, ello solamente constituye una presunción de que el derecho existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, en virtud del principio de legitimación registral, pero tal presunción puede ser destruida por la prueba en contrario, como en el presente caso ha sucedido.*

EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO INSCRITO: ARTÍCULO 38. PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LEY HIPOTECARIA: SU APLICACIÓN AL CASO DE

DEMANDA RECONVENIONAL: SU INAPLICACIÓN SI EL DEMANDADO, OPONIENDO LA USUCAPIÓN, EXCEPCIONA LA FALTA DE ACCIÓN EN EL DEMANDANTE: *El párrafo segundo del artículo 38 es aplicable al actor y lo es también al demandado cuando por reconvencción actúa contra el derecho inscrito. Pero no cuando, como en el caso presente, el demandado no ejercita por reconvencción acción alguna, sino que se limita a alegar por vía de excepción la falta de acción en el demandante por no corresponderle el dominio que reclamaba, en cuanto había sido adquirido mediante usucapión por el demandado.*

TRADICIÓN INSTRUMENTAL: ARTÍCULO 1.462, PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL: **POSESIÓN REAL Y EFECTIVA:** *Establecido en el artículo 1.462 que cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega «dicha sociedad entró, por virtud del otorgamiento de tal escritura, en la posesión real y efectiva de las expresadas fincas, y hay que admitir, mientras otra cosa no se demuestre, que continuó en dicha posesión respecto a la cual no tenía por qué practicar prueba alguna».*

BUENA FE: PRESUNCIÓN A FAVOR DEL POSEEDOR: EL FACTOR MERCANTIL: *La presunción no puede quedar desvirtuada por la interpelación que resulta de un acta notarial que no se entendió con ningún representante de la sociedad demandada, sino con persona a la que la recurrente atribuye la cualidad de factor quien, por tal carácter, no puede ostentar la representación de la compañía fuera de aquellos negocios y contratos que se refieran al giro y tráfico del establecimiento, según los artículos 281 y siguientes del Código de comercio. [Sentencia 9 julio 1955.]*

OBSERVACIONES: De las importantes cuestiones de que se ocupa esta Sentencia, según se advierte de la simple lectura del resumen anterior, interesa destacar por su valor, la doctrina relativa al párrafo segundo del art. 38 de la L. H., en especial si se pone en contacto con la que el propio Tribunal Supremo ha expresado en las Sentencias de 16 de febrero y de 6 de mayo de 1955 también. (V. resumen y comentario de ambas en el mismo volumen del ANUARIO).

En la Sentencia de 9 de julio a que nos referimos, se trata de una acción declarativa del dominio frente a la cual el demandado opone la falta de acción en el demandante como consecuencia de su propia adquisición del dominio por usucapión. Reconocida esta adquisición del dominio, por el demandado, en la Sentencia, es claro que nos hallamos ante una usucapión «contra tabulas», perfectamente posible en nuestro Derecho, pues es sabido que la inscripción no convierte a los bienes inscritos en «res non habiles ad usucapionem». Lo que ocurre es que, al producirse la usucapión, surge la inexactitud registral. El registro sigue publicando, como dueño a quien en la realidad no lo es ya, pues su titularidad dominical se extinguió al ser adquirida por el usucapiente.

La sentencia que declara la falta de acción en el demandante y, a la vez, la titularidad dominical en el demandado usucapiente, expresa un contenido jurídico y una situación de Derecho contraria a la publicada en el Registro e incompatible con él. Y, sin embargo, el Tribunal Supremo mantiene (con absoluto acierto, a nuestro juicio) que en este caso no es de aplicación el párrafo segundo del art. 38.

Y ello, se dirá, ¿no supone una vulneración del citado artículo? Creemos que no, sobre la base de distinguir entre lo que es contrario a lo publicado en el Registro y lo «contradictorio» con él. Entendemos que, en la interpretación del artículo 38, 2.º, no es posible desvincular la finalidad de la acción sustantiva (V. nuestro comentario a la Sentencia de 6 de mayo

de 1955, de la registral. Y si la L. H. habla únicamente de que «se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente», esta exigencia sólo debe ser aplicable cuando la acción civil o sustantiva tienda a idéntica finalidad. Y no deberá aplicarse el art. 38 en su párrafo 2.º en aquellos casos en que la estimación de la demanda (reconvención o excepción, en su caso) no implique un ataque a la inscripción que deba provocar su nulidad o cancelación.

En el caso de autos, como hemos dicho, se reconoce una inexactitud registral al ser firme la sentencia estimatoria de la usucapión alegada. Pero para rectificar esta inexactitud no es procedente cancelar, ni mucho menos anular la inscripción registral devenida inexacta, sino practicar una nueva inscripción de dominio en favor del usucapiente. Y de ahí se sigue, lógicamente, la improcedencia de la aplicación del párrafo segundo del artículo 38, que proclama con acierto la Sentencia de 9 de julio de 1955, concordante, en cierto modo, con la de 25 de octubre de 1924, innovada en aquella sentencia, y dada respecto del art. 24 (hoy 38), de la L. H. (D. I.)

18. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ARTÍCULO 38. 1.º LEY HIPOTECARIA: SU VALOR: PRESUNCIÓN «JURIS TANTUM»: *El citado artículo establece sólo una presunción a favor del derecho inscrito, pero sin que ello sirva para, en casos de disparidad entre el Registro y la realidad jurídica extraregistral, a que no se admita prueba que pueda oponerse a la citada inscripción.* [Sentencia 9 febrero 1955.]

19. EJERCICIO DE ACCIONES CONTRADICTORIAS DEL DOMINIO INSCRITO: ARTÍCULO 38. 2.º DE LA LEY HIPOTECARIA: ACCIÓN DE ACCESIÓN DEL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO CIVIL: *No es aplicable el párrafo 2.º del art. 38 de la L. H. cuando se ejercita la acción del art. 361 del Código civil, pidiendo se declarese el derecho del actor, dueño del suelo, a optar entre hacer suya la obra indemnizando u obligar al edificante a comprar el terreno, pues la fijación topográfica del lindero común para determinar la intrusión denunciada de uno en otro predio, no altera su individualización registral de los dos inmuebles por sus linderos, que han de quedar en sus asientos como actualmente se encuentran. Hubiera podido entrar en juego el aludido art. 38, 2.º si se hubiese suscitado la cuestión de la cabida del inmueble en cuyo beneficio se hubiese efectuado la intrusión denunciada.* [Sentencia 16 febrero 1955.]

«... que en el segundo motivo del recurso, se denuncia, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, puesto que ejercitándose a juicio del recurrente una acción contradictoria de dominio de inmuebles inscritos a nombre del demandado no se ha solicitado a la vez, como previene el citado precepto hipotecario, la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, pero al razonar así el recurrente olvida, sin duda, que lo controvertido en el pleito origen del recurso no es una contradicción de dominio total de inmuebles, sino una contradicción de linderos, es decir, que debidamente inscritos los inmuebles de actora y demandando y colindantes entre sí, lo que se discute es la fijación, topográfica del lindero común para determinar la intrusión denunciada de uno en otro predio, y esto no altera la individualización registral de los inmuebles por sus linderos que han de quedar en sus asientos como actual-

mente se encuentran, y por tanto no era necesaria en este caso la petición de nulidad o cancelación de inscripción pertinente sin que, por tanto, fuera de aplicación el precepto del aludido art. 38 de la Ley Hipotecaria, que sólo hubiera podido entrar en juego si se hubiese suscitado la cuestión de la medida superficial o cabida del inmueble en cuyo beneficio se hubiese efectuado la intrusión denunciada, deduciéndose de lo expuesto que no ha existido la infracción del precepto hipotecario mencionado y debe ser también desestimado el segundo motivo y con él el recurso formulado...» (Considerando 2.º).

OBSERVACIONES: Hay que estimar certera la doctrina de la inaplicación del párrafo 2.º del art. 38 al caso controvertido, aunque no exactamente por las razones expresadas. Creemos que no es aplicable el art. 38 porque la acción ejercitada no puede, en ningún caso, dar lugar a una sentencia cuya ejecución exija una cancelación del asiento registral.

Si los hechos en que se apoya la demanda (pretendida edificación en suelo ajeno, propio del actor) no son exactos, al resultar que el demandado edificó en suelo propio, no habrá alteración de lo expresado en los asientos registrales.

Si aquellos hechos son ciertos y resulta probada la edificación por el demandado, de buena fe, en terrenos propiedad del actor, la sentencia atribuirá a éste (como así ocurrió) el derecho a optar entre hacer suya la obra indemnizando u obligar al demandado a comprar el terreno. En el primer caso la única alteración registral que surge de la ejecución de la sentencia, y no de modo necesario, es la de declaración de obra nueva. Y en el segundo, de verdadera compraventa forzosa, un nuevo asiento de inscripción, y en su caso de agregación, en el folio registral de la finca del demandado.

Por ningún lado aparece, pues, la necesidad de que el actor solicite la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, aunque como dato físico de hecho para apreciar si la obra se edificó en terreno propio o ajeno, sea preciso fijar el lindero común de ambas fincas. Apoyándose en que la variación de este lindero, precisamente por ser común, no altera la individualización registral de las fincas, llega el Tribunal Supremo a la tesis de que no hay «contradicción de dominio total» y que por tanto no es necesario aplicar el art. 38, 2.º. Pero añade a continuación que dicha norma hubiera debido entrar en juego «si se hubiese suscitado la cuestión de la medida superficial», sin advertir, al parecer, que este problema de la cabida está implícito en el de linderos, pues la variación del lindero común ha de provocar, normalmente, una alteración en la cabida de las fincas.

A nuestro juicio no está ahí el motivo de la inaplicación del art. 38, 2.º, sino en las razones al principio expresadas. ROCA entiende (Instituciones, 1954, I-389) que «el ámbito de aplicación del art. 38, en su párrafo segundo, está condicionado por la circunstancia de tratarse de juicios que puedan desembocar en una sentencia cuya ejecución deba provocar la cancelación de la inscripción del dominio o derecho real controvertido o disputado. Por tanto, cuando de la ejecución de esta sentencia solamente pueda resultar la necesidad de practicar una nueva inscripción o asiento positivo, extendido a continuación de aquél, entonces carece de aplicación dicho art. 38». En orden a la accesión del art. 361 C. c., ya la Sentencia de 12 de mayo de 1950 declaró la inaplicación del 38, segundo.

Aún podría añadirse, en el mismo orden de ideas, que el art. 38, párrafo segundo, en cuanto desarrolla un aspecto procesal del principio de legitimación registral, no puede tener un ámbito más extenso que el principio mismo. Y es sabido que, a pesar de los loables intentos del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de octubre de 1949 y 21 de marzo de 1953, la doctrina dominante sigue excluyendo del ámbito del principio de legiti-

mación todo lo relativo a los datos físicos de las fincas y en general todo aquello que no sean datos jurídicos, existencia, titularidad y extensión de los derechos reales. (D. I.)

20. **USUCAPIÓN CONTRA TABULAS:** *La prescripción adquisitiva ordinaria contra terceros hipotecarios no tiene lugar más que en virtud o de título inscrito o en el caso previsto en el párrafo a) del art. 38 de la Ley Hipotecaria.*

PROTECCIÓN REGISTRAL: *A los Tribunales incumbe velar por la pureza de que la institución registral rinda los efectos que persigue de dar seguridad a los derechos reales acogidos a su régimen, procurando no desbordar el ámbito marcado a la misma por el legislador, en los casos en que la propia ley excluye de protección legitimadora y de fides pública determinadas situaciones de hecho y de derecho.*

POSESIÓN INMEMORIAL EN NAVARRA: *Prescribe por falta de ejercicio durante más de cuarenta años la acción contra el que por usucapión adquirió la finca que el actor reclama como suya. [Sentencia 10 junio 1955.]*

ANTECEDENTES: X adquiere de B mediante escritura pública el dominio de un helechal que comprende además cuarenta y cinco castaños, transmisión que se inscribe en el Registro de la Propiedad. El Concejo del Ayuntamiento A acuerda el derribo de tres árboles existentes en la finca por estimar que ésta es propiedad del mencionado Concejo. Demandado por el titular registral que suplica se dicte sentencia por la que se le declare propietario de la finca descrita, el Concejo del Ayuntamiento A se opone, ya que frente a lo que conste en el Registro, ha sido dicho Concejo quien de modo exclusivo y desde tiempo inmemorial ha venido poseyendo quieta, públicamente, de modo ininterrumpido, y en concepto de dueño el helechal, y formula reconvenición solicitando se le declare propietario de la finca, y que se declare nula y cancele la inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de X.

Son hechos probados que desde tiempo inmemorial el Concejo viene en la posesión del helechal en las circunstancias antes dichas, y que el demandante, al adquirir la finca e inscribirla, conocía el estado posesorio del Concejo que el transmitente había tolerado durante más de cuarenta años.

El Tribunal Supremo confirma la decisión de la Audiencia y Juzgado, sin estimar el recurso interpuesto por el demandante.

«Considerando que, al quedar firmes en casación los hechos afirmados en la sentencia recurrida, no ofrece duda que en ella se dió aplicación acertada a los artículos 38 y 36, apartado a), de la Ley Hipotecaria, pues si bien es cierto que por virtud del principio de legitimación, el Registro proclama la exactitud y veracidad de sus asientos y atribuye la posesión de inmuebles a quien tenga inscrito sus dominios, según reza el artículo 38, también lo es que tal protección registral, traducida en exoneración de carga de prueba, se concede sólo *prima facie*, como presunción *juris tantum*, mientras los Tribunales no declaren la inexactitud del asiento por su discordancia con la realidad jurídica extrarregistral, que es precisamente lo que ha declarado el Tribunal *a quo*, por apreciación de la prueba docu-

mental y testifical practicada en este litigio, y aunque es cierto también que en principio no se da la prescripción adquisitiva ordinaria contra terceros hipotecarios, sino en virtud de título igualmente inscrito, el repetido apartado a) del artículo 36, establece una excepción a dicho principio y admite la usucapión contra tabulas en supuestos como el de autos, en que el actor, al perfeccionar la adquisición del helechal, sabía que éste era poseído de hecho y a título de dueño por persona distinta de la que se le transmitió, hecho éste que, probado en la instancia y no impugnado en casación eficazmente, enerva, además, la presunción *juris tantum* de buena fe que el artículo 34 concede al titular inscrito, con la secuela de no poder ser considerado como tercer adquirente, protegido por el principio hipotecario de la fe pública registral con presunción *juris et de jure*.»

El hecho de que una finca figure inscrita no impide que pueda ser objeto de usucapión, y que el derecho del prescribiente pueda triunfar sobre el del titular registral. En el presente caso, el Tribunal Supremo, ante este supuesto, resuelve correcta y acertadamente la cuestión mediante la aplicación del artículo 36 de la Ley Hipotecaria. Este artículo, que según Núñez Lagos (1) trae una flexible fórmula armónica entre dos sistemas: el de la protección de la posesión continuada a título de dueño fuera del Registro (protección meramente de Derecho civil, que se funda en la publicidad de la posesión) y la protección al tercer adquirente a título oneroso de buena fe (protección típicamente hipotecaria que se basa en la publicidad del Registro), contiene, en efecto, la regla general de que la usucapión contra tabulas, en tanto no surja la figura del tercero se encuentra sometida, en cuanto a sus requisitos, al Derecho civil, pero en el momento en que aparece aquél, es preciso que para que no prevalezca la posición del prescribiente, el tercero reúna, además de los requisitos del artículo 34 de la Ley, los que establece el artículo 36. Comoquiera que el demandante X conocía al tiempo de perfeccionarse la adquisición que la finca adquirida estaba poseída de hecho y a título de dueño por el Concejo, persona distinta de su transmitente, es natural que no pueda gozar de las ventajas de toda titularidad registral.

