

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLI * Mayo-Junio 1965 * Núms. 444-445

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Federico Bas y Rivas.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño; y

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 2 25 53 16.

Precio : 200 pesetas al año.

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
<i>Los efectos de la inscripción en el Registro Municipal de Solares</i> , por Jesús González Pérez	557
<i>La Empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil</i> , por M. Broseta Pont	603
LEGISLACION:	
<i>Crónica legislativa</i> , por Francisco de Cossío	633
JURISPRUDENCIA:	
<i>De la Dirección General de los Registros y del Notariado</i> , por Ginés Cánovas Coutiño	647
<i>Civil</i> , por Bartolomé Menchén	663
<i>Arrendamientos</i> , por José María González López	677
<i>Mercantil</i> , por Ramón G. Sánchez de Frutos	685
<i>Contencioso-administrativa</i> , por Jesús González Pérez y Salvador Ortolá Navarro	687
<i>Procesal</i> , por José María González López	745
<i>Fiscal</i> , por José María Rodríguez Villamil	749
LIBROS:	
<i>Curso de Derecho de Sociedades Anónimas</i> , de Jesús Rubio García-Mina, por S. de F.	761
<i>Tópica y jurisprudencia de Theodor Viehweg</i> , por José Manuel Almansa Pastor	764
REVISTAS:	
Por Valeriano de Castro	769

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

Depósito legal: M. 968.—1958

ESTUDIOS

Los efectos de la inscripción en el Registro Municipal de Solares (*).

SUMARIO: I. LA INCLUSIÓN EN EL REGISTRO Y LA OBLIGACIÓN DE EDIFICAR: A) La obligación de edificar: 1. Naturaleza jurídica. 2. Plazos de edificación. 3. Plazos especiales de edificación. B) La inscripción en el Registro. C) Prórroga del plazo de edificación: 1. Requisitos. 2. Procedimiento. 3. Efectos.—II. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EDIFICAR: A) Nociones generales. B) Régimen jurídico: 1. Requisitos. 2. Procedimiento. 3. Efectos.—III. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ENAJENACIÓN FORZOSA: A) Exclusión por venta voluntaria de la finca: 1. Requisitos. 2. Procedimiento. 3. Efectos. B) Exclusión de subasta: 1. Requisitos. 2. Procedimiento. 3. Efectos.—IV. ADQUISICIÓN DIRECTA DE FINCAS: A) Nociones generales. B) Adquisición y venta forzosa a favor del peticionario: 1. Requisitos. 2. Procedimiento.—V. PROCEDIMIENTO DE ENAJENACIÓN FORZOSA: A) Nociones generales: 1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Clases. 4. Regulación. B) Requisitos: 1. Subjetivos. 2. Objetivos. 3. Plazo. C) Procedimiento: 1. Procedimiento regulado por el art. 147 de la Ley del Suelo. 2. Procedimiento especial del art. 4 de la Ley de 21 de julio de 1962. D) Efectos: 1. Situación permanente de enajenación forzosa. 2. Adquisición de la propiedad.—VI. DESAHUCIO Y LANZAMIENTO: A) Nociones generales. B) Requisitos: 1. Sujetos. 2. Objeto. 3. De la actividad. C) Procedimiento: 1. Fijación de la indemnización. 2. Lanzamiento. D) Efectos: 1. Jurídicos. 2. Económicos.—VII. REVERSIÓN: A) Nociones generales. B) Requisitos: 1. Sujetos. 2. Objeto. C) Procedimiento: 1. Declaración de incumplimiento de la obligación de edificar. 2. Reversión. D) Efectos.

(*) El presente trabajo es un capítulo del libro *El Registro Municipal de Solares*, que acaba de aparecer, editado por Publicaciones Abella «El Consultor de los Ayuntamientos».

Se han utilizado las abreviaturas siguientes:

Con	= El Consultor de los Ayuntamientos
FE	= Fuero de los Españoles.
LAU	= Ley de Arrendamientos Urbanos.
LE	= Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954.
LJ	= Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956.
LPA	= Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, revisada por Ley 164/1963, de 2 de diciembre.

I. LA INCLUSIÓN EN EL REGISTRO Y LA OBLIGACIÓN DE EDIFICAR.

A) *La obligación de edificar.*1. *Naturaleza jurídica.*

El Reglamento de 1964 habla de la «obligación de edificar». Así se titula su capítulo primero. Sin embargo, es muy discutible que estemos en presencia de una obligación propiamente dicha. Parece que no puede hablarse de una obligación del propietario a edificar, sino de la carga de edificar (1). En efecto:

a) La propiedad no puede considerarse hoy como un derecho absoluto, sino como un derecho sometido a importantes limitaciones

LRL	=	Ley de Régimen Local, texto refundido aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955.
LS	=	Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956.
RAP	=	Revista de Administración Pública.
RB	=	Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1955.
RE	=	Reglamento para la aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957.
Reglt.º 1964	=	Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, aprobado por Decreto de 5 de marzo de 1964.
REVL	=	Revista de Estudios de la Vida Local.
ROF	=	Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952.
S o Ss	=	Sentencia o sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

(1) Aunque la diferencia conceptual tuvo su origen en la Ciencia procesal, ha sido admitida plenamente en Derecho administrativo. Cfr., por ejemplo, GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, 2.ª ed., Madrid, 1961, I, pp. 345-347.

El capítulo de la LS en que se regula la edificación forzosa lleva por título «Fomento de la edificación». Pero según se ha señalado en el capítulo primero, difícilmente puede considerarse un medio de acción de fomento. Si lo es, sin embargo, en cuanto constituye un estímulo de la edificación el que se regula en el art. 78, LAU, al que se refiere la S de 14 noviembre 1964, al decir que «el permiso para derribar o construir atribuido a los Gobernadores civiles por el art. 78, LAU, es un acto administrativo, corolario o manifestación de la política estatal de aliento a la construcción de viviendas con la finalidad de paliar o resolver el problema social de su escasez, sin que la circunstancia de que tal licencia gubernativa esté encajada en la LAU, borre la naturaleza de acto administrativo de tal permiso».

y que debe ejercerse con arreglo a unos principios fundamentales. El artículo 30, FE, consagra como tal el siguiente: «La propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares o 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 destruida indebidamente ni aplicada a fines ilícitos».

b) Así como en la propiedad rústica aquel principio se traduce en la explotación de las fincas en determinadas condiciones (2), en la propiedad urbana impone el uso de la misma con arreglo a su destino: la edificación. Como dice la Exposición de Motivos de la LS, «destino natural de los solares es el de ser y constituir soporte de edificaciones levantadas conforme a los planes. La retención indefinida sin construir es contraria a ese objetivo inmanente y originaría resultados antieconómicos en la prestación de toda clase de servicios públicos». Pero la edificación no es una obligación que pueda exigirse coactivamente; no es una prestación que el propietario tenga que realizar forzosamente frente a la Administración. La edificación es un derecho, una facultad del propietario.

c) Al no ser una obligación, es incuestionable que la Administración pública no puede, a través de su aparato coactivo (arts. 104-108, LPA), exigir su realización. Estamos ante una facultad, cuyo no ejercicio reporta al titular determinados resultados perjudiciales. El propietario puede utilizar la cosa como estime conveniente; pero como está sujeto a unos principios fundamentales, en el supuesto de que el ejercicio del derecho contravenga aquellos principios sufrirá los resultados desfavorables previstos por la Ley. Y esto es lo que, en técnica jurídica, se llama carga (3).

(2) GONZÁLEZ PÉREZ, *La declaración de fincas mejorables*, RAP, núm. 13, páginas 207-235.

(3) Como dice GUASP, «la carga es meramente la consideración del resultado perjudicial que se produce por la falta de ejercicio de un derecho subjetivo». Cfr. *Comentarios a la Lec.* Madrid, 1943, I, pp. 23 y ss.

2. *Plazos de edificación.*

La LS y el reglamento de 1964, al fijar los plazos de edificación establecen dos tipos de normas, con importantes repercusiones en el régimen del Registro:

a) Por un lado, existe una referencia a los planes, proyectos de urbanización o expropiación, programas de actuación o acuerdos de declaración de interés inmediato de urbanización y edificación del polígono o manzana (art. 142, párrafo 1, LS; art. 1.º, párrafo 1, Reglamento de 1964). En todos estos supuestos se señalarán expresamente los plazos de edificación de los solares afectados (arts. 2.º y 3.º, Reglamento de 1964).

b) Ahora bien, para el supuesto de que en el plan, proyecto, programa o declaración de interés inmediato no se fijare el plazo, la Ley da unas normas supletorias. El artículo 142, párrafo 2, LS, dispone: «Si no estuviere determinado, el plazo será el siguiente: a) De dos años, contados desde que el polígono o manzana merezca la calificación de casco según el párrafo 4 del artículo 12, si el propietario de la parcela hubiere cedido los terrenos viales y de parques y jardines y costeadado la urbanización, como mínimo, en la proporción señalada por los artículos 116 y 117. b) De tres años, a contar desde la recepción provisional de las obras fundamentales de urbanización de que trata el párrafo 1 del artículo 67, en los demás casos». Y el artículo 1.º, párrafo 2, Reglamento de 1964, dice: «Si la obligación de edificar se deduce de las normas subsidiarias para el cómputo de plazos a que se refiere el artículo 142-2 de dicha Ley, se hará constar la concurrencia de las circunstancias exigidas en el expediente que, en su caso, se instruya para sancionar el incumplimiento».

3. *Plazos especiales de edificación.*

A') *Para atender ampliaciones exigidas por futuras necesidades.*

El artículo 23, Reglamento de 1964, prevé plazos especiales para atender las ampliaciones exigidas por las futuras necesidades a

favor de las Entidades de Derecho público y de las empresas privadas. El régimen jurídico para obtener este plazo especial es el siguiente:

- a) *Requisitos.*
- a') *Subjetivos.*
- a'') *Organo administrativo.*

Aun cuando el procedimiento se incoa ante el Ayuntamiento en cuyo término municipal radique el inmueble, se requiere la aprobación del Ministerio de la Vivienda. Así se desprende del artículo 23, párrafo 1, Reglamento de 1964, al decir que «los interesados lo solicitarán razonadamente del Ayuntamiento, el cual, con su acuerdo, elevará el expediente al Ministerio de la Vivienda... *para su aprobación*».

- b'') *Interesados.*

Unicamente se reconoce los beneficios de poder obtener plazo especial de edificación a:

— Las Entidades de Derecho público. Ante la genérica expresión del precepto reglamentario, es incuestionable que pueden obtener el plazo especial, no sólo las Entidades públicas territoriales (Estado y Entidades locales), sino también las Entidades institucionales.

— Las Empresas privadas. El precepto no se limita a las Empresas industriales, por lo que podrán obtener este beneficio las Empresas comerciales. Pero es necesario en todo caso que se trate de una Empresa individual o social (cualquiera que sea la forma de Sociedad que adopte). No podrá, por tanto, obtener el beneficio una persona física que no realice actividad industrial o mercantil.

- b') *Objetivos.*

El fundamento de este plazo especial no es otro que la posibilidad de atender las ampliaciones exigidas por futuras necesidades. Lo que responde a exigencias lógicas incuestionables, pues resultaría absurdo no dejar a una Empresa espacio suficiente para futuras ampliaciones previsibles.

Ahora bien, es necesario que se justifiquen debidamente, señalando en cada caso el plazo de retención de los solares sin edificar.

c') *Plazo.*

Es necesario presentar la solicitud «dentro del año siguiente a la adquisición del inmueble o de la inclusión del mismo en el Registro Municipal» (art. 23, párrafo 2, Reglamento de 1964). El precepto se refiere únicamente a las «Empresas», por lo que parece no es aplicable este límite temporal a las Entidades de Derecho público. Cuando solicite el plazo especial un ente público, la solicitud podrá formularse en cualquier momento.

b) *Procedimiento.*

a') El procedimiento se inicia a instancia de los interesados, en la que aducirán los motivos en que se fundan y señalarán el plazo de retención de los solares que consideren necesario. Dicha instancia se presentará en el Ayuntamiento en cuyo término radique el inmueble. Si el solar fuese propiedad del mismo Municipio, el expediente se incoará de oficio por el propio Ayuntamiento (art. 23, párrafo 1, Reglamento de 1964).

b') Si el procedimiento se incoa a instancia de Empresas privadas, el Ayuntamiento recabará informe de (art. 23, párrafo 2, Reglamento de 1964):

— La Delegación de Industria de la provincia, si se tratare de Empresas sujetas a la competencia de la misma.

— La Delegación Provincial del Ministerio de Información y Turismo, si se tratare de solares incluidos en Planes de Ordenación Urbana de centros y zonas de interés turístico nacional.

c') El Ayuntamiento, con su acuerdo, remitirá el expediente a la Comisión Provincial de Urbanismo, para que, a su vez, emita informe y eleve el expediente al Ministerio de la Vivienda para su aprobación.

c) *Efectos.*

La Entidad pública o la Empresa que hubiere obtenido este plazo especial podrá retener el solar sin edificar durante el mismo. Pero una vez expirado el plazo, se aplicarán las normas sobre edificación forzosa.

Las fincas respecto de las que se da este plazo especial, «se incluirán en el Registro Municipal, en el que se consignará: la resolución recaída, el plazo concedido y las condiciones impuestas, si las hubiere» (art. 23, párrafo 3, Reglamento de 1964).

B') *Plazos por razón de obras de urbanización o de cooperación urbanística.*

El artículo 24, Reglamento de 1964, dispone: «Los que ejecuten obras de urbanización o cooperen a la gestión pública o privada por los sistemas de actuación de la LS, podrán retener los solares resultantes durante el período que señala el programa al efecto aprobado por el órgano urbanístico de quien dependen o que controle su actuación».

B) *La inscripción en el Registro.*

1. En principio, la inclusión en el Registro Municipal de Solares no produce otro efecto que el de dar a conocer los datos de los solares en relación con la carga de edificación. Por tanto, no tiene repercusión alguna en el plazo para edificar. El plazo tiene vida al margen del Registro: empieza a computarse con independencia del momento en que tuvo acceso al Registro el solar de que se trate. El Registro da a conocer, entre otros, el dato siguiente: «Plazo de edificación y prórroga, en su caso, con referencia al documento que lo determine».

2. Ahora bien, la regla general señalada tiene importantes excepciones. Existen supuestos en los que la inclusión de una finca en el Registro de Solares produce importantes efectos en orden a los resultados de la no edificación dentro de plazo. Así ocurre en los casos siguientes:

a) *Cuando la edificación se deduce de las normas subsidiarias para el cómputo de plazos.* El artículo 144, párrafo 2, LS, dispone: «Las fincas a que se refiere el párrafo 2 del artículo 142 deberán ser, previo expediente tramitado de oficio o a instancia de parte, incluidas en el Registro de Solares, pero no pasarán a la situación de venta forzosa hasta que haya transcurrido el plazo de dos años, a contar desde aquella inclusión, sin que durante este plazo se hubieren iniciado o continuado por el propietario las obras de edificación, o luego no las desarrollara con ritmo normal».

De este modo, el plazo para edificar que señala el artículo 142, párrafo 2, LS, puede quedar prorrogado automáticamente por la inclusión. En efecto: es evidente que si el plazo de edificación es de tres años [supuesto b) del párrafo 2 del artículo 142, LS] y la inclusión en el Registro de Solares tiene lugar al empezar a correr aquel plazo, la inclusión en el Registro no produce el efecto de ampliar el plazo; por el contrario, el simple transcurso de los dos años desde la inclusión no determinará la venta forzosa: habría que esperar a que transcurriera el plazo de tres años. Pero si en este supuesto la finca tiene acceso al Registro de Solares cuando esté expirando el plazo de tres años, la inclusión sí produce el efecto de ampliar el plazo.

b) *Construcciones paralizadas, ruinosas, derruidas o inadecuadas.* El artículo 4.º, Reglamento de 1964, dice: «La nueva edificación de las fincas en que existieren construcciones paralizadas, ruinosas, derruidas o inadecuadas, deberán emprenderse dentro del plazo de dos años desde la notificación del acuerdo de inclusión de la finca en el Registro municipal correspondiente».

Por tanto, en los supuestos a que se refieren los párrafos 2, 3, 4 y 5 del artículo 5.º, Reglamento de 1964, el plazo para emprender la nueva edificación es de dos años, que se computará a partir del día siguiente al de la notificación del acuerdo de inclusión de la finca en el Registro.

C) *Prórroga del plazo de edificación.*

El artículo 143, párrafo 2, LS, prevé la posibilidad de prórroga del plazo de edificación. El régimen de la prórroga, a tenor de dicho artículo y del 22 del Reglamento de 1964, es el siguiente:

1. *Requisitos.*

a) *Subjetivos.*

a') Órgano administrativo. La competencia para conceder la prórroga corresponde a los órganos siguientes (art. 143, párrafo 2, LS):

- Al Ayuntamiento, para prorrogar por un año.
- A la Comisión Provincial de Urbanismo, por dos años.
- A la Comisión Central de Urbanismo, por un plazo superior.

b') Interesado. Estará legitimado para solicitar la prórroga el propietario del inmueble sujeto a edificación forzosa.

b) *Objetivos.*

La prórroga podrá concederse, según los casos, por los motivos siguientes:

a') Cuando se trata de prorrogar el plazo por un año, la Ley emplea la expresión «justa causa». Y cuando la prórroga es de dos años, «resolución motivada». Parece, pues, que en estos supuestos, cualquier motivo que justifique la insuficiencia del plazo, será suficiente para conceder válidamente la prórroga. No se dan motivos tasados; cualquiera puede servir de fundamento a la petición y, en su caso, concesión de la prórroga.

b') Sin embargo, cuando se trata de una prórroga por un plazo superior, la Ley limita los motivos en virtud de los cuales puede otorgarse. El artículo 143, párrafo 2, *in fine*, dice: «... y por más tiempo, mediante acuerdo de la Comisión Central de Urbanismo, fundado en el exceso de solares edificables». El acto de concesión de la prórroga por un plazo superior a dos años fundado en motivo distinto sería un acto que infringiría el Ordenamiento jurídico, y, por tanto, anulable, a tenor del artículo 48, párrafo 1, LPA. Únicamente puede fundarse en el exceso de solares edificables.

No estamos en presencia de potestades discrecionales. La Administración, al conceder o denegar una prórroga por plazo superior a dos años, ejerce actividad típicamente reglada. El hecho en que pueda fundarse es perfectamente verificable, en su caso, en una ulterior revisión jurisdiccional.

c) *Plazo.*

El artículo 22, párrafo 1, Reglamento de 1964, dispone que la prórroga deberá solicitarse «dos meses, al menos, antes del vencimiento». Es decir, durante la vigencia del plazo de edificación forzosa y dos meses antes de su expiración.

Este plazo deberá computarse a tenor del artículo 60, párrafo 2, LPA, es decir, por meses naturales.

2. *Procedimiento.*

a) La prórroga se solicitará por escrito dirigido al órgano competente para concederla, según los casos, en el que se justificarán las razones en que se funde, y al que se acompañarán los documentos siguientes:

- Permiso o licencia de construcción.
- Proyecto de la obra con el estudio económico.
- Programa que señale el ritmo de las edificaciones.

b) Aparte de los informes que se consideren necesarios por el órgano que ha de decidir, es preceptivo, en su caso, el informe de la Delegación Provincial del Ministerio de Información y Turismo, que se solicitará a través de la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda (art. 22, párrafo 3, Reglamento de 1964).

c) Resolución, que deberá ser motivada en todo caso (art. 143, párrafo 2, LS). Es evidente la aplicación de las normas generales sobre silencio administrativo (art. 38, LJ; art. 94, LPA), por lo que, deducida la petición sin que el interesado recibiese notificación de la decisión en el plazo de tres meses, podrá denunciar la mora, y, transcurridos otros tres meses sin recibir notificación, podrá considerar desestimada su petición.

d) En caso de que la finca estuviere inscrita en el Registro Municipal de Solares, se hará constar el plazo de la prórroga, con referencia al documento que lo determine [art. 10, párrafo 1, apartado g), Reglamento de 1964).

3. *Efectos.*

Serán los normales de todo acto de concesión—o denegación—de prórroga.

II. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EDIFICAR.

A) *Nociones generales.*

1. Para que se den los efectos que el Ordenamiento jurídico prevé para el incumplimiento de la llamada «obligación de edificar», no basta el simple transcurso de los plazos legales y de prórroga, en su caso. Es necesario que tal incumplimiento se declare formalmente en un procedimiento administrativo.

2. La declaración del incumplimiento es, pues, un acto administrativo, del que dependen los efectos propios de no haberse realizado la edificación, en especial la incoación del procedimiento de enajenación forzosa.

3. En cuanto a la regulación del procedimiento para declarar incumplida la obligación de edificar, el artículo 25, párrafo 2, Reglamento de 1964, remite a los artículos 15 a 17 del propio Reglamento, que son los que regulan el procedimiento para la inclusión de una finca en el Registro Municipal de Solares, ya estudiado.

B) *Régimen jurídico.*

1. *Requisitos.*

a) *Subjetivos.*

a') *Organo administrativo.*

La competencia para declarar incumplida la obligación de edificar corresponde al Ayuntamiento en cuyo término radique el inmueble [art. 15, párrafo 1, apartado a), Reglamento de 1964], salvo

el supuesto de subrogación previsto en el apartado e) del citado artículo y párrafo.

b') *Interesados.*

a'') Si para incoar el expediente de inclusión de una finca en el Registro Municipal de Solares está legitimada cualquier persona, sin exigirse ninguna condición especial, la misma regla puede aplicarse al procedimiento para declarar incumplida la obligación de edificar.

Ahora bien, como realmente estamos ante un supuesto en que el órgano administrativo tiene el deber de hacer la declaración, no se trata de un procedimiento incoado a «instancia de interesado», sino de oficio. De aquí que el artículo 25, párrafo 1, Reglamento de 1964, se refiera como forma de incoación a la «denuncia». El particular, pues, no es un interesado propiamente dicho, cuya solicitud tenga la virtualidad de poner en marcha el procedimiento, sino que se limita a poner en conocimiento del órgano competente hechos que determinan la necesidad de dictar el acto que incoa de oficio el procedimiento.

b'') En cuanto a la legitimación para comparecer en el procedimiento, son aplicables las reglas generales ya estudiadas (4). Será, por tanto, interesado principal aquel sobre el que recae la llamada «obligación de edificar».

b) *Objetivos.*

El procedimiento tiene por objeto verificar si ha transcurrido el plazo de edificación «sin que el propietario hubiese emprendido y seguido a ritmo normal la edificación» (art. 144, párrafo 1, LS; artículo 25, párrafo 1, Reglamento de 1964).

c) *Plazo.*

Dada la naturaleza del procedimiento es obvio que únicamente podrá incoarse una vez transcurrido el plazo de edificación y, en su caso, de las prórrogas concedidas.

(4) Cfr. capítulo tercero, sección primera, ap. III, B, 2.

2. *Procedimiento.*

a) Se incoará de oficio por el Ayuntamiento en cuyo término radique el inmueble, bien por propia iniciativa, a requerimiento del órgano urbanístico competente o en virtud de denuncia (art. 25, párrafo 1, Reglamento de 1964).

b) Se seguirán los trámites previstos en el artículo 15, Reglamento de 1964, siendo admisible contra el acto que ponga fin al mismo el recurso de alzada ante la Comisión Provincial de Urbanismo (art. 16, Reglamento de 1964).

c) Firme en vía administrativa el acuerdo que declare incumplida la obligación de edificar, el Alcalde remitirá al Registro de la Propiedad testimonio del expediente incoado, en el que se transcribirán los particulares que acrediten el cumplimiento de los trámites reglamentarios y, literalmente, las resoluciones correspondientes (art. 26, Reglamento de 1964).

d) «Se hará constar la resolución firme que declare incumplida la obligación de edificar, así como que dicha resolución se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, conforme al artículo 4.º de la Ley de 21 de julio de 1962» (art. 10, párrafo 2, Reglamento de 1964).