III. Derecho de obligaciones

1. RESOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS: ARTÍCULO 1.124 CÓDIGO CIVIL: INCUMPLIMIENTO SIMULTÁNEO: Establecido por la Sala de instancia como punto esencial de hecho que ambas partes contractuales incumplieron simultáneamente sus obligaciones, no es aplicable el artículo 1.124 que, en favor del perjudicado y no del que incumplió, permite exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. [Sentencia 30 septiembre 1955.]

OBSERVACIONES: Siendo simultáneo el incumplimiento por los contratantes, ninguno puede alegar que dejó de cumplir por el incumplimiento anterior del otro. Ambos deben ser considerados como «primeros incumplidores» en relación con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo de que el contratante que incumple primeramente lo pactado, no puede pedir

(1) *Realidad y Registro* (R. G. I. J.), 1945; pág. 430.

después la resolución del pacto que libremente estipuló, según frase de la Sentencia de 1 de febrero de 1955, concordante con las de 10 de marzo de 1949 y 13 de mayo de 1950, por no citar más que las más modernas.

2. RESOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS: ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: SU CARÁCTER GENERAL: CONSIDERACIÓN DEL SIMPLE RETRASO: *Dado su carácter general en las obligaciones recíprocas, el artículo 1.124 no rige específicamente más que cuando no existe pacto especial. Y es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el retraso no supone incumplimiento a tenor del principio general de dicho artículo, ni tampoco tiene efectos resolutorios conforme a la vigente legislación de Arrendamientos Urbanos, que autoriza el pago posterior enervando la acción de desahucio aún después de ejecutada.*

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON CLÁUSULA DE OPCIÓN DE COMPRA: *La facultad conferida al arrendador para optar por la rescisión automática, según dice, o exigir condiciones nuevas para salvaguardar sus intereses, en caso de incumplimiento en el pago anticipado de la renta, no puede (por el simple retraso en el pago de ésta) dejar sin efecto la opción de compra concedida, pacto que, aunque esté comprendido en el contrato de arrendamiento, es de naturaleza especial y no inherente al mismo, ni tiene la debida correlación con el incumplimiento alegado.*

RESCISIÓN POR LESIÓN ENORME O «ULTRA DIMIDIUM» EN UNA OPCIÓN DE COMPRA: DERECHO FORAL CATALÁN: *Demostrado en el pleito por la prueba practicada que el precio señalado en la opción concedida es inferior a la mitad del valor real del inmueble, es claro que se dan los requisitos exigidos por las Leyes segunda y octava, título 44 «de rescindenda venditione», libro IV del Código de Justiniano.*

RESCISIÓN POR LESIÓN ENORME O «ULTRA DIMIDIUM» EN UNA OPCIÓN DE COMPRA: MOMENTO EN QUE HA DE VALORARSE EL INMUEBLE PARA APLICAR SI EXISTE LA LESIÓN: *Regulada la opción de compra por los principios generales de las obligaciones y contratos, en cuanto diferenciada de la promesa de comprar y vender sometida al régimen del artículo 1.451 del C. c., como pacto preparatorio y consensual, cuya perfección depende exclusivamente de la aceptación por aquél a quien se le ha concedido, es indudable que la apreciación de la existencia de la lesión ha de referirse al momento de la perfección del contrato y, por tanto, éste es el de la aceptación de la opción. [Sentencia 18 mayo 1955.]*

«... que en realidad la única cuestión que en este orden se plantea en el juicio estriba en resolver cuál es el momento en que se ha de valorar el inmueble a los efectos de determinar si el precio señalado en la opción concedida es o no inferior a su valor real, si aquél en que se concedió la opción o en el que fué aceptada, y en este sentido la doctrina jurisprudencial ha fijado con toda claridad los caracteres de la opción de compra, que se regula, no por precepto alguno determinado, sino por los principios generales de las obligaciones y contratos, y así diferenciándola de la promesa de comprar y vender, sometida al régimen del artículo 1.451 del Código civil, establece que aquel pacto rectamente entendido, aparte de su carácter generalmente unilateral, es preparatorio y consensual, y su per-

fección depende exclusivamente de su aceptación por aquél a quien se le ha concedido, y ésto sentado es indudable que, tanto la misma doctrina jurisprudencial como los textos de Derecho romano que interpreta, reflejan la apreciación de la existencia de lesión al momento de la perfección del contrato, y, por tanto, éste es el de la aceptación de la opción.» (Considerando segundo de la segunda sentencia.)

OBSERVACIONES: De la figura jurídica «opción de compra» surge para una persona, llamada optante, la facultad de decidir libremente y a su arbitrio, sobre la futura perfección de un contrato de compraventa, respecto de una cosa, durante un plazo y por un precio perfectamente determinados «ab initio». Y recibe el nombre de opción porque atribuye a su titular la posibilidad de elegir entre dos términos: concluir o no el contrato de compraventa.

El concedente de la opción queda vinculado durante el plazo establecido. El concesionario u optante, no. Pero si éste se decide por ejercitar la opción, es decir, si opta por la compra, el contrato de compraventa queda perfecto. La posibilidad es triple:

1. Desistimiento, por ejercicio negativo de la opción.
2. Caducidad, por transcurso del plazo estipulado sin que el optante verifique la elección.
3. Consumación, por ejercicio positivo de la opción.

Los dos primeros casos llevan a la desvinculación del concedente (en virtud de un acto expreso o de una omisión del optante, respectivamente), y el tercero conduce a la perfección de la compraventa.

No cabe, pues, confundir la opción de compra u opción para comprar, con la compraventa que pueda concluirse en virtud de la opción conferida.

Ahora bien: ¿De dónde procede la vinculación obligatoria que la opción de compra implica para el concedente? ¿Cuál es su causa, fuente u origen? ¿Surge unilateralmente de su voluntad o procede del concurso de voluntades de optante y optatario en un contrato? Ejemplos de opción de compra en que la causa de la vinculación del concedente sea su propia y exclusiva voluntad unilateral, pueden concebirse fácilmente: en testamento, en un poder (caso al que se refiere La Rica en sus «Comentarios», I, 27), etc. La causa contractual de la concesión de la opción es la más frecuente y la tradicionalmente estudiada por los autores. Es la que origina la opción del caso de autos, que fué pactada con ocasión de un arrendamiento urbano. La obligación surge para el concedente en virtud del acuerdo de voluntades de las partes, expresado en un contrato preparatorio, consensual y unilateral porque sólo produce obligaciones para una de las partes, el concedente, ya que no se estipuló prima a cargo del beneficiario, lo cual le hubiera dado indudablemente carácter bilateral. El contrato preparatorio de opción se perfecciona por el acuerdo de voluntades de concedente y beneficiario, concediendo aquél la opción y aceptándola éste.

Por ello, no es tan claro como a primera vista parece el planteamiento de la cuestión en el considerando transcrito. Creemos que, con mayor precisión, cabría referir la valoración a uno de estos dos momentos: a) Momento de la concesión y aceptación de la opción al perfeccionarse el contrato preparatorio. b) Momento del ejercicio de la opción por el optante mediante su declaración de voluntad ejercitando la opción en sentido afirmativo y que conduce a la perfección del contrato de compraventa.

Con la frase «momento de la perfección del contrato ... el de la aceptación de la opción» entendemos que el Tribunal Supremo se refiere al segundo de los momentos indicados, es decir, al del ejercicio de la opción. (D. I.)

3. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS: REQUISITOS: *No procede aplicar el artículo 1.124 del Código civil cuando no se ha probado el incumplimiento. No basta el simple retraso en el cumplimiento de una obligación contratada en un contrato bilateral para poder aplicar dicho precepto.*

RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.124: *Se inspira en un principio de equidad como lo demuestra la facultad concedida al Tribunal de señalar un plazo al cumplimiento.*

LIBROS DE LOS COMERCIANTES: VALOR EN CASACIÓN: *No tienen carácter de documentos auténticos. [Sentencia 12 mayo 1955.]*

4. INEXISTENCIA DE LOS CONTRATOS: FALTA DE OBJETO Y DE CAUSA: SIMULACIÓN: *La falta de entrega del precio supone falta de causa, no así los casos en que, aunque no se entregue, se conviene que se entregará, sino en aquellos otros en que al contratar se manifiesta haber recibido sin ser cierto, pues entonces no hay entrega ni propósito de ella, sino una simulación que lleva a apreciar la inexistencia del contrato.*

REPRESENTACIÓN: DE PERSONAS JURÍDICAS: *Cuando el representante no ocupa en la sociedad ningún cargo que estatutariamente le invista de la representación, necesita un poder especial otorgado ante Notario cuando tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública.*

5. DOCUMENTOS PÚBLICOS: CALIFICACIÓN DEL NOTARIO: *Es siempre provisional y no tiene autoridad para resolver cuestiones que están reservadas al Poder judicial. [Sentencia 23 mayo 1955.]*

6. CLÁUSULA PENAL: FACULTAD MODERADORA: *El deber, y no mera facultad, de moderación o degradación corresponde también al Tribunal de segunda instancia; el juicio de equidad del Juzgador de instancia no es revisable en casación.*

ARRENDAMIENTO: EXTINCIÓN DEL CONTRATO: ENTREGA DE LLAVES: *Declarado extinguido un contrato de arrendamiento de los servicios de un café-restaurante, y acreditada notarialmente la entrega de las llaves, a partir de este momento cesa la obligación de abonar la renta aunque la diligencia judicial de lanzamiento sea posterior. [Sentencia 27 septiembre 1955.]*

7. MORA DEL DEUDOR: *El deudor no incurre en mora mientras la cantidad a satisfacer es ilíquida. [Sentencia 29 septiembre 1955.]*

8. DOBLE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *Los artículos 451 y siguientes del Código civil, por su carácter especial, hacen inaplicable el artículo 1.106 del mismo cuerpo legal relativo al incumplimiento de las obligaciones y esta dualidad de preceptos relativos a la indemnización de daños y perjuicios no determina una doble indemnización. [Sentencia 4 junio 1955.]*

9. PAGO: NATURALEZA JURÍDICA: *El pago es un negocio jurídico bilateral, principalmente cuando se trata de cobrar y cancelar deudas dinerarias canceladas hipotecariamente.*

PAGO: CONSIGNACIÓN: MORA DEPRECIADA: *La falta evidente de buena fe en el consignante al aprovechar la circunstancia de la próxima liberación*

a la zona roja, consignando el pago en moneda completamente devaluada hace ineficaz el pago.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: Tiene este carácter la regla sequitas in dubio proavealeit.

PAGO. CONSIGNACIÓN: AUTOS SIN VIDA: La consignación hecha en uno; autos sin vida, a espaldas de los titulares del procedimiento, carece de validez.

PAGO: CONSIGNACIÓN: REQUISITOS: La consignación no tiene efectos liberatorios cuando no ha sido aceptada por el acreedor ni aprobada por el juez.

PAGO: APLICACIÓN DE LA LEY DEL DESELOQURO: La revisión que establecen los artículos 38 y 39 de la Ley de 7 de diciembre de 1939, se refiere en los pagos perfectos y válidos.

CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS: No es aplicable cuando en el cumplimiento del contrato no se utiliza buena fe [Sentencia 30 octubre 1955.]

10. **PAGO: LUGAR DEL PAGO: DOMICILIO DEL DEUDOR:** No obstante tener varias acepciones la palabra domicilio (casa, vivienda, población), es indudable que el artículo 1.171 del Código civil se refiere a la población en que el pago debe verificarse.

PAGO: CONSIGNACIÓN: De acuerdo con el criterio de muy autorizados civilistas, la consignación deberá hacerse para liberar al deudor cuando sea desconocido el acreedor, si éste se negase a dar recibo o carta de pago y si no se presentare a su debido tiempo en el lugar convenido o designado por la ley para proceder al cobro. [Sentencia 24 mayo 1955.]

11. **PAGO HECHO A PERSONA INHÁBIL:** El hecho de que alguno de los herederos de una persona inhabil, a la que se hizo un pago que no redundó en su beneficio, haya solicitado y obtenido del deudor cantidades a préstamo, no demuestra su reconocimiento de la extinción de la deuda. [Sentencia 21 junio 1955.]

12. **PAGO: ARTÍCULO 1.168 DEL CÓDIGO CIVIL: GASTOS EXTRAJUDICIALES:** No infringe los artículos 1.168 y 1.170 del Código civil la sentencia que no accede a condenar al pago de los gastos extrajudiciales causados al actor al hacerle los pagos por medio de la letras de cambio, cuando en el contrato no se convino forma determinada de pago, ni se justifican por el actor los daños que dice le fueron ocasionados al verse en la necesidad de descontar aquéllas antes de su vencimiento, ni que éste tuviera lugar con posterioridad a la fecha en que debió verificarse el pago.

NOVACIÓN POR CAMBIO DE OBJETO: No puede estimarse alteración fundamental, y no implica, por tanto, novación del contrato de ejecución de obrar por cambio de objeto, el hecho de que el dueño decidiera que sólo se realizasen las obras interiores perfeccionando el ala izquierda del edificio en sus diferentes plantas, dejando sin distribuir y con rústicas la parte derecha de las mismas, cuando ya en el contrato se había prevenido la posibilidad de que en el segundo de los pisos se hicieran o no las distribuciones interiores del mismo. [Sentencia 10 marzo 1955.]

13. COMPENSACIÓN: SUS REQUISITOS: ARTÍCULO 1.198 DEL CÓDIGO CIVIL: RECIPROCIDAD DE LA CUALIDAD DE ACREEDOR Y DEUDOR: LIQUIDEZ DE LAS DEUDAS: *Por faltar el contraste de acreedor y deudor que exige la compensación, no puede accederse a la solicitada por el demandado en reconvencción, cuando el actor no reclama en su demanda el pago de deuda alguna. Y no habiéndose practicado liquidación de la que resulte la cantidad cuyo pago se impute al actor, falta el requisito que exige el número cuarto del artículo 1.198 del Código civil.*

COMPRAVENTA CON PAGO «DISCRECIONAL» DEL PRECIO AFLAZADO: FACTO COMISORIO: INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL: *El artículo 1.504 no entra en juego en los casos en que la compradora incumple su obligación de pagar el precio. [Sentencia 21 abril 1955.]*

«... pero si se tienen en cuenta los términos en que está redactada la cláusula tan repetida del contrato privado... que dice literalmente: «Conviene igualmente en que el primero (el actor) cede en venta a su citada hermana doña ... (la ahora recurrente) la citada casa en la cantidad de 5.000 pesetas, que discrecionalmente habrá de pagar en cinco años, contados desde esta fecha. Si pasados los cinco años doña ... no hubiese entregado las citadas 5.000 pesetas, quedará sin efecto la venta, debiendo devolver don ... las cantidades que a cuenta haya recibido, aparece claramente que si bien el vendedor venía obligado a consumir la venta al recibir el precio, quedaba al libre arbitrio de la compradora el entregar en una o varias veces; o no entregarle, dicho precio; a eso responde el adverbio «discrecionalmente», y tal vez por esta circunstancia se ha dicho en el pleito lo de opción de compra, y como, según declara probado la sentencia recurrida, el actor no recibió en todo ni en parte cantidad alguna del precio convenido en el plazo señalado, ni aun en el otro periodo de cinco años transcurridos con posterioridad y, por tanto, antes de que se produjere el requerimiento judicial de entrega de la casa; que según jurisprudencia es medio eficaz a los efectos del artículo 1.504, es visto que en el caso presente no podía entrar en juego este precepto que favorece al comprador remiso y que es a él precisamente a quien incumbe utilizar en su provecho y no incurrió en error el juzgador de instancia al dejar de aplicarlo, en virtud de lo cual procede desestimar este motivo.» (Considerando 5.º)

OBSERVACIONES: Habiendo jurisprudencia (Sentencia 3 julio 1917) que entendiendo practicado el requerimiento del artículo 1.504 al ser citado de conciliación el comprador para que entregue la finca, resulta extraña la doctrina de esta sentencia del 12 de abril de 1955 en la que, configurado el contrato como compraventa (pues la tesis de la opción de compra no tiene consistencia), y existiendo en él una condición resolutoria expresa, deja de aplicarse el citado artículo 1.504, sin que la confusa redacción del considerando transcrito arroje luz sobre la cuestión. También sorprende la trascendencia que parece dar a la palabra «discrecional», que seguramente no se empleó por las partes con otra finalidad que la de señalar que la compradora no quedaba obligada a pagar mil pesetas cada año, sino que, dentro del plazo convencional de cinco años, podría realizar cuantas entregas tuviera a bien y por las sumas que le convinieran. (D. I.)