3. *Efectos.*

a) Declarada incumplida la obligación de edificar, se darán todos los efectos propios de tal incumplimiento, en especial la incoación del procedimiento de enajenación forzosa (art. 4.º, Ley de 21 de julio de 1962).

b) Ahora bien, el propietario del inmueble podrá lograr la exclusión del procedimiento de enajenación forzosa, según el artículo 148, párrafo 2, LS, y conseguir un aplazamiento en la incoación del procedimiento, a tenor de lo regulado en el artículo 42 del Reglamento de 1964, que deberá incoar dentro de los ocho días siguientes al de la notificación del acuerdo de haber quedado incumplida la obligación (art. 42, párrafo 2, Reglamento de 1964). Y, transcurrido este plazo, en tanto se tramita el procedimiento de enaje-

nación forzosa, podrá obtener la exclusión de subasta pública, según lo dispuesto en el artículo 43 del Reglamento de 1964.

De aquí que antes de estudiar los efectos típicos del incumplimiento de la obligación de edificar, nos ocupemos de ambos supuestos de exclusión.

III. EXCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ENAJENACIÓN FORZOSA.

A) *Exclusión por venta voluntaria de la finca.*

Según el artículo 148, párrafo 1, LS, la enajenación de la finca a persona que se someta a la obligación de edificar según el plan, determina la exclusión del procedimiento de enajenación forzosa, siempre que se den los supuestos que contempla el precepto legal. Y para hacer efectiva esta posibilidad legal, el artículo 42, Reglamento de 1964, prevé un aplazamiento de la incoación del procedimiento. Este aplazamiento exige un acto administrativo sujeto a los requisitos siguientes:

1. *Requisitos.*

a) *Subjetivos.*

a') *Organo administrativo.* La competencia para acordar el aplazamiento corresponde al Ayuntamiento en cuyo Registro de Solares esté inscrito el inmueble (art. 42, párrafo 1, Reglamento de 1964).

b') *Interesados.*

a'') Estará legitimado para solicitar el aplazamiento la persona sobre que recae la carga de edificar, esto es, «el propietario del inmueble incluido en el Registro Municipal» (art. 42, párrafo 1, Reglamento de 1964).

b'') En cuanto a la legitimación para comparecer en el procedimiento, se aplican las reglas generales.

b) *Objetivos.*

El fundamento de la solicitud de aplazamiento no es otro que el de dar posibilidad al propietario de enajenar la finca a los fines previstos en el artículo 148, párrafo 1, LS.

Para poder obtener la exclusión y, por tanto, el aplazamiento es necesario que con anterioridad a la solicitud no se hubiere solicitado la adquisición directa prevista en el artículo 146, LS (art. 148, párrafo 1, LS; art. 42, párrafo 7, Reglamento de 1964).

Según el artículo 42, párrafo 6, el aplazamiento «no podrá solicitarse más de una vez por cada finca, cualquiera que sea el interesado».

c) *Plazo.*

El plazo para formular la solicitud es de ocho días—al no decirse nada en contrario se entienden hábiles—, contados a partir del día siguiente a aquel en que se hubiere notificado el acuerdo de haber quedado incumplida la obligación de edificar (art. 42, párrafo 2, Reglamento de 1964). Así como otros preceptos del Reglamento se refieren a la firmeza en vía administrativa del acuerdo (verbigracia, artículo 26), el artículo 42, párrafo 2, habla de notificación del acuerdo, sin hacer alusión a la firmeza, por lo que el momento inicial de los ocho días será el día siguiente al de la notificación del acuerdo municipal, sin perjuicio de los recursos que pudieran interponerse frente al mismo. No obstante, en el supuesto de recurso de alzada, no existe inconveniente en admitir que la notificación de su resolución determina la apertura del plazo de ocho días previsto en el artículo 42, párrafo 2, Reglamento de 1964, siempre que se den los restantes requisitos reglamentarios.

2. *Procedimiento.*

Es muy simple. No se exige ningún trámite especial. El Ayuntamiento, ante la solicitud del propietario, dictará resolución concediendo o denegando el aplazamiento solicitado. En el supuesto de concesión, especificará las condiciones y plazos en que el adquirente deberá edificar.

3. *Efectos.*

El acto concediendo el aplazamiento tiene una vigencia limitada: tres meses (art. 42, párrafo 3, Reglamento de 1964). Dentro de este plazo deberá otorgarse escritura pública de enajenación, en la que «el adquirente se someterá a la obligación de edificar en el plazo y condiciones que el referido acuerdo municipal especifique y dentro de los señalados por el artículo 150, LS» (5).

«Si no se otorgara la escritura en el término indicado o no se cumpliera el plazo de edificación previsto, proseguirá la tramitación del expediente de enajenación forzosa conforme a los artículos 34 y siguientes de este Reglamento, y en ningún caso se reconocerá derecho de reversión a favor del anterior propietario» (art. 42, párrafo 5, Reglamento de 1964).

B) *Exclusión de subasta.*

El artículo 148, párrafo 2, LS, admite la exclusión del procedimiento de enajenación forzosa, una vez incoado éste, cumpliendo los requisitos que dicho precepto—y su complementario, el artículo 43, Reglamento de 1964—establece. El régimen jurídico de este procedimiento de exclusión es el siguiente:

1. *Requisitos.*

a) *Subjetivos.*

a') *Organo administrativo.* La competencia para acordar la exclusión corresponde al propio Ayuntamiento en cuyo Registro esté inscrito el solar (art. 43, párrafo 1, Reglamento de 1964).

(5) Este artículo dispone: «1. Los adquirentes de los solares y construcciones a que se refiere este capítulo quedarán obligados a iniciar o reanudar las obras de edificación en el plazo de un año, a partir de la fecha de toma de posesión de la finca, e imprimirles el desarrollo adecuado para su normal terminación. 2. La misma obligación recaerá sobre el propietario que hubiere ejercitado la facultad del apartado 2 del artículo anterior. 3. En circunstancias excepcionales y justificadas, los Ayuntamientos podrán prorrogar por otro año como máximo el cumplimiento de la mencionada obligación».

b') *Interesados*. Puede darse por reproducido lo dicho al hablar del procedimiento de exclusión por venta del inmueble.

b) *Objetivos*.

Para que pueda proceder la exclusión, es necesario que el propietario cumpla con los siguientes requisitos que enumera el artículo 148, párrafo 2, LS:

— Ofrecimiento al público de venta del inmueble, mediante anuncio inserto una vez al año en el *Boletín Oficial de la Provincia* y en los dos diarios de mayor circulación de la población, en el cual se detalle el emplazamiento, superficie, precios, según la valoración en el Registro, y número de inscripción en el mismo, con indicación de que la oferta se formula a los efectos del presente artículo.

— Colocación en el inmueble de un cartel legible desde la vía pública con la expresión «solar en venta» y número del Registro Municipal.

— Otorgamiento de escritura de mandato a favor del Concejal o funcionario municipal que designe el Alcalde para que pueda enajenar la finca a cualquier persona que contraiga el compromiso de edificar según el Plan y abone al contado el precio en que se hubiere valorado el inmueble, cuyo precio se concretará en el documento.

— Entrega al Ayuntamiento de una copia auténtica de la escritura y de los títulos de propiedad, mediante resguardo de recepción.

Es aplicable a este supuesto de exclusión el párrafo 6 del artículo 42 (art. 43, párrafo 3, Reglamento de 1964).

c) *Plazo*.

Podrá solicitarse la exclusión, una vez incoado el procedimiento de enajenación forzosa, antes del anuncio de la subasta (art. 148, párrafo 2, LS; art. 43, párrafo 1, Reglamento de 1964).

2. *Procedimiento*.

a) Se inicia por solicitud del propietario del inmueble en la que ofrezca el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 148, párrafo 2, LS.

b) El Ayuntamiento dictará acuerdo en el que accederá a lo solicitado y designará el Concejal o funcionario a cuyo favor se otorgará la escritura de mandato a que se refiere el artículo 148, párrafo 2, apartado c), LS, y concederá un plazo para que se cumplan todos los requisitos previstos en dicho artículo. Podrá aplicarse con carácter supletorio la norma del artículo 42, párrafo 3, Reglamento de 1964, y, por tanto, considerar que el plazo es de tres meses.

3. *Efectos.*

a) Cumplidos los requisitos del artículo 148, párrafo 2, LS, quedará excluida la finca del procedimiento de enajenación forzosa, manteniéndose al efecto la oferta de venta. El artículo 148, párrafos 3, 4 y 5, LS, dispone:

«La oferta tendrá vigencia mientras no se notificare formalmente la revocación del mandato y se publicaren los anuncios a que se refiere el apartado a) del párrafo anterior.

En vigor la oferta, cualquier persona podrá aceptarla, para lo cual habrá de comunicarlo a la Alcaldía con expresión de haber constituido en poder del Notario que designe, o en las arcas municipales, en concepto de arras, un depósito equivalente al 5 por 100 del precio y a cuenta de éste.

El Concejal o funcionario apoderado otorgará escritura pública de venta ante el Notario designado por el comprador, en el plazo de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que reciba la notificación de la aceptación, y el precio lo ingresará en la Depositaria de Fondos municipales a disposición del propietario enajenante».

b) Si no se cumplieren los requisitos señalados o se extinguiere el mandato especial previsto en dicho artículo, párrafo 2, apartado c), proseguirá el procedimiento de enajenación forzosa suspendido (artículo 43, párrafo 2, Reglamento de 1964), y en ningún caso se reconocerá el derecho de reversión a favor del propietario que hubiese instado el procedimiento de exclusión (art. 42, párrafo 5, aplicable según el artículo 43, párrafo 3, Reglamento de 1964).

IV. ADQUISICIÓN DIRECTA DE FINCAS.

A) *Nociones generales.*

1. Según el artículo 4.º de la Ley de 21 de julio de 1962, el incumplimiento de la obligación de edificar determina *inmediatamente* la iniciación del procedimiento de enajenación forzosa, lo que supone una modificación del artículo 147, párrafo 1, LS, que únicamente admite la subasta cuando transcurrieran dos años desde la declaración de incumplimiento, sin que se ejercieran ninguna de las facultades previstas en el artículo 146 de la propia Ley. Desde la entrada en vigor de la Ley de 21 de julio de 1962, el procedimiento de enajenación forzosa deberá iniciarse inmediatamente después de que se declare el incumplimiento de la obligación de edificar, salvo el supuesto de aplazamiento que regula el artículo 42, Reglamento de 1964, ya estudiado.

2. Ahora bien, aun cuando se incoe el procedimiento de enajenación forzosa, ello no es obstáculo para que, antes de anunciarse la subasta, pueda llegarse a una de las formas de adquisición de la finca que prevé el artículo 146, LS. No se da el plazo de dos años para que pueda llegarse a una de estas formas de adquisición, y si no ocurre así, convocarse la subasta; pero subsisten las formas de adquisición. En efecto, a tenor de lo dispuesto en los artículos 28, 29 y 30, Reglamento de 1964, caben las siguientes soluciones:

a) Que se expropie la finca incluida en el Registro de Solares a favor del que solicite adquirirla por venta forzosa (art. 146, párrafo 1, LS; art. 28, Reglamento de 1964).

b) Que se adquiera por el Ayuntamiento con destino al Patrimonio del Suelo, para edificarla (art. 146, párrafo 2, LS; art. 29, Reglamento de 1964).

c) Que se aplique el régimen de polígonos de expropiación (artículo 146, párrafo 3, LS; art. 30, Reglamento de 1964).

3. Como regla común a todos los supuestos puede citarse la que se contiene en el artículo 146, párrafo 4, LS, al disponer: «El adqui-

rente de los terrenos o fincas expropiados podrá elegir entre la continuación o la extinción de los derechos reales que no fueren incompatibles con la finalidad de la expropiación; y si no formulare manifestación alguna, se entenderá que opta por la expropiación absoluta».

B) *Adquisición y venta forzosa a favor del peticionario.*

1. *Requisitos.*

a) *Subjetivos.*

a') *Organo administrativo.* La competencia para decidir acerca de la adquisición por venta forzosa corresponde al Ayuntamiento (artículo 146, párrafo 1, LS; art. 28, párrafo 2, Reglamento de 1964).

b') *Interesados.* Puede solicitar la adquisición por venta forzosa cualquiera. No se exige ningún requisito especial de legitimación. Según el artículo 146, párrafo 1, LS, y artículo 28, párrafo 1, Reglamento de 1964, «cualquier persona podrá adquirir».

b) *Objetivos.*

No se exige tampoco ningún requisito especial, excepto la exigencia de que el peticionario asuma los compromisos de edificar, según el Plan (art. 146, párrafo 1, LS).

c) *Plazo.*

Puede solicitarse en cualquier momento, desde el día siguiente a aquel en que se notificare al propietario el acto por el que se declara incumplida la obligación de edificar (6) hasta la publicación del anuncio de la subasta (art. 28, párrafo 1, Reglamento de 1964).