14. VICIOS DEL CONTRATO: EL DOLO: Véase Sentencia 30 marzo 1955. (D. m., 1.)

15. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: CASACIÓN: Sólo es posible al amparo del número 1.º artículo 1.892, *Ley Enjuiciamiento civil*. [Sentencia 30 septiembre 1955.]

16. CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: Véase Sentencia 3 octubre 1955. (III, 9).

17. RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS: FRAUDE DE ACREEDORES: REQUISITOS: Son: 1.º *La constancia de un crédito anterior a favor del actor;* 2.º *Intención dañosa de quienes estipularon los contratos impugnados;* 3.º *Que estos contratos impidan la efectividad de aquel crédito;* y 4.º *Que el actor carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.*

PRUEBA DE CONFESIÓN: ALCANCE: *La eficacia que en juicio hay que dar a la confesión o reconocimiento de un hecho por los litigantes en cuanto les perjudica, no se extiende ni afecta a las otras partes del juicio que no han intervenido en los actos a que se refieren sus manifestaciones.* [Sentencia 15 abril 1955.]

18. CONTRATO COMPLEJO DE HABILITACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA: *El percibo por el Hogar Residencia de la remuneración correspondiente a la Habilitación de Clases Pasivas de las asociadas integra un contrato oneroso con reciprocas prestaciones, así el Hogar Residencia al gozar del producto de retribución de la Habilitación, viene obligado a satisfacer los sueldos de los tres empleados, facilitar local adecuado, abonar mil pesetas mensuales a la actora y correr por su cuenta la carga fiscal, mientras la actora, asociada y vicepresidenta del Hogar, cargo que lleva aneja la Habilitación, se compromete a desempeñar estos cargos y goza de la gratificación mensual asignada; lo cual no constituye por parte suya un acto de liberalidad, ni tampoco un arrendamiento de servicios.*

CONTRATO COMPLEJO DE HABILITACIÓN: INTERPRETACIÓN: *El propósito de las personas y entre ellas la actora, que llevaron a cabo la creación de la Institución consistía en aportar la totalidad de los ingresos por Habilitación cualesquiera que fuesen, de suerte que si con posterioridad se elevó el premio de la Habilitación, la actora debe ingresar la diferencia en los fondos sociales.* [Sentencia 6 julio 1955.]

19. RETRACTO DE COMUNEROS: PLAZO: *El artículo 1.524 del Código civil como posterior a la Ley de Enjuiciamiento civil, ha derogado el artículo 1.619 de ésta en cuanto al plazo y fijación de su cómputo, para interponer la demanda de retracto.* [Sentencia 4 junio 1955.]

Concordancias: Es muy reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido. Pueden consultarse, entre otras, las sentencias de 29 septiembre 1907, 20 marzo 1925, 30 diciembre 1925 y 2 enero 1926.

20. RETRACTO DE COLINDANTES: REQUISITO PARA DAR CURSO A LA DEMANDA: *El requisito que el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil exige*

como indispensable para dar curso a la demanda de que en el plazo de nueve días conceda para su presentación se consigne el precio de venta o se afiance su consignación, si no fuere conocido, hay que extenderlo también a la tramitación del pleito cuando se empieza a ejercitar la acción con un acto de conciliación.

REQUISITO DEL AFIANZAMIENTO: FALTA DE FIRMA DEL FIADOR: Un deudor no puede obligar al que ofrece como fiador sólo por su mención sin que conste la voluntad de éste de constituir la fianza.

PLUS VALOR DEL USUFRUCTO EXTINGUIDO EN EL INTERREGNO: Debe incluirse entre los gastos legítimos a que hace referencia el artículo 1.518 del Código civil.

REQUISITO DEL PRECIO: El hecho de que el precio objeto de la compraventa no sea conocido por los terceros, no quiere decir que no exista tal contrato, pues este desconocimiento nada tiene que ver con la existencia real del acto jurídico.

OBLIGACIÓN DE PAGAR EL FUNERAL DEL VENDEDOR POR PARTE DEL COMPRADOR. Tal obligación no es un obstáculo para el ejercicio del derecho de retracto, ya que el retrayente puede subrogarse en ella. [Sentencia 30 mayo 1955.]

OBSERVACIONES: En cuanto al primer punto, hay que hacer constar que tal doctrina fué ya mantenida por las sentencias de 12 junio 1936, 10 marzo 1945 y 27 enero 1950. Con relación al segundo es de advertir que por un lado la actora demandó de retracto, por acto de conciliación en determinada fecha y una parte de los demandados, sin que el fiador nombrado para responder de la consignación firmase ni compareciese en ningún concepto en tal acto, mientras que en la demanda de la misma clase que interpuso contra los otros demandados en fecha posterior al nuevo fiador nombrado, aseguró la consignación, por lo que el Tribunal Supremo al sentar la lógica doctrina reseñada, no dió lugar en el primer caso al recurso por considerar caducada la acción al no haberse consignado el precio de venta o afianzado su consignación dentro del plazo legal, y por el contrario, estimó el recurso en el segundo caso precisamente por la misma razón. En cuanto al tercer punto, hay que tener en cuenta que el retrayente cumple con su obligación reembolsando o consignando el precio conocido de la venta,—que en las fincas en cuestión es el de la nuda propiedad—, y además, consignando lo que racionalmente se entiende como suficiente para atender a los gastos y pagos legítimos que se mencionan en el artículo 1.518 del Código civil, entre los que hay que incluir el aumento de valor que los inmuebles hayan experimentado por la extinción de usufructo; así quedó ya establecido por las sentencias de 3 de diciembre de 1945 y 8 de julio de 1954. (Véase A. D. C., VIII, 4.)

Con el último apartado de ésta sentencia concuerda la sentencia de 7 de noviembre de 1925.

21. DONACIÓN: VALIDEZ: No destruye ni enerva la escritura de donación la aclaración escriturada a espaldas de los donatarios adquirentes, máxime cuando el propio donante reconoce en confesión judicial que no pretende enervar la donación.

ACTOS PROPIOS: Es incompatible con la pretensión de declaración de propiedad del actor el haber tomado éste recientemente en arrendamiento las explotaciones discutidas. [Sentencia 30 junio 1955.]

22. ARRENDAMIENTO URBANO ANTERIOR A LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DE ALQUILERES: DEVOLUCIÓN DE FIANZA: EXTINGCIÓN VOLUNTARIA DEL ARRENDAMIENTO: LAS-

PROHIBICIONES DEL DECRETO DE 21 DE JUNIO DE 1920: Destinada la fianza a garantizar las obligaciones del contrato, según se hacía constar en el mismo, su devolución al arrendatario que éste recibió, implica la extinción del contrato por la voluntad de las partes. Los artículos uno y diez del Decreto de 21 de junio de 1920 no impedían que las partes ligadas por un contrato de arrendamiento urbano lo diesen por terminado por su libre voluntad y celebrasen otro que en lo sucesivo rigiera sus relaciones, como sucedió en el caso de autos con el subarriendo discutido. [Sentencia 25 junio 1955.]

23. ARRENDAMIENTO DE FÁBRICA: OBRAS DE REPARACIÓN: El funcionamiento momentáneo y ocasional de una fábrica no da por cierta la normalidad permanente exigible para concertar un nuevo arrendamiento.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: El artículo 1.289 del C. C. es de aplicación subsidiaria y supone que existan dudas y que éstas no puedan ser resueltas por las normas de interpretación que le preceden. [Sentencia 7 junio 1955.]

24. ARRENDAMIENTOS URBANOS: INDUSTRIA Y LOCAL DE NEGOCIO: Comprendiendo el contrato un molino harinero-arrocero, con la complejidad de útiles inherentes al mismo, susceptible de inmediata actividad, el arrendamiento es de industria.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: FINCA RÚSTICA ACCESORIA: El terreno accesorio de un aprovechamiento industrial no está sometido a la legislación de arrendamientos rústicos. [Sentencia 6 julio 1955.]

25. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DESAHUCIO: Debe estimarse la acción de desahucio entablada para dar por extinguido el arrendamiento discutido por expiración del término contractual del uso y disfrute de un molino harinero, gobernado como industria por el art. 4.º de L. A. U. en relación con el 1.569, n.º 1.º del C. C. [Sentencia 2 julio 1955.]

26. ARRENDAMIENTO DE SOLAR: DESAHUCIO: Procede, conforme al C. C., por expiración del término y por infracción de las condiciones estipuladas en el contrato.

ARRENDAMIENTO DE SOLAR: DESAHUCIO: COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA: Si la Audiencia declara inadecuado el procedimiento y se abstiene de resolver sobre el fondo, procede el recurso de casación por infracción de ley al amparo del n.º 6.º del art. 1.692 L. E. C. por dejar de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo. [Sentencia 26 febrero 1955.]

A. El T. S. al estimar el recurso razona así en el segundo Considerando de la primera sentencia:

«Plantada la demanda sobre desahucio de un solar con arreglo a las normas y causas de las leyes comunes, según las mismas, correspondía resolver si procedía o no el desahucio en razón a que tal índole de asuntos correspondía conocer al Juez dónde se instó el procedimiento, y a la Audiencia en apelación, sin que obstara a ello la L. A. U., toda vez que si entendía gozaba de preferencia la L. A. U. debió de absolver por esa causa, en lugar de abstenerse de conocer el asunto.»

B. Naturalmente, si la Audiencia hubiera absuelto por entender que se trataba de un contrato sometido a la ley especial, lo procedente hubiera sido interponer el recurso por infracción de ley del n.º 1.º del art. 1.692. (G. G. C.)

27. ARRENDAMIENTO URBANO: EXTENSIÓN DE LA COSA ARRENDADA: *La presunción judicial de que cierta parte de un inmueble fué dada en precario y no incluida en el arrendamiento, sólo puede ser combatida demostrando que no se ajusta a las normas que regulan la interpretación de los contratos.* [Sentencia 29 mayo 1955.]

28. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PLURALIDAD DE OBJETOS: UNIDAD DE CONTRATO: DESTINO: *Cuando el objeto contractual está constituido por dos locales, cedidos en un solo negocio por una merced única, hay un único contrato con duplicidad de objeto, de tal manera que la infracción de lo contenido sobre el destino de uno de ellos, afecta a todo el contrato.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO Y SUBARRENDAMIENTO: *El principio de que quien puede lo más puede lo menos, no es aplicable tratándose de facultades u obligaciones que no son homogéneas, sino sujetas en su valoración, a criterios subjetivos y variables.* [Sentencia 7 julio 1955.]

29. ARRENDAMIENTO URBANO: RENUNCIA DE DERECHOS: ACUERDO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *Una cosa es la renuncia de derechos prohibida por el art. 11 de L. A. U. y otra, el acuerdo de dar por resuelto el contrato de arrendamiento, aceptado libremente por el Ayuntamiento arrendatario, y reiterado con posterioridad a la vigencia de L. A. U., por lo que es aplicable el 2.º párrafo de la disp. transitoria 14.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: ACTOS PROPIOS: *El hecho de la aceptación por el arrendador de las rentas devengadas con posterioridad al acuerdo de resolución del contrato, carece de toda fuerza porque esa renta representa el alquiler por el disfrute de la cosa que tenía en su poder el Ayuntamiento inquilino, y no es posible aplicar la doctrina de los actos propios.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PLAZO DE DESALOJO: *Tratándose de un juicio que se tramita conforme a los preceptos de L. A. U., es de aplicación obligada el plazo determinado para el lanzamiento en el art. 172 de la referida ley.* [Sentencia 4 marzo 1955.]

La prensa recogió esta sentencia bajo el expresivo título de: «Juzgado que se desahucia a sí mismo.» En efecto: el litigio versaba sobre el arrendamiento del local que en aquel momento ocupaba el Juzgado y sobre la vivienda que ocupaba el Juez que entendía en él. ¿No había aquí una causa de recusación? (cfr. art. 189. 8.º LEC.)

30. ARRENDAMIENTO URBANO: AUMENTO DE RENTA CONSENTIDO: *Incrementar la renta legal con el tanto por ciento autorizado por el art. 118 LAU, y sin oposición por el arrendatario, tanto quiere decir como aumentar o acrecer esa renta, la cual, así aumentada o acrecida, constituye nueva renta.*

ARRENDAMIENTO URBANO: ACCIÓN DE REDUCCIÓN POR FALTA DE DECLARACIÓN A HACIENDA: *La falta de declaración, dentro de los plazos establecidos en las leyes fiscales, del arrendador a la Hacienda, de la nueva renta, superior a la que figuraba como base de la contribución territorial, da lugar a la facultad del arrendatario de limitar el pago de sus alquileres a la cantidad declarada.*

ARRENDAMIENTO URBANO: ACCIÓN DE REDUCCIÓN POR FALTA DE DECLARACIÓN A HACIENDA: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *El plazo de prescripción de la acción de reducción del art. 133 de LAU, es el de las acciones personales que no le tienen señalado en la ley. [Sentencia 25 abril 1955.]*

Lo más notable del caso resuelto por esta sentencia es que la acción de reducción no prosperará en primera ni en segunda instancia, ya que la aplicación del art. 133 de LAU es de toda evidencia. El contrato de arrendamiento, celebrado en 1942, fija la renta en 150 pts. mensuales, que en abril de 1947 se eleva un 40 por 100, siendo aceptada esta elevación por el arrendatario. Con posterioridad éste comprueba que el arrendador no ha declarado a la Hacienda dicho aumento de renta, e insta la acción de reducción: es de advertir, que el arrendador, ni antes ni después de iniciado el juicio hace gestión alguna para regularizar su situación con el Fisco. El T. S. vuelve a insistir en su conocida doctrina de que la acción que concede el art. 133 no tiene nada que ver con la que otorga el 130 para oponerse a una elevación abusiva de la renta, y que por ello, aquí no juega el plazo de caducidad que en el último art. se señala. Es interesante la declaración de que el plazo de prescripción es de quince años.

31. ARRENDAMIENTO URBANO: AUMENTO DE RENTA: NOTIFICACIÓN: *La notificación al inquilino por acta notarial, es válida, aunque se requiriera al inquilino para que hiciera efectivos los aumentos reclamados en el plazo de ocho días, ya que no obstante ello el arrendatario pudo utilizar el término de treinta días que le otorga el art. 129 LAU.*

ARRENDAMIENTO URBANO: DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: AUMENTOS JUSTIFICADOS Y NO JUSTIFICADOS: *Reclamándose por el arrendador dos clases de aumentos, unos enteramente justificados, y otros cuya justificación es dudosa, si el arrendatario se niega a abonar todos, el desahucio procede. [Sentencia 4 julio 1955.]*

32. ARRENDAMIENTO URBANO: REVISIÓN DE RENTA: PLAZO: DECLARACIÓN A HACIENDA: *Si se pactó que las rentas se abonarían vencidas, y la primera el 31 de julio, a partir de esta fecha, y no antes, empieza a contarse el plazo de tres meses para que el arrendador declare a Hacienda la renta que percibe.*

ARRENDAMIENTO URBANO: VALORACIÓN FISO RECONSTRUIDO: *Existiendo una discordancia entre la valoración señalada para el piso reconstruido por el arquitecto director de la obra y la presentada por el propietario a efectos fiscales, debe darse preferencia a la segunda y de ella partir para obtener el interés del 4 por 100 para incrementar en esta cantidad la renta antigua, pues en otro caso existiría una contradicción con actos propios del propietario. [Sentencia 15 junio 1955.]*

33. ARRENDAMIENTO URBANO: SOLAR: CONSTRUCCIONES PROVISIONALES: *El arrendamiento de un solar no pierde tal carácter por soportar construcciones provisionales, no permanentes, y que son de categoría inferior a la mínima normal de la vía urbanizada en que se encuentra situado.*

ARRENDAMIENTO URBANO: SOLAR: PRUEBA: *Declarado solar por la autoridad municipal un terreno enclavado entre construcciones urbanas, en expediente tramitado con intervención y oposición del recurrente, pero cuya resolución quedó firme al no utilizar los recursos que en el acto de su notificación podía deducir, no es ahora lícito negarle tal condición, sea cualquiera la calificación que le den las partes. [Sentencia 3 octubre 1955.]*

34. ARRENDAMIENTO URBANO: REVISIÓN DE RENTAS: RENUNCIA DEL ARRENDATARIO: *La renuncia del arrendatario al derecho que le concede el artículo 133 LAU. es perfectamente válida conforme al artículo 11 de la misma ley y al 4.º del C. c. en cuanto que tal derecho forma parte del patrimonio privado del arrendatario y no tiene el carácter de derecho público, ya que no existe ninguna disposición que directa ni indirectamente le atribuya tal condición, sin que, por otra parte, tal renuncia perjudique los derechos de un tercero, únicas causas que justificarían la irrenunciabilidad de tal derecho. [Sentencia 24 septiembre 1955.]*

35. ARRENDAMIENTO URBANO: REVISIÓN DE RENTA: INDETERMINACIÓN DEL LOCAL DECLARADO A HACIENDA: *Si lo arrendado fué la totalidad de la planta baja, sin que se limitase a la planta izquierda de aquélla, y la renta que se quiere hacer servir de base para fijar la que ha de abonarse después de la revisión sólo hace referencia a dicha parte izquierda, es vista la imposibilidad de poder realizar la reducción de la renta por no haberse determinado cuál es la declarada a la Hacienda Pública que corresponde a la totalidad del local arrendado. [Sentencia 24 septiembre 1955.]*

OBSERVACIONES: La doctrina de esta sentencia creemos que requiere algunas precisiones.

La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo está probando que la casuística de los supuestos fácticos del artículo 133 es riquísima. A veces sucede que el arrendador tiene declarada una sola renta por toda la planta de un edificio que está dividido en diversos locales con rentas diferentes; en otras ocasiones el arrendador sólo ha declarado la renta que percibe por uno de los locales de la planta, omitiendo la que percibe por los restantes; más infrecuente es que el arrendador no tenga declarada renta alguna. Para que prospere la acción de revisión, el arrendatario debe probar la renta declarada por el local que ocupa o la que sirva de base al tributo, pero cuidando que las certificaciones de Hacienda se refieran a la totalidad de la superficie de dicho local, pues en otro caso su demanda será desestimada. Ahora bien: realizada tal prueba, la reducción se impone. En el primero de los supuestos indicados se debe solicitar de la Hacienda que, además de certificar sobre la renta declarada, haga una distribución indicando la que corresponde al local cuestionado, no pareciendo adecuado que esa distribución sea hecha por el propio juez, aun en el supuesto de locales matemáticamente divididos. En el tercero se debe, asimismo, solicitar de la Hacienda que señale la renta que ha de servir de base al tributo, sin cuyo señalamiento el juez carece de datos para hacer la reducción, pues no puede pretenderse que la renta sea cero. En el segundo de los supuestos dichos, la Hacienda, para que la acción prospere, deberá certificar: que la renta declarada corresponde sólo a una

parte del local ocupado; que sobre el resto del local no hay declaración; que de oficio se asigna a dicha parte la renta que sea. Con tales datos, la acción prosperará, pues en otro caso habría un procedimiento de eludir la sanción del artículo 133; declarar solamente la renta que corresponda a una parte del local arrendado. Pero tal cosa, sin duda, no ha sido querida por el legislador. (G. G. C.)

36. ARRENDAMIENTO URBANO: INCREMENTOS ATRASADOS: *Si bien el derecho a los incrementos puede reclamarse en cualquier tiempo, según el artículo 133, el actor no puede reclamar las rentas atrasadas por no haber aprovechado la posibilidad de ejercitar tal derecho desde la entrada en vigor de la ley.* [Sentencia 4 julio 1955.]

37. ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS NECESARIAS: CLASES: *El artículo 142 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo exige que las obras sean necesarias a juicio de la autoridad competente que las decreta, para conservar la vivienda o local de negocio en estado de servir para su uso, y que requerido el propietario para ejecutarias, dejé de transcurrir un mes sin comenzarlas; el artículo 151 LAU. se refiere a reparaciones necesarias para conservar la finca en estado de servir para el uso pactado, a juicio del ocupante, pero sin que en nada intervenga la autoridad decretándolas.*

ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS NECESARIAS: VALORACIÓN DE LA FINCA POR RESULTADO DE LAS OBRAS: *Si las obras se efectuaron ajustándose a las órdenes de la Fiscalía de la Vivienda, no pueden impugnarse alegando que pudieron ser hechas a menor costo.*

ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS NECESARIAS: CULPABILIDAD: *El inquilino incurrido en una conducta culposa está obligado al resarcimiento de los perjuicios por él ocasionados.* [Sentencia 15 junio 1955.]

38. ARRENDAMIENTO URBANO: SERVICIO DE CALEFACCIÓN: SANCIÓN POR IMPRESERCIÓN: *La indemnización del 20 por 100 de la renta anual que el apartado c) del art. 151 LAU faculta al arrendatario a percibir cuando el arrendador falte a su deber de proporcionar el servicio de calefacción, es para el caso de un desenvolvimiento normal de las relaciones arrendaticias, pero no cuando el arrendador ha dejado de percibir las diferencias por elevación de precio en virtud de convenio con los inquilinos.*

ARRENDAMIENTO URBANO: SERVICIO DE CALEFACCIÓN: CONVENIO SOBRE PRESTACIÓN: *Es válido el convenio por el que la propiedad aporta el importe del servicio en la cuantía de su valor en 1936, y los inquilinos cubren la diferencia hasta su coste actual.* [Sentencia 27 septiembre 1955.]

39. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: *El art. 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no autoriza el retracto total de una finca cuando el actor es arrendatario de una mínima parte de ella.*

CAMBIO DE PETITIVUM: *Es desestimable, conforme a lo prevenido en el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la pretensión del arrendatario solicitada en el acto de la vista, de que el retracto se limite a la parte de finca que el actor tiene arrendada.* [Sentencia 3 octubre 1955.]

40. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: COMENSO DE PLAZO: *A falta de inscripción en el Registro de la Propiedad, el plazo para el ejer-*

acto del retracto se contará desde que el interesado tuviese conocimiento de la venta, término que ha de entenderse en el sentido de que tal plazo no comienza a correr desde el momento en que el retrayente tiene noticia de la enajenación, ya que ello supone tan sólo un conocimiento elemental, sino que es necesario que conozca las condiciones en que tuvo lugar a fin de que pueda saber si le conviene o no sustituir al comprador en la adquisición del inmueble.

PROPIEDAD HORIZONTAL: RETRACTO DE COMUNEROS: *En las casas divididas por pisos el dueño de cada uno de ellos no tiene el carácter de comunero respecto de los otros, y por tanto no puede reconocerse a su favor el derecho de retracto que el art. 1.522 del Código civil atribuye a los propietarios de una cosa común. [Sentencia 7 julio 1955.]*

OBSERVACIONES: Sobre la naturaleza de la propiedad de casas por pisos existe abundante literatura jurídica, por lo que no es de insistir acerca de esta cuestión. El Tribunal Supremo que primitivamente acogió la tesis de la existencia de un condominio, con las obligadas consecuencias a que ello daba lugar, rectificó prontamente, y a partir de la Ley de 26 de octubre de 1939 no cabe ninguna duda que esta llamada propiedad horizontal supone un caso típico de propiedad singular unida al condominio indivisible sobre los elementos comunes. Consecuente con ello es la solución que patrocina esta sentencia: no puede considerarse comunero al propietario de otro piso, pues ese condominio sobre los elementos comunes tiene sólo un carácter accesorio y secundario, lo principal en esta clase de propiedad es el dominio singular, y de ahí que no puede ejecutar el retracto legal que establece el art. 1.522 del Código civil, ni pueda oponer tal derecho con preferencia al ejercitado por el arrendatario.

Por último hay que resaltar en este caso la circunstancia de que la escritura de venta fué inscrita en el Registro de la Propiedad, sin que constase que se hubiese practicado la notificación al arrendatario que previene el art. 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Quizá entendió el funcionario al calificarla, que no era necesaria tal notificación, por considerar al comprador como «comunero», y por tanto con un derecho preferente al de la inquilina. Pero hubiera podido plantearse el problema, cuya resolución por nuestro más alto Tribunal hubiera sido interesante, y que no tuvo lugar debido a que la inquilina interpuso la demanda para ejercitar el derecho de retracto dentro del plazo que señala el art. 64. Pero, y si se hubiera planteado la cuestión una vez transcurrido el plazo, ¿se entendería caducada la acción?

Parece que hay que contestar afirmativamente. (A. I.)

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRÓRROGA DEL PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO: *La solicitud de petición de préstamo hecha por el inquilino, debidamente registrada y certificada por la Entidad ante la que se hubiere formulado produce el efecto de ampliar por cuatro meses los plazos establecidos en el art. 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conforme al art. 17 de la Ley de 15 de julio de 1952, modificado por el Decreto Ley de 28 de noviembre del mismo año. [Sentencia 11 octubre 1955.]*

42. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE RETRACTO: ESCRITURA DE VENTA POSTERIOR QUE RECTIFICA EL ERRORES DEL PRECIO CONSIGNADO EN LA PRIMERA: *Se considera como precio, a efectos de la consignación por parte del retrayente, el establecido en la segunda escritura que rectificó el contenido de la primera. [Sentencia 1 julio 1955.]*

A. Otorgada escritura pública de venta de una casa en 5.000 pesetas. siete meses después se autorizó otra de rectificación en la que los mismos otorgantes hicieron constar que por deficiente expresión de las condiciones convenidas se había señalado un precio inferior al verdadero que era de 20.000 pesetas. Notificada notarialmente la venta al arrendatario del inmueble, interpuso demanda solicitando se declarara haber lugar al retracto y se condenara a la compradora a otorgar dentro del plazo legal la correspondiente escritura en el precio indicado en la primera que se otorgó, cuya cantidad fué consignada. El Juzgado dictó sentencia que dió lugar a la demanda la cual fué revocada por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo no da lugar a ello.

... Que al estimar el Tribunal de Instancia, como un solo y único contrato la escritura de veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y siete en que se fijó el precio de la venta, y la de veintitrés de septiembre siguiente, en que se verificó, y rechazar la demanda por no haber consignado las veinte mil pesetas señaladas en la última no incurre en el error de hecho, ni en las infracciones de ley y doctrina que se invocan en los motivos del recurso; porque si el derecho de retracto no es otra cosa que el de sustituir al comprador, en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, reembolsándole de la cantidad figurada en la escritura de venta —artículo sesenta y siete de la Ley— no cumple tan primordial requisito quien, como el recurrente, se limitó a consignar las cinco mil pesetas fijadas en la primera, por un error de expresión, puesto que la complementaria tiene la virtualidad suficiente para apreciar la realidad del error, corroborado también por el dictamen pericial obrante en autos, y aún por la propia conducta procesal del recurrente al no impugnar la venta, por la excesividad del precio; y siendo ello así, y notificadas al propio tiempo ambas escrituras, debió el recurrente consignar el precio rectificado para poder ejercitar con éxito el derecho a retraer, que la Sala acertadamente le negó para impedir que el inquilino lograra la adquisición de la finca en un precio notoriamente inferior al de su valor y al de su enajenación. (Considerando único.)

B. Quizá las circunstancias especiales que han concurrido en este caso han determinado el cambio de postura adoptado por el Tribunal Supremo en esta materia, ya que hasta ahora había venido sosteniendo que el derecho de retracto nacía con la primera escritura, y que la segunda rectificadora del contenido de la primera no afectaba para nada al derecho del retrayente, bien porque su derecho era perfecto y por tanto eficaz desde que se otorgó la primera escritura, bien por su condición de tercero y por tanto extraño para estos efectos. El argumento usado por el Tribunal Supremo de que ambas escrituras (la primitiva y la de rectificación del precio) fueron notificadas a la arrendataria simultáneamente no parece muy convincente, más bien parece que se han tenido en cuenta otros motivos, entre los cuales distará el hecho del indudable lucro que obtendría la inquilina de dar lugar al retracto al adquirir el inmueble por un precio notablemente inferior al de su valor.

43. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EMBARGO DE LOS DERECHOS DE TRASPASO Y DE PRÓRROGA: RENUNCIA HECHA POR EL ARRENDATARIO CON POSTERIORIDAD A LA NOTIFICACIÓN: NULIDAD DEL NUEVO ARRENDAMIENTO PACTADO CON TERCERO: *Notificada judicialmente la traba del embargo de los derechos de traspaso y prórroga forzosa del arrendamiento de un local de negocio, es nula la renuncia que de dicho arrendamiento haga su titular sin el consentimiento del acreedor embargante, por ser notorio el fraude de los derechos de éste. Y debe ser casada la sentencia que no estima la existencia de dolo en el contrato de arrendamiento pactado por la arrendadora con un tercero, después de dicha notificación.* [Sentencia 18 junio 1955.]

44. ARRENDAMIENTO URBANO: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *La ley no exige como condición del éxito de la acción, que quien se encuentra amparado por la presunción del artículo setenta y siete de la LAU, haya de ejercitarla inmediatamente de verse obligado a desalojar la vivienda que ocupare, ni tampoco le impone la obligación de prolongar su convivencia con otras personas, sean parientes o extraños.* [Sentencia 17 mayo 1955.]

45. ARRENDAMIENTO URBANO: NECESIDAD DE OCUPAR UN PISO: NOTIFICACIÓN DE PRELACIÓN: *Si hay varios arrendatarios de otros locales en la misma casa, debe notificarse la razón de la elección y las circunstancias de prelación concurrentes en ellos.*

ARRENDAMIENTO URBANO: NECESIDAD DE OCUPAR TODA LA CASA: *Si la necesidad se refiere a toda la casa, no puede declararse en la sentencia esa total necesidad, en pleito en el que son partes los arrendatarios de otros locales.* [Sentencia 25 junio 1955.]

46. ARRENDAMIENTOS URBANOS: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *La sentencia que deduce de una serie de circunstancias la existencia de la necesidad no puede ser impugnada por infracción de ley, sino por error de hecho.* [Sentencia 30 octubre 1955.]