(6) Aun cuando el precepto reglamentario se refiere únicamente a la declaración de incumplimiento —habla de «después de declararse incumplida la obligación...»—, como se trata de un acto que afecta directamente los derechos del interesado —el propietario—, no surtirá efecto en tanto no se notifique (art. 79, LPA), sobre todo si tenemos en cuenta que a partir de la fecha de notificación es cuando el propietario puede solicitar el aplazamiento de la incoación del procedimiento de enajenación forzosa, según el art. 42, Reglt.º 1964.

Ahora bien, no será admisible la solicitud, si antes de presentarse ésta, el propietario hubiere solicitado el aplazamiento de incoación del procedimiento de enajenación forzosa, a tenor del artículo 42, Reglamento de 1964 (7).

2. *Procedimiento.*

a) Se inicia con la presentación de la solicitud de adquisición por venta forzosa de una finca inscrita en el Registro Municipal de Solares, comprometiéndose el solicitante a cumplir lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 146, LS. El artículo 28, párrafo 2, Reglamento de 1964, exige que la solicitud lleve firma «legitimada», requisito anómalo en nuestros procedimientos administrativos.

b) El Ayuntamiento podrá acordar (art. 28, párrafo 2, Reglamento de 1964):

— Que se expropie la finca a favor del peticionario.

— Que se inicie o continúe el procedimiento de enajenación forzosa, concediendo al solicitante derecho de tanteo en la subasta.

c) Si se acordare la expropiación, se concederá un plazo de quince días para que pueda convenirse de mutuo acuerdo la adquisición, conforme al artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa (artículo 28, párrafo 3, Reglamento de 1964).

d) Cuando no se llegare a avenencia se seguirá el procedimiento de enajenación forzosa previsto en los artículos 34 y siguientes de este Reglamento (art. 28, párrafo 4, Reglamento de 1964).

Este precepto plantea serios problemas en su aplicación. La única interpretación posible será entender que, en este supuesto de no avenencia, el peticionario de la renta directa únicamente tendrá derecho a tanteo en el procedimiento de enajenación forzosa regulado en los artículos 34 a 40 del Reglamento, que se extendía en el apartado siguiente.

(7) Por el contrario, si se presenta primero la solicitud de adquisición directa por venta forzosa, no procederá el aplazamiento del art. 42, Reglt.º 1964 (art. 148, párrafo 1, LS).

V. PROCEDIMIENTO DE ENAJENACIÓN FORZOSA.

A) *Nociones generales.*

1. *Concepto.*

El procedimiento de enajenación forzosa es el procedimiento especial que tiene por objeto la enajenación de la finca cuyo propietario no cumplió la obligación de edificar dentro de los plazos legales a quien se comprometía a edificar según el plan.

2. *Naturaleza jurídica.*

Es un procedimiento administrativo expropiatorio. Así lo califica el artículo 31, párrafo 1, Reglamento de 1964. En consecuencia, en lo no previsto en la norma especial se aplicarán las generales sobre expropiación forzosa y, en último término, las reguladoras del procedimiento administrativo.

3. *Clases.*

Se admiten dos tipos de procedimiento de enajenación:

a) El regulado en el artículo 147, LS, que remite a los preceptos sobre contratación de las Corporaciones locales.

b) El previsto en el artículo 4.º, Ley de 21 de julio de 1962, regulado en los artículos 34 a 40, Reglamento de 1964, que se seguirá preceptivamente cuando el procedimiento de enajenación forzosa se hubiere incoado a requerimiento de órganos urbanísticos o mediante solicitud privada (art. 32, párrafo 2, Reglamento de 1964).

4. *Regulación.*

Pese a la regulación específica de cada uno de los procedimientos de enajenación señalados, existen unas normas comunes a ambos.

B) *Requisitos.*

1. *Subjetivos.*

a) *Organo administrativo.*

La decisión del procedimiento corresponde en todo caso al Ayuntamiento o, si hubiere subrogación, al órgano urbanístico, aun cuando en el procedimiento especial que se regula en los artículos 34 y siguientes, Reglamento de 1964.

b) *Interesados.*

Dado el carácter expropiatorio del expediente, se aplican las reglas siguientes:

a') Que quienes hagan constar su derecho en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la nota marginal que recoja la resolución que declare incumplida la obligación de edificar, «no deberán ser preceptivamente citados en el expediente» (art. 31, párrafo 2, Reglamento de 1964). El procedimiento se seguirá, por tanto, frente a los que en el momento de producirse la citada nota marginal fuesen titulares de derechos sobre la finca.

b') Que no constituirán inconvenientes a la tramitación del expediente cualesquiera defecto de capacidad de los expropiados, las limitaciones de la facultad de disponer y los obstáculos que prohiban o condicionen la enajenación de los inmuebles en situación normal (art. 31, párrafo 3, Reglamento de 1964). «A tal fin se aplicarán los preceptos correspondientes de la legislación de expropiación forzosa, representará a los interesados el Ministerio Fiscal y, en su caso, las cantidades pertinentes se consignarán en el Juzgado o en la Caja General de Depósitos a disposición de quienes acrediten su derecho a percibir las por subrogación de los que, por cualquier título, les correspondieran sobre el inmueble» (art. 31, párrafo 4, Reglamento de 1964).

2. *Objetivos.*

El objeto del procedimiento de enajenación será una finca inscrita en el Registro de Solares respecto de la que hubiese recaído resolución que declare incumplida la obligación de edificar (art. 27, Reglamento de 1964).

3. *Plazo.*

Se incoará el expediente una vez producida la citada resolución, siempre y cuando no se hubiere acordado la suspensión a que se refieren los artículos 42 y 43, Reglamento de 1964, ya estudiados.

C) *Procedimiento.*

1. *Procedimiento regulado en el artículo 147, LS.*

Según el artículo 147 (al que remite el artículo 33, Reglamento de 1964), el procedimiento de enajenación en el mismo previsto consiste en un sistema de subastas sucesivas, que se regirán «con arreglo a los preceptos que regulan la contratación de las Corporaciones locales» (art. 147, párrafo 2, LS). El artículo 33, párrafo 1, Reglamento de 1964, dispone que «al valor urbanístico se añadirá, para el tipo de licitación, el justiprecio de las edificaciones y demás elementos valorables del inmueble, señalado conforme al artículo 20 de este Reglamento, si procediere» (8). En definitiva, los trámites son los siguientes:

a) *Primera subasta.*

Según el artículo 147, párrafo 2, LS: «La subasta se desarrollará con arreglo a los preceptos que regulan la contratación de las Cor-

(8) El art. 20 dispone: «1. En el expediente de inclusión de una finca en el Registro, la Administración señalará el «valor urbanístico» del suelo a efectos de la subasta, conforme al art. 145 de la Ley de 12 de mayo de 1956. 2. Asimismo se determinará, en su caso, la valoración de las edificaciones y demás elementos y derechos sobre el inmueble. 3. A tal fin se aplicarán los preceptos de la legislación de expropiación forzosa».

poraciones locales; pero, a solicitud del propietario, antes de la celebración de la misma, podrá acordarse se admitan pujas a la llana» (9).

(9) El Reglamento de contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, regula la subasta en los artículos 21 a 36, cuyo texto transcribimos íntegramente, incluso aquellos preceptos que, por su especialidad, no son aplicables a la subasta de enajenación:

Art. 21. 1. La licitación tendrá como base un Pliego en el que figurarán, con la suficiente especificación, las condiciones jurídicas, técnicas y económicas a que haya de acomodarse la preparación y desarrollo del contrato.

2. El Pliego de condiciones, subordinado a este Reglamento, constituirá la ley del contrato, con fuerza vinculante para ambas partes.

3. Las cláusulas que se establezcan habrán de ser congruentes con la causa y el objeto del contrato, y no fijarán circunstancias subjetivas en pugna con la naturaleza funcional de la competencia atribuida a las Corporaciones locales.

4. Con arreglo a la precedente limitación, no podrán señalarse en los Pliegos marcas de fábrica determinadas, pero sí las características genéricas necesarias para que los productos o artículos respondan al fin perseguido por el contrato.

5. Será nula toda fórmula de tanteo, retracto o mejora de proposición que permita a cualquier licitador alterar las circunstancias de su oferta, una vez conocidas las de los demás concurrentes, o a un tercero subrogarse en los derechos del adjudicatario, salvo las excepciones concretamente señaladas por la Ley y por el Reglamento de Bienes, obras y servicios de las Entidades Locales.

Art. 22. 1. El Pliego podrá ser doble, cuando se separen las condiciones facultativas de las económico-administrativas.

2. El proyecto técnico, si existiere, se considerará parte integrante del Pliego de condiciones.

3. Las Corporaciones podrán aprobar Pliegos-tipo de condiciones aplicables a la contratación de obras, servicios o suministros.

Art. 23. 1 El Pliego de condiciones deberá contener las determinaciones siguientes:

a) Objeto del contrato, expresado con el detalle necesario y, cuando existan proyectos técnicos, sucinto extracto de los mismos;

b) duración del contrato y época o períodos en que se deba prestar el servicio, realizar las obras o suministros en su totalidad y por partes, y verificar los pagos, así como los plazos de garantía que deban mediar entre la recepción provisional y la definitiva;

c) tipo de licitación, fijado por la Corporación contratante, con indicación de la forma en que haya de hacerse la mejora respecto al mismo, y del que podrá prescindirse en los concursos, sin perjuicio de expresar las circunstancias que se tengan en cuenta para determinar la preferencia;

d) cuando que, bajo la rúbrica «Porcentaje de los elementos de los precios unitarios», descomponga en detalle los que integren el presupuesto; y

e) casos en que proceda la imposición de sanciones al contratista, por demora, deficiencias en los materiales o en los servicios o por cualquier otro incumplimiento de sus compromisos, así como la cuantía de las respectivas multas.

2. Si la duración del contrato excediera de un año y los pagos hubieran de realizarse con cargo al Presupuesto ordinario, deberá figurar en el Pliego

«Si resultare precio superior al tipo de licitación, la diferencia quedará a beneficio del propietario expropiado» (art. 147, párrafo 3, LS).

de condiciones de la Corporación contratante de establecer anualmente la adecuada consignación.

Art. 24. 1. Los Pliegos de condiciones, después de aprobados, se expondrán al público durante ocho días, mediante anuncio en el tablero de edictos y en el «Boletín Oficial de la Provincia».

2. Dentro del expresado plazo se podrán presentar reclamaciones, que serán resueltas por la propia Corporación.

3. Transcurrido dicho término, no serán admisibles las reclamaciones fundadas en infracción determinante de anulabilidad de los Pliegos o de alguna de sus cláusulas, pero quedarán a salvo las impugnaciones basadas en vicio de nulidad.

Art. 25 1. Se dará publicidad a la licitación mediante anuncio, cuyo contenido mínimo será éste:

a) Objeto y tipo de la misma;

b) duración del contrato y época o plazo en que se deba prestar el servicio, reahzar la obra o suministro y verificar los pagos;

c) oficina o dependencia de la Corporación donde estén de manifiesto los Pliegos, en unión de las Memorias, proyectos, planos, modelos, muestras y demás elementos que convenga conocer para la mejor inteligencia de las condiciones;

d) garantía provisional que se exija a los licitadores y cantidad líquida a que ascienda;

e) garantía definitiva que haya de prestar el adjudicatario;

e) modelo de proposición;

g) plazo, lugar y horas en que hayan de presentarse las plicas; y

h) lugar, día y hora en que deba verificarse su apertura.

2. Cuando el contrato haya de obligar a la Administración al pago de alguna cantidad, no se podrá anunciar la licitación mientras no existiere crédito suficiente en el Presupuesto.

3. Tampoco podrá anunciarse ninguna licitación sin haber obtenido las autorizaciones que sean necesarias para la validez del contrato.

4. El cumplimiento de los requisitos señalados en los dos párrafos anteriores se hará constar en la convocatoria, bajo pena de nulidad de las actuaciones.