47. ARRENDAMIENTO URBANO: SENTENCIA DE DECLARACIÓN NEGATIVA: INEXISTENCIA DEL DERECHO DE NEGATIVA DE PRÓRROGA: *La sentencia recurrida, ni rechaza la demanda por defecto en la formulación de lo que en ella se pide, sino por estimar que no descansa en precepto alguno de la LAU, ni de ninguna otra que autorice a declarar que el demandado no está facultado para oponerse a la prórroga del contrato, ni niega la posibilidad de ejercitar acciones declarativas negativas.*

ARRENDAMIENTO URBANO: SENTENCIA DE DECLARACIÓN NEGATIVA: INCONGRUENCIA: *Entre la negación y la afirmación actuales y terminantes de un derecho, cabe la negación limitada en el tiempo y la afirmación condicional, y así desestimar la acción negatoria de un derecho (del derecho de negativa), no equivale a afirmar la existencia perfecta y actual del mismo, lo que demuestra la congruencia del fallo de la Audiencia con las peticiones de ambas partes.*

SENTENCIA DECLARATIVA: DECLARACIÓN ABSTRACTA: *La sentencia recurrida, al declarar que el demandado-arrendador tiene derecho a oponerse a la prórroga del contrato de arrendamiento siempre que lo ejercite conforme a la ley, hace una declaración meramente abstracta, equivalente a la de la*

propia ley, y así no ha podido infringir con ella ningún precepto legal. [Sentencia 23 noviembre 1954.]

48. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CAUSAS DE RESOLUCIÓN: CARÁCTER TAXATIVO: *La acción resolutoria de los arrendamientos urbanos, regulados por la legislación especial, sólo puede prosperar por alguna de las causas taxativamente establecidas en el art. 149 de dicha ley.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NECESIDAD DEL PROPIETARIO: *No es exigible al arrendador el cumplimiento del requisito b) del art. 90 (previo establecimiento) cuando lo arrendado no es un local de negocio sino una industria acogida a la prórroga forzosa en virtud del art. 6.º* [Sentencia 20 junio 1955.]

49. ARRENDAMIENTO URBANO: DESAHUCIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Está legitimada activamente la actora que comparece como «copartícipe» y «usufructuaria», lo primero, por su mitad de gananciales, y lo segundo por su cuota usufructuaria.* [Sentencia 2 julio 1955.]

50. ARRENDAMIENTO DE SOLAR: DESAHUCIO: COMPETENCIA: [Sentencia 26 febrero 1955.] (v. 26).

51. ARRENDAMIENTO URBANO: DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: *En el juicio de desahucio se permiten hacer alegaciones que guarden relación directa y precisa con la determinación del precio convenido por modificación o rebaja en el mismo.*

ARRENDAMIENTO URBANO: DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: INCERTIDUMBRE EN EL PRECIO: *No ha lugar al desahucio cuando existe indeterminación en el precio del arrendamiento por haberse segregado voluntariamente, por el arrendador, una parte de la finca, y no estar conformes las partes en la merced que deba abonarse por la parte de la finca no segregada.*

ARRENDAMIENTO URBANO: NOVACIÓN POR SEGREGACIÓN: *La segregación y venta posterior a un tercero de parte de la finca arrendada, determina novación en cuanto al precio del contrato primitivo.* [Sentencia 14 mayo 1955.]

52. ARRENDAMIENTO URBANO: DESAHUCIO POR TRASPASO ILEGAL: PRUEBA: *Afirmado por la Sala que el local aparece ocupado como arrendatario por persona diversa de la que contrató el arrendamiento, no puede justificarse el error en la apreciación de la prueba mediante ciertas anotaciones de pagos hechas en un libro que se lleva sin formalidad alguna y de las que pretende deducirse la existencia de una sociedad.* [Sentencia 15 junio 1955.]

53. ARRENDAMIENTO URBANO: TRANSFORMACIÓN DEL LOCAL DE NEGOCIO EN VIVIENDA: *El que el cesionario no ejerza actividad alguna mercantil o industrial ocupando exclusivamente el local arrendado para vivienda suya y de su familia, aunque piense instalar un negocio próximamente, hace evidente la transformación del local de negocio en vivienda, causa de resolución del contrato de arrendamiento.* [Sentencia 2 julio 1955.]

54. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: *Tienen este carácter, aunque se hayan hecho para embellecimiento a beneficio del lo-*

cal, las que alteran su configuración, modificando la distribución del espacio o la de la construcción.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS NO CONSENTIDAS: RIGOR INTERPRETATIVO: El concepto de «configuración» del número 5 del art. 149 de la LAU debe atenderse en sentido amplio y general, acorde con el espíritu de la ley de exigir con gran rigor el cumplimiento de los requisitos que, como previos a toda obra, ha de observar el arrendatario, rigor impuesto por la necesidad de mantener el equilibrio entre los contratantes y por la pesadumbre de los que la ley impone al arrendador. [Sentencia 24 septiembre 1955.]

55. **ARRENDAMIENTO URBANO: CAMBIO DE DESTINO INCONSENTIDO:** Del hecho de que un arrendador conozca la transformación que su inquilino está llevando a cabo en la cosa arrendada sin hacerle objeción ni oposición ninguna no cabe deducir una tácita conformidad con tales hechos, ya que si es sabido que en general el silencio puede valer como declaración de voluntad sólo en determinadas condiciones cabe interpretarlo como tácita manifestación de consentimiento. [Sentencia 8 junio 1955.]

56. **ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS INCONSENTIDAS:** No se pueden considerar autorizadas, interpretando extensivamente el consentimiento del arrendador, aquéllas cuyo importe es el triple de la renta mensual y se realizan nueve años después de las autorizadas expresamente. [Sentencia 21 junio 1955.]

57. **ARRENDAMIENTO URBANO: OBRAS INCONSENTIDAS:** El supuesto de hecho de la causa quinta del art. 149 LAU es, que la construcción modifique durante la duración del arrendamiento la configuración del local arrendado, sin prever la ley nada que permita variar tal supuesto en relación con la situación de dicho local después de desmontado lo construido.

MODIFICACIÓN HORIZONTAL: Es obra a realizar con el consentimiento del arrendador la modificación horizontal de un local en dos pisos, aunque el tablado divisor sea fácilmente desmontable. [Sentencia 2 julio 1955.]

58. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DE CONTRATO: PELIGRO PARA LA INTEGRIDAD DEL INMUEBLE:** No es necesario que el actor demuestre el desconocimiento de los hechos en el momento de la celebración del contrato, cuando el peligro no nace de los términos mismos del propio contrato, sino de actividades posteriores del arrendatario. [Sentencia 6 julio 1955.]

59. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: SU CONCEPTO:** El art. 44 de la LAU, circunscribe el concepto de traspaso de los locales de negocio a la cesión mediante precio de tales locales sin existencia hecha por el arrendatario a un tercero.

DERECHO DE TANTEO: PAGO DE ENSERES: El arrendador que quiera ejercitar el derecho de tanteo, y por tanto adquirir el local arrendado, debe ofrecer como precio, el importe del traspaso sin incluir el importe de los enseres.

TRASPASO CON INFRACCIÓN DE LA LEY: Lo hay aun verificado el traspaso una

vez transcurrido el plazo de treinta días a contar desde la notificación al arrendador de su decisión de traspasar conforme al artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que este escrito presupone para que pueda realizarse que en dicho plazo no se haya ejercitado el derecho de tanteo, pero no cuando esto ha tenido lugar. [Sentencia 6 abril 1955.]

A. El arrendatario de un local de negocio notificó al propietario del mismo su intención de traspasarlo en determinado precio, del cual una parte representaba el importe de los enseres del comercio, a cuya notificación contestó el arrendador por acta notarial en la que manifestó querer ejercitar el derecho de tanteo e invitó al arrendatario para que en determinada fecha se otorgase la escritura pública de traspaso. Reunidos en la Notaría discreparon en cuanto al precio, por entender el arrendatario que aquél había de comprender el importe de las existencias, mientras el arrendador estimaba debía ser deducido, por lo que no se llevó a efecto. Transcurridos los treinta días que señala el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el arrendatario traspasó el local a una tercera persona. Interpuesta demanda contra el arrendatario y el adquirente por la que el propietario solicitaba la declaración de la inexistencia del traspaso de local de negocio y resolución del contrato de arrendamiento, el juez de Primera Instancia y la Audiencia no dieron lugar a ella. El Tribunal Supremo da lugar al recurso y casa la sentencia de esta última sentando la doctrina expuesta.

B. La Ley de Arrendamientos urbanos modifica el concepto que de traspaso de local de negocio se contenía en el artículo 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936. Con arreglo a éste, el traspaso podía ser con o sin, existencias, mientras que a partir de la última ley se concreta, según el artículo 44 a la cesión mediante precio del local sin existencias, criterio que confirma el art. 53 al exigir que cuando el traspaso comprenda, además, los enseres, se consigne por separado el precio de aquel del que corresponde a los restantes bienes transmitidos. Dado que el propietario quiso ejercitar el derecho de tanteo, no puede imputársele el que no tuviese efectividad, ya que fué debida a la negativa del arrendatario que carecía de todo fundamento legal con arreglo a la disposición citada. Y comoquiera que la efectividad del derecho de traspaso—según se dice en el escrito del apelante—«queda subordinada al estricto y riguroso cumplimiento por el arrendatario de los requisitos que con el carácter de *necesarios* enumera el artículo 45 y que tiene adecuado desarrollo en los artículos siguientes», hay que considerar, cuando uno de estos presupuestos falte, que el traspaso carecerá de existencia legal. De ahí que el Tribunal Supremo termine por afirmar, recogiendo esta tesis, que se ha originado con esta conducta de los demandados una causa de resolución del contrato de arrendamiento conforme a lo prevenido en el artículo 149-3.ª

Concuerda con las sentencias 11 noviembre 1948, 29 abril 1950 y 5 julio de 1951.

60. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: NOTIFICACIÓN: Al exigir el artículo 45 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que la notificación impues-

ta al arrendatario se haga por él fehacientemente, no excluye de ese modo preceptivo ninguna de las circunstancias de la notificación.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: NOTIFICACIÓN: PODER DEL REPRESENTANTE: *Cuando la notificación no parte personalmente del arrendatario, sino de un representante voluntario del mismo, es preciso que la representación sea conocida por el arrendador también de modo fehaciente. [Sentencia 22 septiembre 1955.]*

61. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: *No lo constituye la compra de todas las acciones de la sociedad anónima arrendataria por otra persona.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: SOCIEDAD DE UN SOLO SOCIO: *La reunión de todas las acciones de una sociedad anónima en una sola mano no produce la extinción de la sociedad. [Sentencia 3 octubre 1955.]*

OBSERVACIONES: Plantea esta sentencia dos interesantes cuestiones: una la repercusión que las incidencias de la vida social produce en el arrendamiento urbano cuando la sociedad es arrendataria, para la cual vale lo dicho en la nota a la Sentencia de 11 de julio de 1955; otra, la referente a la pervivencia de la sociedad cuando la titularidad de las acciones se reúne en una sola mano. La sentencia afirma que «no por ello quedó extinguida la sociedad, sino que pudo ocurrir, como así ocurrió, sin variación de su personalidad jurídica como sujeto de derechos y obligaciones, pese al cambio de la persona tenedora de las acciones, toda vez que en las sociedades anónimas las acciones pueden pasar de unas a otras personas sin que por ello se verifique cambio esencial en la vida de la sociedad ni en su patrimonio». Y más abajo establece que la disolución de la sociedad «no puede ocurrir porque las acciones de su capital social cambien de tenedor, pues ello no afecta a su patrimonio como conjunto efectivo de bienes que subsiste con plena capacidad». Los argumentos utilizados por la Sentencia que anotamos, desde un punto de vista doctrinal pueden ser criticados. Del hecho de que la transmisión de acciones sea algo normal en la vida de una sociedad anónima, no puede deducirse, como hace el primero de los párrafos transcritos, la existencia de la sociedad de un solo socio, porque no se trata de una mera transmisión de acciones, sino de la transmisión de todas las acciones a una sola persona. Tampoco puede, a nuestro juicio, hacerse la afirmación de que este hecho no afecte al patrimonio que, como conjunto efectivo de bienes, subsiste con personalidad y capacidad, pues es lo cierto que la personalidad de las sociedades no es personalidad de un patrimonio como conjunto efectivo de bienes, sino personalidad de un grupo (*universitas personarum*) en cuanto éste adquiere unidad y coherencia. Por eso la sociedad de un solo socio es una ficción insostenible desde el punto de vista de una jurisprudencia conceptual o dogmática, porque representa una contradicción en los términos, sólo defendible por una jurisprudencia de intereses. En este sentido el único fundamento de la solución de la sentencia anotada, que es desde luego correcta, está en una declaración contenida en el preámbulo de la Ley de Sociedades Anónimas, no citada por la sentencia, donde se dice que no se ha considerado causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano, «rindiendo tributo a realidades que no pueden desconocerse» y que la omisión, que a muchos parecerá inexplicable de una causa de disolución como ésta impuesta por la naturaleza de la sociedad, no es otra cosa que un «homenaje a la sinceridad» de que todo legislador debe hacer gala cuando advierte un divorcio entre la realidad y el derecho legislado. Desde esta perspectiva—interesa admitir la sociedad de un solo socio—no puede rechazarse lo inadmisibles conceptualmente. Por ello, aunque los argumentos del Tribunal Supremo no sean convincentes,

es menester reconocer que su solución es adecuada al espíritu de nuestro derecho positivo. (L. D. P.)

62. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO: TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD: La transformación del arrendatario de sociedad comanditaria en sociedad anónima constituye traspaso del local ocupado [Sentencia 11 julio 1955.]

OBSERVACIONES: La doctrina sentada por esta sentencia si bien parece deducirse de manera escrupulosamente lógica de los conceptos jurídicos de tipo general, no deja de inducir a una cierta confusión. La solución del problema que se plantea en tales casos se debate entre dos criterios opuestos, realista uno y formalista otro, no siempre vistos ni analizados con la debida claridad. Procuraremos explicarlo: atendiendo al criterio formalista —más o menos formalista— hay traspaso cuando cambia la persona de la sociedad, aunque en la realidad las condiciones de la ocupación del local arrendado continúen siendo las mismas, por ser unos mismos la empresa y el empresario que realmente lo explotan; atendiendo al criterio realista, lo que importaría sería, más que el cambio formal, el cambio real en las personas que poseen y explotan el negocio establecido en el local, aunque la sociedad permanezca aparentemente sin modificación.

La jurisprudencia, bajo este aspecto, aparece muy vacilante. La transformación de una sociedad en sí misma parece que no modifica la personalidad de la misma. La Sociedad transformada es la misma persona que existía antes de la transformación. En este sentido el artículo 140 de la Ley de Sociedades Anónimas —que se citó como infringido en el recurso— establece que «la transformación de sociedades colectivas comanditarias o de responsabilidad limitada en sociedades anónimas no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad transformada», afirmando Garrigues y Uria (Comentarios, II, pág. 633) que la transformación no convierte a la sociedad en una entidad o persona jurídica distinta, sino que es la misma persona jurídica social la que subsiste bajo la nueva forma. El T. S. rechaza la infracción del citado artículo 140 porque «la fusión ha de llevarse a cabo acordando previamente cada una de ellas, su disolución y el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir los derechos y obligaciones de las disueltas», de acuerdo con el artículo 142 de la misma. Pero al razonar así incurre en una grave confusión. Aplica las reglas del artículo 142 sobre fusión de sociedades a un supuesto de transformación de sociedad. Es natural que en caso de fusión las sociedades que se funden desaparecen para dar lugar a una nueva entidad y una nueva persona (art. 142). En caso de transformación la personalidad jurídica de la sociedad transformada subsiste y es continuación de la sociedad anterior (art. 140). Aplicando este criterio hay traspaso del local arrendado en los casos de fusión, pero no en los de transformación donde la titularidad del arrendamiento no se transmite.

Lo que ocurría en el caso debatido era que al transformarse la sociedad, el negocio por ella explotado y, en consecuencia ella misma, habían pasado a otras manos. Con ello cambia el criterio orientador que aunque externamente aparece formalista, está inspirado en el sentido que llamábamos realista. Pero tampoco este criterio se lleva sus últimas consecuencias, pues si lo que importa es el efectivo cambio de manos de la sociedad, en definitiva el cambio en las personas que por explotar la empresa y dominar la sociedad van a disfrutar el local arrendado, ello es independiente de los supuestos de transformación y fusión y puede producirse sin modificación externa de la sociedad. Y estos casos no son, sin embargo, consti-

tutivos de traspaso, según la Sentencia de 14 de junio de 1951. Por eso decíamos más arriba que esta jurisprudencia es vacilante y confusa. Si atiende al criterio formalista —cambio de la persona de la sociedad— se excede, porque la transformación no la implica. Si atiende al criterio realista —cambio de la persona de los socios— se queda corta, porque ello se produce aun sin modificación de la persona de la sociedad. Sin que se modifique la persona de la sociedad puede producirse un verdadero traspaso —cambio de los socios, del objeto, de la denominación, pero identidad de la sociedad— que con arreglo al criterio formalista no lo sería.

Es necesario establecer un criterio uniforme y fijo en esta cuestión, que tiene sin duda gran trascendencia práctica. (L. D. P.)

63. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO: *La sustitución de una sociedad en el goce o uso de un local arrendado, por uno de sus socios, constituye un traspaso conforme establece el artículo 44 LAU, y la reiterada jurisprudencia de esta Sala, y cuando se verifica sin dar cumplimiento a los requisitos del artículo 45 LAU, faculta al arrendador para no reconocerlo y solicitar la resolución.*

ARRENDAMIENTO URBANO: SUCESIÓN DEL SOCIO EN EL LOCAL: INTERPRETACIÓN RESTRICATIVA: *Si bien el artículo 73 LAU reconoce en favor del socio el derecho a continuar en el arrendamiento, ello es únicamente en el supuesto de la muerte del arrendatario sin haber dejado heredero o que habiéndolo dejado, no quiera él mismo continuar el arrendamiento, pero tal situación no puede equipararse a la producida por la disolución voluntaria de la sociedad, ya que dicho precepto es terminante y debe ser interpretado restrictivamente, no procediendo la analogía del artículo 13 LAU. [Sentencia 3 octubre 1955.] En el mismo sentido las Sentencias de 23 de diciembre.*

64. ARRENDAMIENTO URBANO: TRASPASO INCONSENTIDO: *El traspaso de los derechos y obligaciones del local de negocio hecho por el subarrendatario contra el consentimiento del arrendador y con la pasividad del arrendatario si bien es causa resolutoria del subarriendo no lo es del arrendamiento base.*

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 36 LAU.: *La obligación impuesta por dicho precepto al arrendador de demandar también al cesionario en los casos de cesión inconscntida de la vivienda no es de aplicación tratándose de locales de negocio. [Sentencia 15 junio 1955.]*

65. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO: DECRETO DE 29 DICIEMBRE 1931. *La asimilación que dicho precepto establece entre el concepto de arrendatario y los cesionarios, subrogatarios y subarrendatarios no puede llegar hasta el extremo de otorgar existencia propia a derechos que no la tienen con independencia del derecho originario de que dimanen, porque ello implicaría la desnaturalización del contrato de arrendamiento y la de sus derivados.*

SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO: *El subarrendatario casado con una hija del arrendatario difunto sólo puede usar de la excepción del artículo 73 LAU, si comparece en nombre y con la representación de su mujer. [Sentencia 13 mayo 1955.]*

66. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: *No se viola el artículo 1.255 C. c. declarando causa de resolución del contrato de arrendamiento un subarriendo de local de negocio, pues faltando el consentimiento del arrendador éste es contrario a la ley.* [Sentencia 4 junio 1955.]

67. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO: *En los contratos sometidos al C. c. el subarriendo celebrado contra la prohibición contractual es causa de desahucio.*

ARRENDAMIENTO URBANO: DESAHUCIO: *La falta de pago es causa de desahucio en los arrendamientos sometidos al C. c.* [Sentencia 5 julio 1955.]

68. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO: *Existe subarriendo, y no una situación de tolerancia, si la subarrendataria abonaba al subarrendador doscientas pesetas mensuales y conservaba las llaves en su poder.*

ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO: DESAHUCIO: *Si el tercer subarriendo se realiza después de la entrada en vigor de LAU, no es aplicable la disposición transitoria 2.ª por haber ocurrido cambio en la persona del subarrendatario, y constituye causa de resolución del primer contrato de subarriendo y de los sucesivos.* [Sentencia 10 octubre 1955.]

69. ARRENDAMIENTO URBANO: DEPENDENCIA DEL SUBARRIENDO: *Por su naturaleza el contrato de subarriendo depende en su existencia de la previa del arrendamiento sobre la cosa subarrendada y, en su consecuencia, no puede subsistir al extinguirse éste, cualquiera que sea la causa de la extinción.*

RESOLUCIÓN DEL SUBARRIENDO: *Interpreta erróneamente la causa sexta del artículo 152 de la LAU, la sentencia que distingue entre causas de resolución del arrendamiento que den lugar a la del subarriendo y aquéllas que produciendo la del arrendamiento no den lugar a la de subarriendo.* [Sentencia 8 junio 1955.]

70. ARRENDAMIENTO RÚSTICO: CASERÍA: *El hecho del ensanche de la población, que administrativamente determine que tenga a efectos contributivos la calidad de solar, no afecta al carácter de finca rústica que tiene la casería que, en su propio concepto, entraña la existencia de casa con edificios dependientes y fincas rústicas a ella unidas, cuyo fin primordial es el cultivo.* [Sentencia 12 mayo 1955.]

71. CONTRATO DE EMPRESA: NOVACIONES POR SUSTITUCIÓN DEL ARRENDATARIO O DUEÑO DE LA OBRA: TRANSFERENCIA DE CONTRATO: *Verificada la novación por cambio o sustitución en la persona del dueño, que se hizo constar por nota entre el nuevo arrendatario y el contratista a continuación del antiguo contrato de empresa o de arrendamiento de obras por ajuste o a precio alzado, no es lícito a dicho contratista alegar la falta de consentimiento del primitivo arrendatario cuando sobre su firma declaró en dicha nota de transferencia que dicho consentimiento existía.* [Sentencia 27 mayo 1955.]

72. SOCIEDAD: CAUSAS DE DISOLUCIÓN: CUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO: *Extingue la sociedad ipso iure, sin que pueda entenderse prorrogada por la voluntad tácita o presunta de los socios que, si quieren continuar en compañía, tendrán que celebrar un nuevo contrato.*

SOCIEDAD: CONTINUACIÓN DESPUÉS DE EXTINGUIDA: *Cuando los socios continúan explotando el negocio común, después de extinguida la sociedad, esa relación se rige por las normas de la comunidad de bienes.*

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *No causa daño quien obtiene la ganancia que le corresponde en un negocio común.*

PRESCRIPCIÓN: ACCIÓN DE DIVISIÓN DE COSA COMÚN: *La división y consiguiente liquidación, de un negocio común, no tiene plazo de prescripción. [Sentencia 9 mayo 1955.]*

73. **SOCIEDAD: CAUSAS DE DISOLUCIÓN:** Véase Sentencia 10 junio 1955 (II, 7).

74. **FIANZA SOLIDARIA:** *El fiador solidario está obligado al pago de la cantidad afianzada, sin necesidad de declaración previa del incumplimiento de la obligación principal hecha separadamente del pleito, bastando que en éste, se estime tal incumplimiento.*

No es necesaria en el pleito la presencia del deudor principal.

FIANZA: PRÓRROGA: *No se extingue la fianza conforme al artículo 1.851 C. c. por la prórroga concedida por la Autoridad gubernativa. [Sentencia 5 febrero 1955.]*

RESERVACIONES: La rigidez con que es tratado el fiador solidario, se manifiesta en esta sentencia acusadamente. No sólo carece del beneficio de excusión, artículo 1.831, núm. 2. C. c. (por otra parte, también, en concordancia con el 1.144 por la remisión del 1.822, párrafo 2.º), sino que tampoco hace falta que se haya declarado previamente el incumplimiento de la obligación principal, bastando que se haga tal declaración en el pleito que suscita la reclamación hecha al mismo fiador. Asimismo, no es necesaria la presencia en el pleito de dicho deudor principal, pues sus derechos y los del fiador, se estiman suficientemente garantizados por el empleo de las excepciones que autorizan los artículos 1.853 y 1.148 C. c. (Reitera esta sentencia la doctrina que mantuvo la de 21 abril 1931.) (R. I.)

75. **TRANSACCIÓN: SUS EFECTOS: SUBROGACIÓN DEL COMPRADOR EN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL VENDEDOR:** *El contrato de transacción obliga, no sólo a quienes lo otorgaron, sino a los que trajeron causa de ellos; y causahabientes de los vendedores son los recurrentes que, al comprar la finca, se subrogaron, respecto de ella, en los derechos y obligaciones de los vendedores. [Sentencia 30 septiembre 1955.]*

76. **TRANSACCIÓN: CONCEPTO:** *Lo es el contrato celebrado para zanjar la cuestión que existía entre los intervinientes, cuando éstas hacen mutuas y recíprocas concesiones.*

RECURSO DE CASACIÓN: FUNDAMENTACIÓN: *No puede fundarse en infracción de disposiciones dictadas por un Ministerio, para reglamentar un servicio público o una función administrativa. [Sentencia 7 octubre 1955.]*

77. **TRANSACCIÓN: INTERPRETACIÓN:** [Sentencia 13 octubre 1955.] (I, 16.)

78. **ARBITRAJE: CUESTIONES EXCLUIDAS:** *Es constante doctrina jurisprudencial la de que el conocimiento de la acción de desahucio está atribuido, exclusivamente, a la jurisdicción ordinaria por el artículo 1.561 de la LEC.*

como una excepción más de las atribuciones conferidas a los árbitros. [Sentencia 2 julio 1955.]

79. AMIGABLES COMPOVEDORES: EXCESO DE SUS ATRIBUCIONES: *La voluntad de las partes ha de ser, en todo caso, la ley a que han de sujetarse los amigables componedores que de aquella convención reciben exclusivamente sus facultades para actuar, debiendo ajustarse estrictamente a los términos del compromiso.* [Sentencia 20 junio 1955.]

IV. Derecho de Familia

1. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: LEY APLICABLE AL MATRIMONIO DE ESPAÑOLA CON EXTRANJERO: *El Tribunal Supremo aplica la ley española para juzgar la capacidad de la española en las capitulaciones matrimoniales contraídas antes del matrimonio. Siendo nulas las capitulaciones, y habiendo adquirido la mujer la nacionalidad del marido, rige la correspondiente ley extranjera.*

EL CONCURSO DE LAS PERSONAS DESIGNADAS EN EL ARTÍCULO 1.318: *Su falta determina la «inexistencia» de las capitulaciones. Estas personas pueden comparecer por representación; pero no basta la autorización dada a la futura cónyuge, de diecisiete años, para que pudiera concertarlas por sí misma con los pactos y condiciones que estimara convenientes, pues el consentimiento de los que han de concurrir debe hacerse por personas, en principio, capaces y referirse a estipulaciones concretas.* [Sentencia 1 julio 1955.]

En el recurso del demandado se invocó la infracción del artículo 1.318 del C. c. porque la persona que había de concurrir a las capitulaciones matrimoniales autorizó notarialmente a la menor para que las estipulara como creyere conveniente, pero no se invocó la posibilidad de entender que las capitulaciones fueran meramente anulables (habían pasado más de cuatro años). Se comentará la sentencia en fascículo ulterior de este ANUARIO.

2. LITIS EXPENSAS: CUANDO PROCEDEN: *Es doctrina reiterada que el marido debe abonar litis expensas a su mujer cuando ésta justifique que no tiene bienes propios o caso de tenerlos, que los administra el marido, o que son insuficientes para pagar las obligaciones contraídas por la mujer, y que los gastos están justificados por su naturaleza, necesidad e importancia, y no se han causado para producir perjuicios y vejaciones.*

LITIS EXPENSAS: MUJER ADMINISTRADORA: *No proceden si la mujer percibe pensión mensual de 2.500 pts. y es administradora de sus propios bienes.*

LITIS EXPENSAS: JUSTIFICACIÓN, NECESIDAD DE LOS PLITOS: *No proceden las litis expensas si no se justifica la necesidad de los procedimientos judiciales.* [Sentencia 26 septiembre 1955.]

3. BIENES PARAFERNALES: *Tienen éste carácter con arreglo al párrafo segundo del artículo 1.396 del C. c., los bienes que la mujer casada haya obtenido en virtud de donación.*

APRECIACIÓN DE PRUEBA: *No hay infracción por parte del juzgador que*

no acepta, como prueba, una escritura en la que consta un finiquito de cuentas entre los otorgantes, cuando resulta probado que con posterioridad a ella, hubo operaciones que alteraron la situación económica existente. [Sentencia 24 junio 1955.]

4. CAPÍTULOS MATRIMONIALES EN DERECHO ARAGONÉS: SU NATURALEZA DE CONTRATO SUCESORIO DE LOS CONTRAYENTES: Aun cuando el régimen sucesorio en Aragón puede ser ordenado por contrato y señaladamente por capitulación matrimonial, esta última forma sucesoria está reservada por el artículo 58 del Apéndice a los contrayentes que se unen en matrimonio y no a los cónyuges donantes en las mismas capitulaciones.

ATRIBUCIÓN PATRIMONIAL EN CAPÍTULOS MATRIMONIALES: LEGÍTIMAS: La calificación que corresponde a la atribución patrimonial hecha en los capítulos, es la de donación intervivos y no la de heredamiento. Pero ni por donación ni por heredamiento podía el causante disponer en favor de su nieta de los dos tercios de su haber, reservados por la ley, en provecho de sus hijas, una de las cuales era madre de aquella y la excluía de toda participación en dicha porción de herencia.

ANULABILIDAD: ACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.302 DEL CÓDIGO CIVIL: LEGITIMACIÓN ACTIVA: DONACIÓN INOFICIOSA: LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA PEDIR SU REDUCCIÓN: No están exclusivamente legitimados activamente para impugnar los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de los mismos, pues la jurisprudencia viene declarando con reiteración, que pueden impugnar la validez del contrato los terceros a quienes perjudique la obligación cuando con ella se vulnera una norma legal prohibitiva. Y para impugnar y obtener la declaración de inoficiosidad de la donación de todo su patrimonio hecha por un padre, la hija a quien aquella donación priva de sus derechos legitimarios como heredera forzosa, pues el artículo 655 del Código civil y el 32 del Apéndice aragonés, expresamente, confieren a los legitimarios la facultad de pedir la reducción de donaciones inoficiosas. [Sentencia 30 mayo 1955.]

OBSERVACIONES: La intervención en las capitulaciones matrimoniales de diferentes personas con diverso carácter, puede plantear dudas en relación con el contenido sucesorio que tales actos tienen en las legislaciones forales, e incluso, en mínima parte, como es sabido, en Derecho común. Con gran precisión y certera doctrina, puntualiza el Tribunal Supremo en esta doctrina el alcance del artículo 58 del Apéndice Foral aragonés, que restringe el contenido sucesorio de los capítulos matrimoniales, limitándolo a la sucesión de los cónyuges y su descendencia. Ello lleva, pues, a la admisión en Derecho aragonés de lo que en Derecho catalán se conocen como heredamientos mutuales y heredamientos en favor de los hijos que se espera tener del matrimonio, con exclusión de los heredamientos en favor de los hijos que se casan. Por ello la atribución patrimonial que hace un ascendiente en las capitulaciones del descendiente no es heredamiento, sino donación inter vivos. (D. I.)