Art. 26 1. El anuncio de licitación se publicará:

a) En el «Boletín Oficial de la Provincia», en todo caso;

b) en un diario no oficial, con dos inserciones discontinuas, y en una emisión radiofónica local o de la capital de la provincia, si el precio tipo excediese de 250.000 pesetas;

c) en el «Boletín Oficial del Estado», cuando dicho precio rebasare la cifra de 500 000 pesetas o fuera indeterminado;

d) en un diario de la capital del Estado, con dos inserciones alternativas, y en una emisión de Radio Nacional de España, si el importe de la licitación excediere del millón y medio de pesetas; y

e) en un periódico de los de mayor circulación de la capital de la nación respectiva, si se trata de efectos que hayan de adquirirse en el extranjero.

2. El anuncio en la Prensa y por Radio se limitará a un sucinto extracto,

b) *Segunda subasta.*

«Si la subasta fuere declarada desierta, se convocará de nuevo, en el plazo de seis meses, con rebaja del precio tipo en un 25 por 100.

referido al objeto del contrato, plazo y lugar de presentación de proposiciones y diario oficial en que figuren las circunstancias detalladas.

3. Durante el periodo previo de licitación, el anuncio estará expuesto en el tablero o vitrina de la Casa sede de la Entidad contratante.

Art. 27. 1. Entre la publicación del anuncio y el acto de apertura de las plicas habrán de mediar, al menos, veinte días hábiles, que la Corporación podrá aumentar en los casos que lo estime conveniente.

2. Cuando se tratara de efectos que hayan de adquirirse en el extranjero, el plazo mínimo será de cuarenta días.

3. Todos los plazos se contarán a partir del día siguiente al de la publicación del último anuncio en el «Boletín Oficial de la Provincia» o en el del Estado, en su caso.

Art. 28. Los Pliegos de condiciones, Memorias, proyectos, planos, modelos, muestras y demás elementos se podrán examinar y copiar por quien lo estime oportuno, en el correspondiente Negociado de la Secretaría de la Corporación contratante, durante las horas de oficina y desde la publicación de la convocatoria hasta la fecha de la licitación.

Art. 29. 1. Los que acudan a las licitaciones podrán hacerlo por sí o representados por persona autorizada mediante poder bastante, siempre que no se halle incurso en ninguna de las causas que enumeran los artículos 4.º y 5.º

2. Cuando en representación de una Sociedad concurra algún miembro de la misma, deberá justificar documentalmente que está facultado para ello.

3. Los poderes y documentos acreditativos de personalidad se acompañarán a la proposición, bastanteados, a costa del licitador, por el Secretario de la Corporación interesada, cuando sea Licenciado en Derecho y, en su defecto, por los Letrados asesores de la misma o por cualquier Letrado ejerciente en la población de que se trate o en la capital de la provincia, si en aquella no los hubiere.

4. Para la simple presentación de plicas no se necesitará acreditar personalidad alguna.

Art. 30. 1. Toda proposición deberá ajustarse al modelo descrito en el Pliego de condiciones.

2. Las proposiciones no podrán alterar el contenido de dicho Pliego.

3. A cada proposición se acompañará el documento que acredite la constitución de la garantía provisional y una declaración en la que el licitador afirme, bajo su responsabilidad, no hallarse comprendido en ninguno de los casos de incapacidad o incompatibilidad señalados por los artículos 4.º y 5.º

Art. 31. Para la presentación de proposiciones se observarán las siguientes reglas:

1.ª El plazo se iniciará con la publicación del primer anuncio y concluirá el último día hábil anterior al señalado para la apertura de las plicas.

2.ª Las proposiciones y los documentos que las acompañen se presentarán en sobre cerrado, que podrá ser lacrado y precintado, y en el que figurará la inscripción: «Proposición para tomar parte en ...».

3.ª Las plicas se entregarán en la Casa sede de la Entidad interesada, ante el Secretario o funcionario que el mismo designe.

4.ª Será obligatoria la admisión de cuantos sobres se presenten, siempre

Si la segunda subasta quedare también desierta, el Ayuntamiento, en el plazo de los seis meses siguientes, podrá adquirir el inmueble por el precio mínimo licitatorio y con destino a la edificación conforme al Plan» (art. 147, párrafos 4 y 5, LS).

que reúnan las condiciones externas reglamentarias, y en caso de que fueran rechazados, el portador podrá acudir al Presidente de la Corporación o a quien haga sus veces, contra cuya resolución cabrá recurso contencioso-administrativo.

5.ª En el Libro registro destinado al efecto se harán constar los extremos siguientes:

- a) Número de orden de la plica que corresponde al de su presentación;
- b) fecha y hora de la entrega;
- c) nombre y apellidos del presentador,
- d) domicilio del mismo;
- e) sucinta descripción del sobre, referida a los caracteres y aditamentos que, como los sellos de lacre, convengan para la mejor identificación y seguridad del documento; y
- f) subasta a que se contraiga la proposición

6.ª A todo presentador que lo solicite se le expedirá recibo, en el que se reflejen los datos enunciados en la regla anterior.

7.ª Entregada y admitida la plica, no podrá el licitador retirarla, pero si presentar otras, dentro del plazo y con arreglo a las condiciones expresadas, sin incluir nuevo resguardo de garantía provisional.

8.ª El Jefe de la Oficina a cuyo cargo se halle el Libro registro especial exhibirá los asientos y entregará los sobres de proposiciones recibidos durante el día al Depositario de fondos, quien, después de efectuar la oportuna comprobación, se hará cargo de dichos documentos para custodiarlos, bajo su responsabilidad, en la Caja de la Entidad contratante, y consignará en el citado libro: «Recibí para su custodia la plica y resguardo a que se refiere este asiento».

9.ª Terminado el plazo de presentación de proposiciones, el Secretario de la Corporación expedirá a quien lo solicite certificación del número de plicas admitidas y demás circunstancias señaladas en la regla 5.ª

Art. 32. Anunciada la licitación, con señalamiento de día y hora en que haya de verificarse, sólo podrá ser suspendida por acuerdo de la Corporación.

Art. 33. 1. Los actos de apertura de plicas serán públicos y se celebrarán en la sede de la Entidad que los convoque, ante el Presidente de la Corporación o el Concejal o Diputado en quien delegue y el Secretario, que dará fe.

2. En caso de inasistencia del Presidente o de su Delegado, o del Secretario de la Corporación, y sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir si no justificasen debidamente la falta, deberá verificarse la apertura el cuarto día hábil siguiente, a la misma hora.

3. El Secretario o quien legalmente le sustituya comunicará a los licitadores presentes el aplazamiento y lo hará constar por diligencia en el expediente.

Art. 34. La celebración de la licitación se atenderá a estas normas:

1.ª Constituida la Mesa el día y hora señalados, se dará lectura del anuncio y el Presidente advertirá a quienes concurren que pueden examinar las plicas, compulsarlas con los respectivos asientos del Libro registro, solicitar las aclaraciones y formular las observaciones que estimen pertinentes hasta el momento en que se comience la apertura de los sobres, sin que después se admita interrupción alguna.

2.ª El Presidente abrirá la primera plica y dará lectura, en voz alta, de

En el caso de que el Ayuntamiento no ejercitare la facultad a que se refiere el párrafo anterior, el estado de venta forzosa del inmueble quedará en suspenso durante los plazos previstos en el ar-

la proposición que contenga, y de igual modo procederá respecto de las demás, siguiendo el orden de numeración que a cada una le haya correspondido, con facultad para desechar las proposiciones no ajustadas al modelo que puedan producir duda racional sobre la persona del licitador, precio ofrecido o compromiso que contrajere.

3.^a Concluida la lectura de todas las proposiciones, el Presidente adjudicará el remate, con carácter provisional, al mejor postor, según lo previsto en el artículo 14.

4.^a Si apareciesen dos o más ofertas iguales, que representen la misma ventaja respecto de las restantes, se abrirá inmediatamente licitación verbal entre quienes las hubieren firmado, por pujas a la llana, durante quince minutos, y si transcurrido ese tiempo subsistiese el empate, se decidirá por sorteo la adjudicación provisional.

5.^a En el caso de que no estuvieren presentes todos los licitadores afectados por el empate o sus mandatarios con poder especial para la puja, se suspenderá el acto y se les citará a fin de reanudarlo el cuarto día hábil siguiente; si tampoco concurrieren en su totalidad, se verificará la pugna entre los que concurran; si acudiese uno solo, se resolverá a su favor, y si no se presentare ninguno, se decidirá por insaculación.

6.^a Hecha la adjudicación provisional, el Secretario unirá al expediente los resguardos de las garantías y las proposiciones presentadas, incluso las que se hubieren desechado, salvo que los licitadores a quienes afecten estas últimas firmen en el acta su conformidad, con expresa renuncia de sus posibles derechos, en cuyo caso les serán devueltas y podrán retirar la garantía que hubieren constituido.

Art. 35. 1. El Secretario de la Corporación certificará el acta, en la que se consignarán:

- a) Lugar de celebración del acto;
- b) día, mes y año;
- c) hora en que comienza;
- d) nombre y apellidos del Presidente;
- e) relación ordinal de todas las proposiciones presentadas, con expresión del respectivo nombre y apellidos de cada licitador y del precio ofrecido;
- f) referencia de las proposiciones admitidas y, en su caso, de las desechadas, así como de los motivos a que esta última declaración hubiese obedecido y conformidad con la misma de los proponentes que la manifestaren y a quienes se les entreguen sus resguardos;
- g) observaciones y reclamaciones que se formularen;
- h) adjudicación provisional que el Presidente reclame; e
- i) hora en que se dé por terminada la subasta.

2. El acta se extenderá antes de levantar la sesión y será leída en voz alta por el Secretario, quien adicionará las observaciones que sobre su contenido hicieren los interesados y las someterá a la firma del Presidente, de los licitadores y de los reclamantes que lo solicitaren.

Art. 36. Dentro de los cinco días siguientes al en que se hubiere celebrado cualquier licitación, los firmantes de las proposiciones admitidas y los de las desechadas que hubieren mostrado su disconformidad, podrán exponer por escrito, ante la Corporación, cuanto estimen conveniente respecto a los preliminares y desarrollo del acto licitatorio, capacidad jurídica de los demás oponentes y adjudicación definitiva.

ticulo 5, apartado 2, Reglamento de 1964 (art. 147, párrafo 6, LS, modificado por el art. 33, párrafo 2. Reglamento de 1964).

2. *Procedimiento especial del artículo 4.º, Ley de 21 de julio de 1962.*

a) *Requisitos.* Aparte de los requisitos generales señalados, interesa destacar los siguientes:

a') *Sujetos.*

a'') *Organo administrativo.*

En el procedimiento especial regulado en el artículo 4.º, Ley de 21 de julio de 1962, se da la intervención del:

— Notario, a quien por turno corresponda (cuando exista más de uno con competencia en el término municipal), según el artículo 34, párrafo 1, Reglamento de 1964. Ante el mismo se celebrará la subasta.

— Ayuntamiento, al que corresponde la aprobación de la subasta y acordar la adjudicación definitiva (art. 35, párrafos 7 y 8, Reglamento de 1964).

b'') *Interesados.*

El Reglamento de 1964 (art. 35, párrafo 1) exige la notificación de la incoación del procedimiento a las siguientes personas:

- propietario del inmueble;
- ocupantes del mismo;
- titulares de derechos reales y situaciones jurídicas inscritas con fecha anterior a la de la nota marginal a que se refiere el artículo 27, Reglamento de 1964.

b') *Objeto.*

El objeto del procedimiento es la enajenación forzosa de la finca inscrita en el Registro Municipal de Solares.

c') *De la actividad.*

a'') *Lugar.* La subasta se celebrará en el lugar que designe el Notario, que deberá señalarse en los anuncios que previene el artículo 35, párrafos 2 y 3, Reglamento de 1964.

b'') *Tiempo.* Es necesario que hayan transcurrido, al menos, treinta días desde la última notificación o publicación (art. 35, párrafo 4, Reglamento de 1964). Como no se dice expresamente que se trata de días naturales, en aplicación del artículo 60, párrafo 1, LPA, únicamente se computarán los días hábiles; es necesario, pues, que entre la última notificación o publicación y la subasta hayan transcurrido treinta días hábiles.

c'') *Presupuestos.* Como requisitos previos de la subasta propiamente dicha, pueden señalarse los siguientes:

1.º Que el Ayuntamiento, de oficio, remita el expediente acompañado de certificación acreditativa de haberse inscrito en el Registro de la Propiedad, al Notario (art. 34, párrafo 1, Reglamento de 1964).

2.º Que el Ayuntamiento anticipe los gastos (art. 34, párrafo 2, Reglamento de 1964).

3.º Que se notifique la incoación del procedimiento a las personas que enumera el artículo 35, párrafo 1, Reglamento de 1964 y se publiquen los anuncios que previene el párrafo 2 del mismo artículo.

b) *Procedimiento.*

a') *Subasta.*

— «La subasta tendrá lugar en el día fijado, transcurrido, al menos, treinta desde la última notificación o publicación» (art. 35, párrafo 4, Reglamento de 1964).

— «Para tomar parte en la subasta deberá depositarse el 10 por 100 del precio de licitación en metálico ante el Notario, o acreditar ante el mismo un aval bancario extendido por escrito y en el que se consignen las circunstancias del avalado, la obligación que se afianza, cuantía a que asciende la garantía y que ésta se consti-

tuye a favor y disposición del Ayuntamiento» (art. 35, párrafo 5, Reglamento de 1964).

— «Examinadas las proposiciones presentadas, el Notario consignará en el acta la adjudicación provisional a favor del mejor postor. Dentro de los cinco días siguientes al de la celebración de la subasta, los firmantes de las proposiciones desechadas que hubieren mostrado su disconformidad en el acto de aquélla, podrán exponer ante el Notario cuanto estimen conveniente a su derecho» (artículo 35, párrafo 6, Reglamento de 1964).

— «Terminado el plazo a que se refiere el apartado anterior, el Notario remitirá al Ayuntamiento copia del acta de subasta y de las de oposición, en su caso» (art. 35, párrafo 7, Reglamento de 1964).

— «Adjudicada la finca con carácter provisional, el Notario procederá a la devolución de las garantías prestadas a metálico ante el mismo, o de los documentos del aval bancario, excepto la que corresponda al licitador adjudicatario, que no será devuelta hasta tanto se formalice el contrato» (art. 35, párrafo 9, Reglamento de 1964).

b') Aprobación y adjudicación.

— «La Corporación resolverá sobre aprobación de la subasta y, si procediere, acordará la adjudicación definitiva. Transcurridos treinta días sin que el Ayuntamiento adopte acuerdo, se entenderá confirmada la adjudicación provisional» (art. 35, párrafo 8, Reglamento de 1964).

— «El precio de adjudicación deberá consignarse en dinero en poder del Notario en el plazo de ocho días siguientes al en que quedare firme la subasta. Si no se verificare quedará sin efecto aquélla y se destinará la fianza al pago de los gastos del procedimiento y el resto ingresará en el Ayuntamiento con destino al Patrimonio Municipal del Suelo. Si la fianza estuviere constituida por aval bancario, el Notario requerirá a la entidad avalista para que en el plazo de ocho días efectúe el ingreso de la cantidad garantizada en el Ayuntamiento» (art. 35, párrafo 10, Reglamento de 1964).

c') Liberación de gravámenes.

«Si la finca se hallara gravada y el propietario y los titulares de los demás derechos no convinieran la oportuna liquidación en el

plazo que al efecto se señale, el Notario, previa deducción de gastos, que aprobará el Alcalde, depositará el resto conforme al artículo 98-3, LS, en poder del Juzgado para que éste fije y distribuya, por el trámite de los incidentes, la proporción que corresponda a los respectivos interesados» (art. 36, Reglamento de 1964).

d') *Otorgamiento de la escritura.*

Según el artículo 37, Reglamento de 1964:

La escritura se autorizará por el Notario en el plazo de un mes a partir de la fecha de la aprobación definitiva de la subasta.

Si en dicho plazo no comparecieren o no consintieren en el otorgamiento los propietarios o los demás interesados que, como titulares, deban acudir al mismo, asumirá su representación el Alcalde, y si éste fuere incompatible, actuará el Juez municipal o comarcal, y si fueren varios, el Juez decano.

Si alguno de los transmitentes tuviere defectos de capacidad o de poder dispositivo, o si existieren limitaciones del dominio, se practicará la oportuna notificación al Ministerio Fiscal, y si éste no se opusiere en el plazo de quince días, se otorgará la escritura asumiendo la representación las Autoridades indicadas en el número anterior.

Si no compareciere el adjudicatario o no consintiere el otorgamiento después de requerido dos veces por el Notario, se otorgará la escritura y comparecerá en su nombre y representación el Secretario del Ayuntamiento o del Juzgado municipal o comarcal, según los casos. En dicho supuesto el adjudicatario satisfará los gastos que, por su actitud, se produjeran.

e') *Inscripción en el Registro de la Propiedad.*

Mediante la presentación de la escritura, en la que deberán constar acreditados los requisitos esenciales del procedimiento, se inscribirá el inmueble a favor del comprador y se cancelarán, en su caso, las cargas conforme a lo prevenido para los expedientes de expropiación forzosa.

En la inscripción se harán constar las condiciones y plazos de edificación a que quede obligado el adquirente, que serán también consignadas en el Registro municipal. Estas expresiones se cancela-

rán mediante la escritura de declaración de obra nueva con la certificación administrativa.

El Notario devolverá al Ayuntamiento el expediente que sirvió de base a lo actuado, con copia simple de la escritura de enajenación en que conste transcrita la nota de su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 38, Reglamento de 1964).

f') Subasta desierta o en quiebra.

Si la subasta quedare desierta o quebrare, el Notario lo comunicará por oficio al Alcalde para que el Ayuntamiento, en el plazo de seis meses, a contar de dicha notificación, pueda adquirir el inmueble con destino al Patrimonio Municipal del Suelo, o para enajenarlo conforme a los artículos 152 y siguientes de la Ley del Suelo, por el precio de licitación más los gastos producidos. La misma comunicación se dirigirá al Delegado provincial del Ministerio de la Vivienda.

La escritura se formalizará conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de este Reglamento.

Transcurrido dicho plazo sin que el Ayuntamiento ejercite el derecho, el propietario podrá, según el artículo 147-6 de dicha Ley, emprender o continuar la edificación a ritmo normal durante un año, haciéndolo constar por comparecencia ante el Notario (art. 39, Reglamento de 1964).

D) Efectos.

Los efectos dependerán del resultado del procedimiento; están en función de que se consume o no la enajenación. Si no se consuma la enajenación, podrá llegarse, con la concurrencia de los demás requisitos legales y reglamentarios, a la situación permanente de enajenación forzosa; si se consuma, los efectos propios del expediente expropiatorio y, en consecuencia, la extinción de los derechos arrendaticios y personales constituidos por cualquier título en relación con la finca.

1. *Situación permanente de enajenación forzosa.*

a) La finca quedará en situación permanente de enajenación forzosa, cuando concurren los requisitos siguientes:

a') Que el Ayuntamiento no ejercitase la facultad de adquirir el inmueble con destino al Patrimonio municipal (art. 147, párrafos 5 y 5, LS; art. 39, Reglamento de 1964).

b') Que caduque el plazo de suspensión para que el propietario pueda emprender o continuar la edificación (art. 147, párrafo 6, LS; artículo 39, párrafos 3 y 40, párrafo 1, Reglamento de 1964).

b) La situación permanente de enajenación forzosa comporta las consecuencias siguientes:

a') Que cualquier interesado podrá adquirir la finca en las condiciones señaladas (art. 40, párrafo 1, Reglamento de 1964).

b') «A tal efecto deberá publicarse, al menos una vez al año en el periódico oficial del Ayuntamiento, si lo hubiere, y permanentemente en su tablón de anuncios, relación circunstanciada de las fincas que se hallaren en tal situación. En las mismas se colocará un cartel indicador expresivo de esta circunstancia» (art. 40, párrafo 2, Reglamento de 1964)

c') «Para el otorgamiento de la escritura de venta se aplicará, en su caso, lo prevenido en el artículo 37» (art. 40, párrafo 3, Reglamento de 1964).

d') «El Delegado provincial del Ministerio de la Vivienda comunicará la situación permanente de enajenación forzosa a la Notaría, y en las oficinas de aquella Delegación constará expuesta al público relación de los inmuebles afectados» (art. 40, párrafo 4, Reglamento de 1964).

2. *Adquisición de la propiedad.*

En el supuesto de que se consume el procedimiento de enajenación forzosa por la adjudicación definitiva, se operará la adquisición del inmueble por el adquirente, al que se dará posesión, si fuese necesario, y se procederá al desahucio y lanzamiento correspondiente, los cuales tendrán carácter administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 54, RE (art. 41, párrafo 1, Reglamento de 1964).

Como dispone el artículo 149, párrafo 1, LS, la enajenación producirá la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales. Es una consecuencia del carácter expropiatorio del procedimiento (verbigracia, art. 108, RB; arts. 53, LE, y 52, RE).

En este sentido, la S de 13 de mayo de 1961 (Ponente: ARIAS RAMOS) se refiere a «los claros y terminantes preceptos de la legislación aplicable, la cual ha suprimido expresamente, en su artículo 149, para los casos de extinción de arrendamiento debido a sus preceptos, la reserva de locales o habitaciones en la edificación nueva a los antiguos ocupantes de la finca anteriormente existentes». Otra de 3 de mayo de 1963 (Ponente: Docavo) dice que «si bien el propietario pudo acudir al procedimiento establecido en la LAU para la reedificación de casas con mayor número de pisos, si podía utilizar el de inscripción de la finca en el Registro de Solares, no existe razón alguna para negársela, ni se puede partir de la base, sin que existan datos que lo justifiquen, que lo que se proponía era negar los derechos que a los arrendatarios les concede la Ley especial de Arrendamientos Urbanos». Y una S de 10 de octubre de 1963 afirma categóricamente que el artículo 149, LS, «determina la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación a las fincas incluidas en el Registro de Solares cuyos propietarios hayan obtenido la licencia para la nueva construcción».

VI. DESAHUCIO Y LANZAMIENTO.

A) *Nociones generales.*

1. La Administración pública, en virtud del privilegio de la acción de oficio, no tiene necesidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que lo mandado en sus decisiones sea cumplido, a través del proceso de ejecución. Existe la posibilidad de la ejecución coactiva del acto administrativo; los propios órganos de la Administración, en caso de resistencia por parte de los sujetos obligados, pueden proceder a la ejecución forzosa, a través del correspondiente

procedimiento administrativo. El principio se encuentra solemnemente consagrado en el artículo 102, LPA (10).

2. Uno de estos procedimientos administrativos de ejecución es el de desahucio administrativo. Su finalidad específica es la de hacer efectiva la extinción de los derechos personales sobre un inmueble producida por un acto administrativo. Extinguidos los derechos de arrendamiento o cualesquiera otros personales sobre un inmueble en virtud de acto administrativo, la Administración puede proceder al lanzamiento de los titulares de aquellos derechos a través del desahucio administrativo.

3. En los supuestos de extinción de derechos por alguno de los procedimientos regulados en la legislación sobre edificación forzosa, cabe utilizar el desahucio administrativo. Así lo consagra el artículo 41, Reglamento de 1964.

4. Ya lo preveía así el artículo 47 del derogado Reglamento de 23 de mayo de 1947 para la aplicación de la Ley de Solares, al reconocer al Alcalde potestad para «proceder al inmediato lanzamiento del ocupante, a costa de éste, sin que tal diligencia pueda suspenderse ni demorarse, por reclamaciones, acuerdos o cualquier otra circunstancia». Y PI SUÑER, al enfrentarse con este precepto, decía: «Ha desaparecido, por tanto, la idea equivocada de que la Administración pública no puede mandar alguaciles. Precisamente la doctrina de los Poderes del Estado es la más a propósito para que pueda el Ejecutivo mandar alguaciles, de tal suerte que incluso la Ley de lo contencioso-administrativo no prevé la ejecución de sentencias realizadas por los Tribunales mediante sus dependientes y elementos de coacción, sino por la Administración pública» (11).