V. Derecho de sucesiones

1. ACEPTACION DE LA HERENCIA: SU IRREVOCABILIDAD: PRINCIPIO «SEMEL HERES SEMPER HERES»: ACTOS QUE IMPLICAN ACEPTACIÓN TÁCITA: INEFICACIA DE LA RENUNCIA POSTERIOR: ILICITUD DE LA RENUNCIA FRAUDULENTE: *Por inspiración de la máxima romana «semel heres semper heres», el artículo 997 del C. c. declara irrevocable la aceptación de la herencia, de suerte que, una vez realizado el acto de aceptación en alguna de las formas autorizadas por los artículos 998 y 999, la posterior renuncia será ineficaz.*

Son actos que de modo tácito revelan la voluntad de aceptar: haber solicitado la declaración de herederos de su padre, haber intervenido como tal heredero en la adjudicación de los bienes hereditarios de aquel a la viuda en pago de sus aportaciones parafernales, haber gestionado la liquidación del impuesto de derechos reales por fallecimiento de su madre, percibido alquileres de una casa de ésta en nombre de todos los herederos, celebrado contratos de arrendamiento de servicios que habían de ser prestados en fincas de la madre fallecida, etc.

Si la renuncia tuvo por móvil el deseo de privar a su esposa de los derechos que pudieran corresponderle como administradora de los bienes de sus hijos menores por fallecimiento del esposo en la herencia de sus padres, tal renuncia sería ilícita como hecha en fraude de los derechos legítimos de sus hijos. [Sentencia 23 mayo 1955.]

2. REPUDIACIÓN DE HERENCIA: PRUEBA DE UNOS PRETENDIDOS ACTOS ANTERIORES QUE IMPLICABAN ACEPTACIÓN TÁCITA: *Repudiada la herencia y gananciales por los actores en escrituras públicas, no es admisible la simple alegación de que debían prevalecer las aceptaciones tácitas que se sostuvo habían realizado los expresados instituidos herederos, pues ello equivaldría a sobreponer sus apreciaciones personales en lo que claramente se expresa en las escrituras. [Sentencia 4 julio 1955.]*

3. RESERVA LINEAL: ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL: ORIGEN Y FINALIDAD: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *Con el deseo de conjugar los principios de troncalidad y de proximidad de grado, armonizando en cierto modo la legislación común con alguna de las forales, innovó el Código civil esta reserva del artículo 811, que ha de ser objeto de interpretación restrictiva, por cuanto envuelve una modalidad limitativa del orden de suceder.*

RESERVA LINEAL: ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL: CÓMPUTO DEL GRADO: DEBE HACERSE DENTRO DE LA LÍNEA DE QUE LOS BIENES PROCEDAN: Procediendo de la línea materna los bienes que constituyen la reserva, y debiendo realizarse el cómputo de grados dentro de aquella línea, corresponde la calidad de reservatorio al pariente de tercer grado del descendiente que dió origen a la reserva, por ser el más próximo, y no a otro del cuarto grado en dicha línea, aunque éste sea hermano consanguíneo y por tanto pariente de segundo grado por línea paterna de aquel. [Sentencia 1 julio 1955.]

OBSERVACIONES: A. Hereda a sus abuelos maternos y a su muerte le sucede su padre, con la cualidad de reservista. Contrae éste segundas nup-

cias con una hermana de su anterior esposa y tiene de este matrimonio otro hijo, B. Fallece posteriormente la madre de éste y por último, el padre, reservista, momento en el que C., un hermano de las sucesivas esposas, del mismo, entabla demanda reclamando los bienes como reservatorio, pues es el único pariente dentro del tercer grado que pertenezca a la línea materna de que los bienes proceden. El juez desestima la demanda (considerando reservatorio a B.), y la Audiencia confirma el fallo de primera instancia.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, restableciendo la buena doctrina, antes resumida, que exige no sólo, ser el pariente más próximo dentro del tercer grado, sino que este grado esté computado en la línea de procedencia de los bienes. Por ello B., primo hermano de A. por línea uterina, que es la de procedencia de los bienes, no puede ser reservatorio según el artículo 811, sin que a ello obste su cualidad de hermano de A. por línea paterna, pues esta mayor proximidad es irrelevante a los efectos de la reserva. Con claridad fué expresado ya en la Sentencia 7 noviembre 1927, según la cual, «quienes no sean parientes dentro del tercer grado del propio descendiente, y en la línea de que los bienes proceden, no pueden adquirir los bienes reservables, aunque se trate de parientes más próximos de dicho descendiente». (Es claro que esta mayor proximidad tendrá que ser, necesariamente, en la otra línea.)

La Sentencia da por firme la tesis, en algún tiempo discutida, de que el tercer grado ha de contarse entre el reservatorio y el descendiente de quien proceden los bienes, doctrina sostenida por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, desde la de 8 noviembre 1906 a las más modernas de 24 mayo 1945 y 8 junio 1954.

También alude incidentalmente al sentido restrictivo con que debe interpretarse el artículo 811, que ya fué proclamado por otras de 4 enero 1911, 7 noviembre 1912 y la antes citada de 7 noviembre 1927. (D. I.)

4. RESERVA LINEAL O SEMITRONCAL: EL ARTÍCULO 811: SU APLICACIÓN EN VIZCAYA: LA LEY NOVENA, TÍTULO 21 DEL FUERO DE VIZCAYA: *Esta ley del Fuero de Vizcaya regula la reserva ordinaria o común, pero no la extraordinaria, familiar o lineal. El artículo 811 es aplicable en Derecho vizcaino y esta aplicación a la tierra llana en que rige el Fuero de Vizcaya no se opone al espíritu de sus leyes, hasta el punto de que el proyecto de Apéndice Ioral, en su artículo 45, transcribe el 811.* [Sentencia 4 junio 1955.]

5. OPERACIONES QUE COMPRENDE LA PARTICIÓN: EL INVENTARIO Y LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: DIFERENCIAS: Véase Sentencia 1 junio de 1955 (I, 22).

6. FIDEICOMISO FAMILIAR CATALÁN: SUS CARACTERÍSTICAS: INAPLICABILIDAD DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN: *Ordenado por el testador el fideicomiso familiar catalán, con sus características de temporalidad, de condicionalidad en el supuesto de que el heredero muera sin hijos o con ellos, que no lleguen a la edad de testar, y de seguir en la sustitución un orden de primogenitura y masculinidad, no puede darse el principio de representación, pues en la sustitución condicional se habla de grados y la sustitución se establece de uno a otro sin hacer llamamiento alguno en favor de los hijos o descendientes de los sustitutos en el caso de que éstos mueran antes que el instituido, ya que en este caso no puede ser heredero, y al no adquirir la herencia, no puede transmitirla a sus herederos.*

FIDEICOMISO CONDICIONAL: INSTITUCIÓN CONDICIONAL DEL SUSTITUTO (FIDEICOMISARIO O LLAMADO EN SEGUNDO O ULTERIOR GRADO): *Habiendo subordinado el testador el nacimiento del derecho a suceder a la realización del suceso futuro e incierto, hasta que éste no acaezca nada adquiere el sustituto ni para sí ni para sus herederos, según reiteradísima doctrina.*

SITUACION JURIDICA DEL SUSTITUTO: *Mientras no se cumpla la condición, el sustituto no tiene más que una expectativa de derecho y hasta que no fallece el primer instituido y se cumpla la condición, nada adquiere el sustituto para sí ni para sus herederos. [Sentencia 28 septiembre 1955.]*

OBSERVACIONES: Se trataba en el caso de autos de una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, en la que por existir llamamiento expreso de los nietos, se eliminaba el problema de los «hijos puestos en condición».

El testador instituía como fiduciario a su hijo A., al que sustituía por sus hijos o descendientes, no a todos juntos, sino el uno después del otro por orden de primogenitura y prelación de varones a hembras, según la tradicional fórmula catalana. Si fallecía sin ellos, nombraba como fideicomisaria a B., otra hija del testador, y si ésta hubiese muerto, le sustituían (sustitución vulgar «infideicomiso») sus hijos o descendientes, en igual forma.

Hereda el fiduciario A. y fallece soltero. La fideicomisaria B. le había premuerto dejando cinco hijos, de los que el primogénito varón C. sobrevivió a su madre, pero premuriendo igual que ésta al fiduciario. Recibió la herencia por D. como fideicomisario libre, por ser el mayor hijo varón vivo de los dejados por B., es reclamada aquélla por los descendientes de C., alegando el derecho de representación, derecho que le niega el Tribunal Supremo con arreglo a la doctrina antes expresada, que fué también la del Juzgado y la de la Audiencia. Falleció C. antes que el fiduciario y, por tanto, antes de saber si se cumpliría o no la condición que purifica el fideicomiso, nada hereda aquél ni puede transmitir nada a sus herederos. (D. I.)

7. TESTAMENTOS: INTERPRETACIÓN: *Toda disposición testamentaria deberá entenderse conforme al sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador y, en caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención según el tenor del mismo testamento.*

PARTICIÓN: RETRIBUCIÓN DEL CONTADOR PARTIDOR: *La expresada y deliberada voluntad de la testadora de retribuir a cada uno de los contadores por sus trabajos de partición con una cantidad determinada, debe respetarse. [Sentencia 31 mayo 1955.]*

El problema planteado en el presente pleito es el siguiente: El testador nombra albaceas contadores partidores, expresando la cantidad que han de percibir como retribución por sus trabajos. El albacea contador partidor designado formaliza el cuaderno particional y fija sus honorarios en cantidad muy superior a la determinada por el testador, entendiéndolo que era excesivamente exigua y no guardaba relación con la importancia de la herencia, clase de trabajo y profesión y prestigio del partidor, incluyéndolos como baja en la liquidación del caudal relicto.

El Juzgado de 1.ª instancia estimó la demanda de los herederos y condenó al partidor a restituir la diferencia entre la suma percibida y la suma

señalada por el causante. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y absolvió al demandado de la demanda. El T. S. declara haber lugar al recurso, casa la sentencia y confirma la de primera instancia.

El argumento principal esgrimido por T. S. para llegar a esta solución es que el «testamento es ley obligatoria para cuantos de él deriven sus derechos», de tal manera que el contador que acepta y desempeña el cargo para que fué nombrado, está obligado por la determinación de la retribución realizada por el testador que él mismo aceptó, con el cargo, máxime si se considera que pudo excusarse o renunciar, si estimaba, por razones de prestigio o de cualquier otra índole, insuficiente la señalada por el testador.

El segundo argumento se funda en que la Sala sentenciadora al expresar que no se contraría la voluntad del testador al rechazar la retribución por él determinada, porque nunca pudo llegar a la tasación unilateral de unos servicios profesionales, ni tener en cuenta si la remuneración era o no justa, viola el principio del artículo 675 del C. c. sobre interpretación de los testamentos, ya que las palabras y la intención son en este caso perfectamente claras.

Los argumentos del T. S. tienen una gran fuerza dialéctica. Sin embargo el tema, a nuestro juicio, continúa siendo, por lo menos, dudoso. El artículo 908 del Código Civil, varias veces citado a lo largo del pleito, y al que el T. S. sólo alude muy de pasada para desecharlo, tras de establecer que el albaceazgo es cargo gratuito, dispone que «podrá, sin embargo, el testador señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos». En el artículo 908 del C. c. parecen distinguirse netamente dos supuestos: a) la retribución del albacea que será la que el testador tenga por conveniente; b) la retribución del partidador que tiene derecho a cobrar «lo que le corresponda» por su trabajo facultativo. La distinción puede estribar en la diferente naturaleza de una u otra función, pues, mientras el albaceazgo es un cargo de confianza y la misión que se le encomienda es el cumplimiento de la voluntad del causante, el partidador tiene un indudable carácter técnico. (En este sentido MANRESA, VI, página 818; también CASTAN, III (ed. 1942), página 305 que señala como carácter del cargo de contador, la retribución frente a la gratuidad del albaceazgo con base en el 908.) Por ello parece que mientras el testador puede a su arbitrio señalar la remuneración del albacea (lo que tenga por conveniente), no puede señalar la remuneración del contador partidador que ha de ajustarse a la normal, para el tipo de servicios prestados (lo que corresponda). (L. D. P.)

8. INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA: VALOR DEL TESTAMENTO REVOCADO: Ni podría hacerse una declaración de derechos a favor de una hija que menciona en virtud de una cláusula negativa en sí, (que no contiene disposición patrimonial, pues el causante da en ella una razón de por qué no deja nada de su herencia a su hija, la recurrente) ni en su relación con las demás del mismo testamento, ni menos aún, en la relación que pretende la recurrente con otro testamento anterior revocado, el cual ya no tiene valor y no sirve:

ni como base para interpretar la voluntad del testador en el momento de causarse la herencia. [Sentencia 9 julio 1955.]

OBSERVACIONES: Aunque la doctrina del Tribunal Supremo sea irreprochable, con relación al caso de autos, parece excesivamente rotunda, por lo menos como regla general, la tesis que mantiene acerca del valor del testamento revocado. Y en este sentido hay que recordar, en relación con la revocación tácita de las disposiciones de última voluntad, la Sentencia de 5 agosto 1925, y sobre todo, las modernas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fechas 18 junio 1947 y 18 diciembre 1951, en las que—con aprobación de la doctrina, Castán, Puig Peña, Cánovas, Peña—se abandona el criterio absolutamente objetivo en la aplicación del artículo 739 del C. c. combinándolo con la orientación subjetiva que resulta del artículo 675.

9. CUARTA MARITAL O «UXORIA»: DERECHO FORAL CATALÁN: SU NATURALEZA DE SUCESIÓN FORZOSA: PUEDE RECLAMARSE CONTRA EL TESTAMENTO DEL MARIDO: CUESTIÓN DE HECHO: EL BENEFICIO DE POBREZA: *La «cuarta uxoria» que las novelas 53 y 117 confieren a la viuda pobre indotada, por el ministerio de la ley, en el patrimonio del marido, es de tal naturaleza jurídica, que constituye una sucesión forzosa, que no sólo es exigible en caso de abintestato, sino que puede reclamarse contra el testamento del marido..*

CUARTA MARITAL O «UXORIA»: DERECHO FORAL CATALÁN: EL REQUISITO DE LA CONVIVENCIA: DISMINUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DEL RIGOR DE ESTE CONDICIONAMIENTO: PÉRDIDA DE LA «CUARTA UXORIA»: *Si bien el texto de la novela 53 parece condicionar la efectividad de la cuarta uxoria al hecho de que los cónyuges vivan juntos, la jurisprudencia en Sentencia 25 octubre 1894 y la misma doctrina de los autores, tan digna de tenerse en cuenta, de Derecho catalán, ha dulcificado este rigor estimando que la separación conyugal que priva de la cuarta uxoria (aparte el caso indiscutible de la disolución del vínculo), es la que demuestra la intención de dar consistencia al estado de suspensión de vida matrimonial con pretensiones de semilegalización. Y no se pierde el derecho a la cuarta, cuando la sentencia de divorcio quoad thorum, mensam et cohabitationem pronunciada por el Tribunal eclesiástico dispone la separación de los cónyuges, no de manera perpetua, ni siquiera tampoco determinada, sino por tiempo no definido, condicionado a la voluntad de la esposa de someterse a los preceptos del Derecho canónico, dando caución de respetar la autoridad del esposo, lo cual demuestra que no se trata mas que de una suspensión y que no se está en el supuesto que, para privar a la mujer de la cuarta uxoria por separación de los cónyuges, exige la doctrina de los autores catalanes: es decir, la intención de dar consistencia al estado de suspensión de la vida matrimonial. [Sentencia 7 julio 1955.]*

DERECHO MERCANTIL

1. VENTA DE ACCIONES: OFERTA Y VENTA: COMPRA POR LA MISMA SOCIEDAD: *El ofrecimiento hecho por el vendedor, en cumplimiento de un precepto estatutario, al Consejo de Administración de la Sociedad, de la venta de la totalidad de acciones que poseía, sólo representa un acto meramente preparatorio de un contrato futuro, pues por prohibirlo el artículo 166 del C. co-*

mercio, la Sociedad no puede comprar sus propias acciones, y la venta se perfeccionó posteriormente con intervención de agente de Cambio y Bolsa y con entrega respectiva de las acciones y del precio a los distintos compradores.