La jurisprudencia se ha referido en alguna ocasión a este procedimiento de desahucio. Así, la S. de 10 de octubre de 1963 dice: «Que en cuanto al fondo del recurso que se contempla, se aprecia claramente en el expediente de su razón que la finca número 33 de la calle de Marqués de Viana, de esta capital, figuraba ya incluida con anterioridad firme en el Registro de Solares e Inmuebles de Edi-

(10) Sobre el problema en general, me remito a *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, pp. 1.007 y ss.

(11) PI SUÑER, *La expropiación y los arrendamientos*, REVL, núm. 47, página 673.

ficación Forzosa del Ayuntamiento de Madrid, cuando el propietario de la misma obtuvo la necesaria licencia para construir una casa de nueva planta en el solar de la expresada finca y con aprobación del proyecto correspondiente; todo lo cual es trámite previo para el cumplimiento de cuanto previenen el artículo 47 del Reglamento de Solares de 23 de mayo de 1947 y el Decreto de su aclaración de 5 de septiembre de 1952, en cuanto una y otro no se opongan a lo posteriormente establecido por el artículo 149, LS, según su disposición final segunda; originando el natural desarrollo de esta legislación específica, el obligado desalojo de los ocupantes del inmueble una vez que fueron con anterioridad advertidos, de las indemnizaciones procedentes, sin perjuicio, claro está, de las acciones judiciales de que se crean asistidos, las cuales, como indica el citado artículo 47, habrán de ejercitarse por separado. Que toda la finalidad de esta legislación aplicable es llevar precisamente a la construcción de nuevas viviendas acordes con los planos de urbanización más adecuados para resolver el problema que la Ley se propone de remozar las poblaciones y aumentar los alojamientos que demanda el crecimiento demográfico de la Nación, con todo lo cual está en desacuerdo el crear dificultades como las que pretende el recurrente al formular oposición al actuado administrativo que en este caso es correcto, pues se han observado todas y cada una de las prescripciones al efecto previstas para llegar al desalojo que se impugna, sin que sea la vía administrativa el lugar adecuado para tratar de hacer valer acciones de naturaleza civil que le quedan a la parte, expresamente reservadas por el claro contexto de las disposiciones legales citadas, sin necesidad ahora de penetrar en el Código civil para tratar de desentrañar si la consignación de rentas operada habrá de merecer la declaración judicial de si está bien o mal realizada. Nada de esto es necesario a través del expediente administrativo y en él consta—folio 4—el formal requerimiento hecho al recurrente por el Ayuntamiento de Madrid para que compareciera ante el mismo, en día y hora determinada y provisto del correspondiente contrato de arrendamiento, para recibir el pago de las indemnizaciones procedentes, con advertencia de que de no comparecer se seguiría la consignación de aquéllas en el Juzgado correspondiente, como así sucedió, por no haber comparecido aquél en el acto adecuado sin que quepa alegar ahora oposición que no hizo el recurrente en su momento oportuno,

advertido también de que continuaria el procedimiento previsto en el párrafo 2.º del artículo 47 del Reglamento de 23 de mayo de 1947, o sea, el lanzamiento de los ocupantes del inmueble a su costa, sin que tal diligencia pueda suspenderse o demorarse por reclamaciones, acuerdos o cualquier otra circunstancia posterior, lo que todavía es más terminante a través de la LS, cuyo artículo 149 determina la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación a las fincas incluidas en el Registro de Solares cuyos propietarios hayan obtenido la licencia para la nueva construcción» (12).

5. El artículo 109, RB, consagra no sólo el carácter administrativo, sino el sumario del procedimiento con estas palabras: «La competencia y el procedimiento para disponer el desahucio, fijar la indemnización y llevar a cabo el lanzamiento tendrán carácter administrativo y sumario, y la competencia exclusiva de las Corporaciones locales impedirá la intervención de otros Organismos que no fueren los previstos en el presente título, así como la admisión de acciones o recursos por los Tribunales ordinarios».

B) *Requisitos.*

1. *Sujetos.*

a) *Organo administrativo.*

Corresponde decretar el desahucio y lanzamiento al «organismo actuante» (art. 41, párrafo 2, Reglamento de 1964), que será el Ayuntamiento, salvo los casos en que se haya decretado la sustitución. A tal efecto, ha de tenerse en cuenta que, según el artículo 59, RE, el Gobernador civil prestará el auxilio de la fuerza pública para efectuar el lanzamiento.

(12) Sobre el desahucio administrativo en general, cfr. CERRILLO, *El desahucio administrativo municipal*, 2.ª ed., Barcelona, 1952, y ROVIRA MOLA, *Desahucio*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Seix, VII, en especial pp. 172-178.

b) *Interesados.*

a') Podrá instar el desahucio y lanzamiento el adquirente y el propietario en el supuesto del artículo 149, párrafo 2, LS.

b') Se dirigirá el procedimiento administrativo de desahucio frente a los «ocupantes» del inmueble (art. 53, RE).

2. *Objeto.*

El objeto de este procedimiento administrativo de ejecución no es otro que el de desalojar la finca, a fin de que pueda procederse a la edificación forzosa.

Procederá el desahucio y lanzamiento en los supuestos siguientes:

a) Cuando se opere la enajenación de una finca incluida en el Registro Municipal de Solares por alguno de los procedimientos ya estudiados, es decir:

— Por venta directa (art. 146, LS).

— Por enajenación forzosa, bien por el procedimiento del artículo 147, LS, o por el especial del artículo 4.º, Ley de 21 de julio de 1962.

— Por enajenación del propietario a un tercero, en los supuestos de exclusión de enajenación forzosa (art. 148, LS).

b) Cuando el propietario de finca incluida en el Registro de Solares, antes de existir solicitud de adquisición por un tercero, se proponga acometer o terminar la edificación y obtiene la correspondiente licencia de obras. En este supuesto, según el artículo 149, párrafo 2, LS, «producirá el mismo efecto el otorgamiento de la licencia, aunque la solicitare transcurrido el plazo dispuesto por los artículos 142 y 143».

3. *De la actividad.*

a) *Lugar.* Dado el carácter ejecutivo del procedimiento, tendrá lugar en la misma finca.

b) *Tiempo.* El artículo 53, RE, dispone que se respetarán «en cualquier caso los plazos mínimos señalados en la LAU y demás dis-

posiciones legales». El artículo 115, párrafo 4, RB, dice que se advertirá al titular de la ocupación y en su persona a todos los que les afecte, que deben desalojar la finca en el plazo de cinco meses, a contar desde la notificación».

c) *Presupuestos.* Dado el carácter ejecutivo del procedimiento, es necesario que, previamente, se aperciba a los ocupantes, para poder proceder al lanzamiento forzoso (13). El artículo 118, párrafo 2, RB, prevé el requerimiento.

C) *Procedimiento.*

El procedimiento ejecutivo de desahucio se concreta en el momento del lanzamiento (art. 119, RB); pero existen unos trámites previos que, aun cuando en realidad son presupuestos o requisitos previos del desahucio propiamente dicho, los estudiaremos como fases del procedimiento.

1. *Fijación de la indemnización.*

El artículo 149, párrafo 3, LS, dispone: «Si no hubiere expirado el plazo o prórroga contractuales y procediere por razón de la naturaleza de la obligación, los aludidos derechos serán indemnizados a cargo del propietario, como máximo en la cuantía señalada por la legislación de arrendamientos».

Se ha planteado el problema de la cuantía de la indemnización. A este respecto es necesario señalar:

— Que no es aplicable en modo alguno lo dispuesto en el artículo 117, párrafo 2, RB, en cuanto fija una indemnización superior a la de la LS; debe prevalecer ésta, por ser norma de superior jerarquía y de fecha posterior a aquél.

— Que, según el categórico texto del artículo 149, párrafo 3, LS, la indemnización «como máximo» será la «señalada en la legislación de arrendamientos urbanos. Y, según el artículo 81, párrafo 4, LAU, en el supuesto de que el inquilino no desee instalarse en el inmueble

(13) GONZÁLEZ PÉREZ, *El procedimiento administrativo*, cit., pp. 1.033-1.036.

reeditado (cuando tuviere derecho de retorno) será de «seis mensualidades de la renta que viniere pagando» (14), si bien esta cifra se aumentará, en la forma prevista en el párrafo 5 de dicho artículo 81, en caso de que las edificaciones «cuenten con más de cien años de antigüedad». No existe razón alguna para que, cuando la finca inscrita en el Registro Municipal de Solares tenga esta antigüedad, no haya de acudirse a las normas del artículo 81, párrafo 5, LAU.

— Ahora bien, las indemnizaciones que resultarían según la LAU constituyen el tope máximo, por lo que la Administración, en atención a las circunstancias de hecho, puede fijar una indemnización inferior.

Para fijar esta indemnización se estará a lo dispuesto en el RB, que prevé los trámites siguientes:

a) Requerimiento a los interesados para que en el plazo de diez días formulen proposiciones sobre la cuantía de aquélla y el plazo necesario para desalojar (art. 115, párrafo 1, RB). En el propio acto se advertirá al titular de la ocupación, y en su persona a todos los que les afecte, «que deben desalojar la finca en el plazo de cinco meses, a contar desde la notificación» (art. 115, párrafo 4, RB).

b) «Cuando no se llegare a una avenencia, se fijará el importe de la indemnización con arreglo al procedimiento de los artículos 29, 30, 31, 34 y 35 de la Ley de Expropiación Forzosa» (art. 116, RB).

c) «Fijado el importe de la indemnización, los arrendatarios y, en general, los titulares de derechos personales relativos a la ocupación del predio, vivienda o local de negocio deberán desalojarlos dentro del término que reste hasta el vencimiento del plazo a que se refiere el párrafo 4 del artículo 115» (art. 117, párrafo 1, RB).

d) Agotado el plazo para desocupar el inmueble sin que se efectuare, se procederá a depositar la indemnización según el artículo 118, RB, y se requerirá al interesado para que desaloje la finca en el plazo de diez días (art. 118, párrafo 2, RB, y S de 10 de octubre de 1963).

(14) Si bien MARTÍN BLANCO estima que la indemnización no está hoy determinada, GONZÁLEZ BERENGUER, siguiendo a LUCAS FERNÁNDEZ, considera que debe aplicarse la indemnización de seis mensualidades que prevé el art. 81, párrafo 4, LAU. Cfr. GONZÁLEZ BERENGUER, *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, p. 334.

2. *Lanzamiento.*

a) Si a pesar del requerimiento que se dirigiere a quienes ocuparen el inmueble expropiado, con título o sin él, no lo desalojeren dentro de los respectivos plazos, la Corporación procederá, por sí, a ejecutar el desahucio por vía administrativa (art. 119, párrafo 1, RB).

b) Dentro de los ocho días siguientes a la expiración del plazo concedido según el artículo anterior sin que el interesado hubiere desalojado el predio, vivienda o local de negocio, el Presidente de la Corporación le apercibirá de lanzamiento en el término de otros cinco (art. 119, párrafo 2, RB).

c) El día fijado para el lanzamiento la Corporación lo ejecutará por sus propios medios, a cuyo efecto bastará la orden escrita del Presidente, de la que se entregará copia al interesado (art. 119, párrafo 3, RB).

D) *Efectos.*

1. *Jurídicos.*

«Las reclamaciones que hubieren de deducirse por los ocupantes frente a los actos de la Corporación que afecten al procedimiento, se tramitarán en vía administrativa y serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo, con arreglo a la Ley de Régimen Local» (artículo 121, RB).

En aplicación de los principios generales, los recursos no suspenderán la ejecución.

2. *Económicos.*

«Los gastos a que dé lugar el lanzamiento o depósito de bienes serán de cuenta del desahuciado. La Corporación retendrá los bienes que considere suficientes para atender al pago de los gastos de ejecución del desahucio y podrá enajenarlos por el procedimiento de apremio» (art. 120, RB).

VII. REVERSION.

A) *Nociones generales.*

1. La reversión se configura como un derecho real del administrado de adquisición, en virtud del cual el propietario al que se privó de una finca por razones de utilidad pública o interés social, puede recobrar la propiedad si no se realizan la obra o el servicio que justificó la privación (15).

2. En el supuesto concreto de privación por incumplimiento de la «obligación» de edificar, también se da este derecho de reversión cuando «el adquirente no cumpliera sus obligaciones en orden a la edificación» (art. 151, párrafo 1, LS).