VENTA DE ACCIONES: DERECHO DE PREFERENCIA: INCAPACIDAD DE CONTRATAR: Si los Estatutos establecen un derecho de preferencia a favor de los fundadores en el caso de venta de las acciones, ello no significa que los socios no fundadores y los terceros estén afectados de una incapacidad para contratar.

VENTA DE ACCIONES: ERROR EN LA PERSONA: No puede alegarse error en la persona capaz de anular el contrato cuando el vendedor demuestra indiferencia sobre la persona del comprador.

VENTA DE ACCIONES: DOLO: No anula el contrato cuando es producido por un tercero; si la sociedad incumple su promesa de comunicar al vendedor los nombres de los compradores y, esto, no obstante, aquél da orden a un banco de realizar la venta, no puede hablarse de maquinaciones insidiosas. [Sentencia 30 marzo 1955.]

2. **SOCIEDAD ANONIMA: SOCIEDAD DE UN SOLO SOCIO:** [Sentencia 3 octubre 1955.] (D. c., III, 61.)

3. **SOCIEDAD MERCANTIL: DISOLUCIÓN: FACULTADES DE LIQUIDADORES:** Los liquidadores, además de las obligaciones que el artículo 228 C. comercio les impone, de percibir los créditos de la Compañía, extinguir las obligaciones contraídas por ella de antemano según fueran venciendo y realizar las operaciones pendientes, por su carácter de mandatarios tenían también las facultades y obligaciones que libremente les habían conferido e impuesto los socios, sin que pudieran contravenirlas, excediéndose de las que les estaban encomendadas. [Sentencia 12 mayo 1955.]

4. **LIBROS DE COMERCIANTES:** [Sentencia 12 mayo 1955.] (D. c., III, 3.)

5. **ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: LIQUIDACIÓN UNILATERAL:** La liquidación extrajudicial practicada unilateralmente por una de las partes, no tiene, por sí sola, fuerza probatoria.

PRUEBA: LIBROS DE COMERCIO: No existe infracción del artículo 48 n.º 3.º del C. comercio, cuando el Tribunal ha declarado que es insuficiente esta prueba, en atención a que se fijan cantidades globales por determinados conceptos, sin que se acompañen comprobantes, ni se detallan de modo que exista alguna razón que justifique la existencia de los respectivos asientos. [Sentencia 30 mayo 1955.]

6. **EL FACTOR MERCANTIL:** [Sentencia 9 julio 1955.] (D. c., II, 17.)

7. **COMISIÓN MERCANTIL:** Según el artículo 246 del C. comercio, cuando el comisionista contrata en nombre propio, la otra parte contratante—en este caso, la sociedad actora realizadora de las obras—no tiene nexo jurídico alguno con los otros posibles interesados.

COMISIÓN MERCANTIL: CONTRATO DE OBRA: ACTOS PROPIOS: Aun cuando el comisionista haya actuado en nombre propio si la sociedad demandada se adhiera con posterioridad, mediante actos propios de sellado de facturas y liquidaciones, queda directamente obligada sin que pueda alegar que no es-

taba constituida como tal sociedad al tiempo de celebrarse el contrato de obra.

CONTRATO DE OBRA: ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *No existe enriquecimiento injusto si la sociedad que realizó las obras se abstuvo de pedir la revisión de precios conforme a la ley de 17 de julio de 1945 y orden 3 octubre 1945, pues con ello no ha logrado un beneficio o utilidad para ella, sino todo lo más, un perjuicio para la otra parte.* [Sentencia 21 marzo 1955.]

DERECHO PROCESAL

I. Parte general

1. **DISPOSICIÓN FINAL DEROGATORIA: ARTÍCULO 2.182 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL:** *No puede alegarse la infracción de las normas de las partidas sobre prueba testifical, ni aun tratándose de una servidumbre constituida antes de regir el Código Civil, porque conforme al artículo 2.182 de la LEC quedaron a su publicación, derogadas todas las leyes, reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se hayan dictado reglas para el enjuiciamiento civil.*

PRUEBA: ARTÍCULOS 1.248 DEL CÓDIGO CIVIL Y 659 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: *Dado su carácter admonitivo, contra la apreciación que hagan los Tribunales de la prueba testifical, en uso de la facultad que uno y otro artículo les confieren, no se da el recurso de casación.* [Sentencia 16 junio 1955.]

2. **ACTOS PROCESALES: NULIDAD: ARTÍCULO 4 DEL CÓDIGO CIVIL:** *Los actos procesales no pueden anularse invocando el artículo 4 del Código Civil si se trata, en otro juicio distinto, de obtener la anulación del juicio en su unidad.* [Sentencia 30 mayo 1955.]

OBSERVACIONES: En el mismo sentido la Sentencia 24 octubre 1932 dice que no se infringe el artículo cuarto del Código Civil teniendo en cuenta que si bien el mismo proclama la nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, este precepto no puede tener aplicación cuando se trata de actos cuya validez o nulidad se encuentra determinada y definida por leyes adjetivas, reguladoras de un procedimiento específico, que fijan las normas a que ha de sujetarse éste, pues en tal caso es evidente que está en la excepción y salvedad que dicho artículo cuarto reconoce y proclama.

3. **COMPETENCIA: LITIS EXPENSAS:** *La acción para reclamar litis expensas, no existiendo sumisión, debe establecerse ante el Juez del domicilio del marido demandado.* [Sentencia 13 octubre 1955.]

4. **QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE PERSONALIDAD:** *Si bien se invocó por el demandado la excepción de falta de personalidad al contestar la demanda, no debe estimarse si en ninguna de las instancias se determinó o puntualizó el defecto en que se funda el recurso, limitándose el demandado a una alusión genérica y de sentido impreciso de la excepción.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE PERSONALIDAD: ACTOS PROPIOS: *Si el demandado ha reconocido extrajudicial y judicialmente la personalidad del*

actor, no puede en el recurso impugnar esa personalidad que tiene reconocida. [Sentencia 29 septiembre 1955.]

5. CAMBIO DE PETICIÓN: [Sentencia 3 octubre 1955.] (D. c., III, 39.)

II. Procesos en especial

1. ARRENDAMIENTO URBANO: PROCEDIMIENTO: El procedimiento establecido en LAU para sentenciar y decidir los litigios suscitados al amparo de la misma, ante los Jueces de Primera Instancia, si bien se sigue por el de los incidentes, es un juicio declarativo en cuya resolución puede hacerse constar cuantas declaraciones de hecho o de derecho sean precisas.

ARRENDAMIENTO URBANO: RENUNCIA DE DERECHOS: TRANSACCIÓN: La facultad del artículo 133 LAU es renunciable, y si la renuncia formó parte de una transacción entre arrendador y arrendatario, no estimarla significaría grave quebranto de la justicia conmutativa, del Derecho y de la Moral. [Sentencia 29 septiembre 1955.]

2. ARRENDAMIENTO URBANO: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: Los artículos 1566 y 1567 de la LEC son igualmente de aplicación en los de arrendamientos urbanos regidos por su ley especial.

APELACIÓN ADMITIDA INDEBIDAMENTE: Si un Juez admite indebidamente una apelación, aunque el apelado haya consentido su admisión y aunque se haya substanciado toda la alzada, el Tribunal debe declarar ejecutiva la resolución apelada absteniéndose de conocer del fondo de la apelación por tratarse de materia de orden público. [Sentencia 30 mayo 1955.]

3. PROCESOS ESPECIALES: ARRENDAMIENTOS URBANOS: JUICIOS DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: RECURSOS: REQUISITOS: Los artículos 1566 y 1567 de la LEC, son aplicables a los juicios de arrendamientos urbanos en que se reclame la resolución del contrato. El artículo 163, a), de la LAU, según el cual no procede la consignación de rentas en las apelaciones de juicios sobre viviendas cuando el desahucio no se haya fundado en la falta de pago, se refiere sólo a las apelaciones de sentencias dictadas por Jueces municipales y es una excepción al principio general antes citado. [Sentencia 2 julio 1955.]

4. ARRENDAMIENTO URBANO: PROCEDIMIENTO: APLICACIÓN SUBSIDIARIA LEC: El artículo 180 LAU otorga aplicación subsidiaria a la LE Civil en materia de procedimiento.

ARRENDAMIENTO URBANO: CONSIGNACIÓN DE RENTAS DURANTE RECURSO APELACIÓN: No es preciso consignar las rentas que vengzan durante la substanciación del recurso de apelación, pues el párrafo 2.º del artículo 1.567 LE Civil no es susceptible de interpretación extensiva. [Sentencia 6 mayo 1955.]

5. ARRENDAMIENTO URBANO: CONSIGNACIÓN DE RENTAS DURANTE LA APELACIÓN: La declaración de tener por desierto el recurso por falta de pago de rentas durante la sustanciación, se prescribe en el artículo 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento civil para el de casación, pero no para el de apelación. [Sentencia 25 junio 1955.]

OBSERVACIONES: Doctrina reiterada del Tribunal Supremo, cfr. entre otras, Sentencia 6 mayo 1955.

6. ARRENDAMIENTO URBANO: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: *Es al formalizar el recurso y no al prepararse cuando debe cumplirse lo prevenido en el artículo 1.566 LEC, ya que al Tribunal Supremo y no a la propia Sala sentenciadora es a quien incumbe apreciar si el referido requisito fué debidamente cumplido.* [Sentencia 23 septiembre 1955.]

7 JUICIO DE TESTAMENTARIA: OPERACIONES DIVISORIAS: FORMALIDADES ESSENCIALES: *El criterio legal y jurisprudencial de mantener las operaciones divisorias en cuanto sea posible, no es aplicable cuando tales operaciones han sido efectuadas con olvido de formalidades esenciales desde su origen, como son el incumplimiento de los artículos 1.055 y 1.065 LEC, al no ser citados para el juicio y para la formación del inventario los representantes del cónyuge sobreviviente, ni dárseles intervención alguna en la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo cual es ineludible rehacer todas las operaciones.*

JUICIO DE TESTAMENTARIA: OPERACIONES DIVISORIAS: ACTOS PROPIOS: *No puede aplicarse la doctrina de los actos propios cuando se carece de legitimación para ejercitarlos por haber renunciado a la herencia.*

JUICIO DE TESTAMENTARIA: COSA JUZGADA: *Una sentencia crece de autoridad de cosa juzgada en otro pleito, cuando no concurren las tres identidades establecidas en el artículo 1.252 C. c.* [Sentencia 17 mayo 1955.]

ANTECEDENTES: Don Manuel G. M. falleció en 1931, sobreviviéndole su esposa, doña Dolores V., y sus cuatro hijos, doña Dolores, doña Carmen, doña Josefa y don Manuel G. V.; doña Dolores G. V. renunció a la herencia de su padre; en el año 1932 se formalizaron las operaciones particionales de don Manuel G. V., pero, a instancia de su hija doña Carmen, se siguió juicio declarativo terminado por sentencia firme declarando la nulidad de dicha partición y mandando que se practicara de nuevo con asentimiento de todos los herederos o, en su caso, por el procedimiento del juicio de testamentaria; en 1933 falleció la viuda bajo testamento en el que designó albaceas, concediéndoles diez años para el desempeño de su misión; en 1940 doña Carmen promovió el juicio de testamentaria de su padre, en el curso del cual se practicaron las diligencias de inventario, avalúo, liquidación y división de la herencia, sin citar en juicio a los albaceas designados por la viuda fallecida, ni citar después de 1943, en que terminó el albaceazgo, a los hijos del causante en su calidad de herederos de su citada madre: puesto de manifiesto a los interesados el cuaderno particional de la herencia de don Manuel G. M., hubo oposición, y no lográndose conformidad en la Junta convocada al efecto, doña Carmen G. V. promovió el presente pleito declarativo con múltiples pretensiones, principalmente encaminadas a que no se apruebe el cuaderno particional indicado.

En primera instancia se desestimó la demanda declarándose bien, hecho el cuaderno particional.

En apelación se declaró que no procede aprobar las operaciones particionales de la herencia de don Manuel G. M. por incumplimiento de los artículos 1.055 y 1.065 LEC, en punto a la citación para el juicio y para la formación del inventario a los albaceas de la viuda fallecida, que tampoco han intervenido en la liquidación de la sociedad de gananciales, mandan-

do que se proceda a nueva formación de inventario y sucesivas operaciones divisorias con citación de los herederos del causante y de los representantes de la herencia de la esposa posteriormente fallecida.

III. Recursos

1. ARRENDAMIENTO URBANO: APELACION: EXCESO DE PODER EN EL PRONUNCIAMIENTO: *Según doctrina reiterada, el Tribunal de apelación conoce integralmente la cuestión resuelta en primera instancia con el límite adoptado por las partes en el recurso, sin que pueda traducirse en una agravación con perjuicio del apelante, ni correlativamente en mejora o beneficio del apelado.* [Sentencia 11 junio 1955.]

2. RECURSO DE CASACIÓN: FUNDAMENTACIÓN: [Sentencia 7 octubre 1955.] (D. c., III, 76.)

3. RECURSO DE CASACIÓN: CARÁCTER DEFINITIVO DE LAS RESOLUCIONES: *El primer requisito para que sean susceptibles de este recurso las resoluciones judiciales, es que tengan el carácter de definitivas, condición que no se da en el auto desestimatorio de las excepciones segunda y tercera del artículo 533 de la LEC, que no sólo no pone término al pleito haciendo imposible su continuación, sino que, por el contrario, deja libre el ulterior recurso del pleito.* [Sentencia 14 junio 1955.]

4. RECURSO DE REVISIÓN: REQUISITOS: *El recurso de revisión que regula el título XXII del libro 2.º LEC, tiene el carácter de extraordinario, sólo viable en los casos taxativamente determinados en el artículo 1796, de aplicación estricta y que requiere una plena y eficaz prueba.*

RECURSO DE REVISIÓN: MAQUINACIÓN FRAUDULENTE: *La maquinación ha de proceder de hechos realizados fuera del pleito.* [Sentencia 28 septiembre 1955.]

5. TERCERÍA DE DOMINIO: CUESTIONES EXCLUIDAS: *En el procedimiento especial de tercería, como incidental que es, no pueden plantearse otras cuestiones que las específicas de la tercería; por ello es evidente el acierto de la Sala al no declarar la nulidad de unas escrituras de repudiación hereditaria, que se pedía expresamente como previa al ejercicio de la tercería y desestimar totalmente la demanda por falta de acción.* [Sentencia 4 julio 1955.]

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GARCÍA DE ENTERRÍA Y CARANDE, Eduardo: *Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa.*

GINOT LLOBATERAS, Francisco: *La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.