3. Se regula la reversión en el artículo 151, LS, y artículos 44 y 45, Reglamento de 1964.

B) *Requisitos.*

1. *Sujetos.*

a) *Organo administrativo.*

Tiene competencia para acordar la reversión el Ayuntamiento (artículo 151, párrafo 1, LS; art. 44, párrafo 1, Reglamento de 1964).

b) *Interesados.*

Son interesados: por un lado, el propietario que perdió la propiedad con arreglo a los procedimientos previstos en el Reglamento de 1964; por otro, el adquirente de la finca.

2. *Objeto.*

El objeto es que el propietario que perdió la propiedad de la finca recobre ésta.

(15) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los derechos reales administrativos*, «Revista de la Facultad de Derecho de México», VII, núms. 25-26, p. 100.

C) *Procedimiento.*

Se dan dos fases perfectamente definidas: una, para verificar si el adquirente cumplió sus obligaciones de edificación; otra, de reversión propiamente dicha.

1. *Declaración de incumplimiento de la obligación de edificar.*

a) El procedimiento puede iniciarse (art. 151, párrafo 1, LS; artículo 44, párrafo 1, Reglamento de 1964):

a') Por el Ayuntamiento:

— De oficio.

— A requerimiento de órgano urbanístico.

— Por denuncia.

b') A instancia de cualquier interesado. Así lo dispone el artículo 151, párrafo 1, LS. El Reglamento de 1964, párrafo 1, no contempla este supuesto; se limita a hablar de «denuncia de cualquier interesado». Es más correcta la expresión del precepto de la LS, en cuanto que el interesado, el propietario expropiado tiene legitimación para incoar el procedimiento.

b) Aun cuando no se dice expresamente, en aplicación de elementales principios que informan el procedimiento administrativo, parece evidente que debe darse audiencia al adquirente de la finca, al que se imputa incumplimiento de la obligación de edificar. El trámite de audiencia y vista se regirá por las normas generales (artículo 91, LPA) (16).

c) El procedimiento termina por acto del Ayuntamiento en que se declare que el adquirente incumplió las obligaciones contraídas en orden a la edificación (art. 44, párrafo 1, Reglamento de 1964; artículo 151, párrafo 1, LS), que se notificará al propietario, en cuyo nombre se otorgó la escritura de enajenación.

(16) Me remito a mi libro *El procedimiento administrativo*, cit., pp. 472-489.

2. *Reversión.*

a) Dentro de los dos meses siguientes a la notificación al propietario, éste podrá ejecutar el derecho de reversión, «siempre que se comprometa a iniciar o seguir la construcción en el plazo previsto y que, en su caso, garantice el cumplimiento de la obligación en la forma prevenida en la LS» (art. 44, párrafo 2, Reglamento de 1964).

b) El propietario-expropiado, al adquirir de nuevo la finca pagará, en concepto de precio, el 75 por 100 del satisfecho en la enajenación que le privó de su finca, «incrementado con el valor de las construcciones aprovechables» (art. 151, párrafo 3, LS). «Se estimarán construcciones aprovechables las efectuadas conforme a proyecto debidamente aprobado» (art. 44, párrafo 3, Reglamento de 1964).

c) «La escritura se otorgará, en su caso, en la forma prevenida por el artículo 37 de este Reglamento» (art. 44, párrafo 4, Reglamento de 1964).

D) *Efectos.*

1. Serán los efectos propios de toda reversión.

2. Si el propietario no ejecuta el derecho de reversión dentro del plazo de dos meses (que deberá computarse según el artículo 60, LPA) el Ayuntamiento podrá adquirir el inmueble, según el artículo 151, párrafos 4 y 5, LS, y art. 45, Reglamento de 1964).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

Catedrático de Derecho Administrativo.
Registrador de la Propiedad.

La Empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil

I. INTRODUCCIÓN.

La obtención del concepto de una disciplina jurídica es una operación lógica que presupone una triple tarea: analizar su *fundamento*, delimitar su *contenido* y *definirla* de modo riguroso. Mas es sabido que el concepto de las disciplinas jurídicas no pertenece al grupo de los conceptos científicos—absolutos e inmutables en el tiempo y en el espacio—, sino al de los conceptos históricos en íntima conexión con el momento en que se predicen. Porque si es cierto que el concepto de una disciplina jurídica es una delimitación de la realidad, no es menos cierto que ésta es la conclusión de una evolución que es necesario conocer para extraer de ella los datos esenciales de su fundamento y de su sustancia.

A las dificultades lógicas que concurren en la tarea de definir cualquier disciplina jurídica se suman las que proceden de su entrañable conexión con las circunstancias—políticas, sociales y económicas—de cada momento histórico. Pues bien, tales dificultades son aún mayores para formular un concepto del Derecho mercantil, cuya sensibilidad para sufrir los efectos de tales circunstancias es quizá superior. Se afirma por todo ello que el Derecho mercantil es una categoría histórica en un doble sentido: porque se desgajó del tronco del Derecho civil en un momento histórico determinado por la fuerza de circunstancias de varia naturaleza; y, además, porque aquellas circunstancias—políticas, sociales y económicas—han condicionado progresivamente nuestra disciplina hasta su situación actual, en la cual debemos obtener su concepto.

Ahora bien, si la obtención del concepto de una disciplina jurídica es una operación lógica que se nutre de la realidad, para llevarla a cabo es imprescindible utilizar un doble método: de *investigación histórica*, para conocer las líneas generales y las causas de su evolución, así como lo que el Derecho mercantil ha sido en cada momento histórico; y, en segundo lugar, un *método de atenta observación de la realidad*, que permita no sólo conocer el último estadio de la evolución, sino también los criterios que nos sirvan para calificar conceptualmente esta realidad. La necesidad de combinar ambos métodos ha sido comprendida por ASCARELLI, por WIELAND y por el profesor GARRIGUES (1). Y así dice el primero—para afirmar que no basta el de observación de la realidad—que la afirmación postulada por parte de la doctrina moderna de que la empresa es el criterio técnico que define el Derecho mercantil, no permite comprender por qué no nació un Derecho especial para la agricultura, supuesto que en ella—antes que en la industria—existió la empresa como forma de organización económica. Y por ello también WIELAND, antes de utilizar el método de observación de la realidad, recurrió al método histórico para obtener el sentido de la evolución del Derecho mercantil y, además, para comprender el Derecho codificado.

Con lo dicho se pone de manifiesto que afirmamos un sentido histórico en el Derecho mercantil. Si el Derecho mercantil de hoy es la conclusión de una evolución histórica, parece imprescindible

(1) Como es sabido, la posición metodológica historicista y las ideas sobre las que se apoya fueron magistralmente expuestas por ASCARELLI en diversos trabajos de inestimable valor. Pueden encontrarse, debidamente sintetizadas, en su *Corso di Diritto commerciale*, Milán, 1962, págs. 80 y sigs. También WIELAND (*Handelsrecht*, Munich y Leipzig, 1931, I, págs. 3 y sigs.) utiliza un doble método de observación de la realidad histórica, por el cual obtiene una recapitulación crítica del proceso histórico-evolutivo de la realidad regulada por el Derecho mercantil. Esta doble dirección metodológica utilizada por WIELAND y frecuentemente olvidada por quienes exponen su pensamiento, parte de la convicción de que el campo de aplicación del Derecho cobra sentido si se ahonda en las causas que han determinado, a través de los distintos periodos de la Historia, una concreta y cambiante realidad económica. Finalmente, el método historicista y el de atenta observación de la realidad han sido conjuntamente utilizados con magistral perfección en nuestra doctrina por el Profesor GARRIGUES en todos sus estudios sobre el concepto del Derecho mercantil, y especialmente en su artículo *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil*, RDM, núm. 71 (1959), págs. 7 y sigs. Ambos métodos han sido utilizados igualmente con perfección por el Profesor GIRÓN TENA en su monografía *Concepto del Derecho mercantil*, INEJ, ADC, Madrid, 1954.

examinarla, aunque sea brevemente. Si determinadas causas económicas, políticas y sociales, han producido un sistema legislativo determinado—coherente en unos casos, incoherente en otros—, es necesario analizarlas, conjuntamente con las actuales, para proponer de *lege ferenda* un sistema que se articule en torno a los elementos de la realidad que al Derecho mercantil incumbe regular. Por la conjunción de ambos estaremos en situación de resolver tres problemas concretos: 1) El de la subsistencia o desaparición del Derecho mercantil como Derecho especial. 2) El del futuro contenido de esta rama del Derecho privado y, por ende, el problema de sus relaciones con otras disciplinas y especialmente con el Derecho civil. 3) El del concepto del Derecho mercantil, para cuya formulación es necesario resolver aquellos dos problemas previos.

El método histórico ha de permitirnos comprender, además, uno de los fenómenos más interesantes que se presentan en el seno del Derecho privado: la *mutabilidad* del ámbito del Derecho mercantil, poniendo al descubierto las causas y el sentido de una *corriente de extensión generalizadora* que habiendo determinado su *objetivación* conceptual ha producido recientemente un fenómeno de reducción del contenido de este Derecho especial.

II. EL MÉTODO HISTÓRICO.

A) *Planteamiento.*

El Derecho mercantil es, pues, una categoría histórica, cuyas diversas concreciones jurídicas se deben a la conjunción de presupuestos político-sociales y económicos al lado de otros estrictamente jurídicos. La relevancia de las causas políticas se comprueba si se piensa en los siguientes hechos: la ideología política que triunfa con la Revolución francesa, contraria a la existencia de derechos de clase, pretendió cambiar la formulación corporativa y profesional del Derecho mercantil, sustituyéndola por una formulación objetiva, consagrando así—en opinión de DEL VECCHIO—uno de los mayores errores de la Revolución francesa (2); el liberalismo político y eco-

(2) DEL VECCHIO (G.). *Sobre las funciones y los fines del Estado*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 127 (1963), pág. 11.

nómico que sucede a la Revolución, ponen las bases para que el Derecho mercantil se convierta en la quintaesencia del capitalismo; la unificación legislativa del Derecho mercantil y civil que se realiza en Italia en 1942 se debió—en frase de ASCARELLI—a un «colpo di testa» de Mussolini (3); la recepción de la teoría de la empresa estuvo, en parte, considerablemente influida por las ideologías nacional-socialista alemana y corporativista italiana; el Derecho económico—tal como se formula en Alemania por HEDEMANN—, estructurando diversos sectores del Derecho público y privado en torno a la empresa, respondió en parte a las exigencias de la ideología política nacional-socialista, las cuales repercuten en el Derecho corporativo presente en el libro V del Código civil italiano. En este sentido, como ha puesto de manifiesto KRAUSE, fue la influencia de una ideología política la que puso el acento sobre la empresa posponiendo a las personas que de ella se servían para realizar una actividad económica (4).

Mas la influencia de las circunstancias políticas—aun siendo determinante—no actúa aislada, sino en íntima conexión con las circunstancias económicas. Y así veremos cómo en la base de las distintas concreciones jurídicas o legislativas del Derecho mercantil está presente la evolución económica. El Derecho mercantil deja de ser—legislativamente al menos—Derecho de comerciantes para convertirse en Derecho de una clase de actos, no sólo por las causas políticas apuntadas, sino también por obra de otras estrictamente económicas y jurídicas de las que nos ocuparemos extensamente. Posteriormente, del Derecho mercantil se postula su conversión en Derecho de los actos realizados en masa y en Derecho de la empresa, porque la revolución industrial y la producción en masa obligan a extender su aplicación a la industria, ampliando el campo de aplicación de esta disciplina y determinando con ello, necesariamente, una alteración en el signo conceptual del Derecho mercantil.

Parece, por tanto, que la influencia de ambos factores—político-sociales y económicos—no es aislada, sino conjunta. En el fondo se

(3) Cfr. *L'unification du Droit privé en Italie*, en *L'unification interne du Droit privé*, publicado por el CNRS, Paris, 1950. pág. 49.

(4) KRAUSE (H.), *Kauffmannsrecht und Unternehmensrecht*, ZHR, t. 105 (1938), págs. 68 y sigs., y posteriormente en *Imprenditore e impresa*, NRDC, 1954, págs. 221 y sigs.

descubre, además, la interdependencia de estos factores, cuya conjunción actúa sobre el Derecho mercantil.

El análisis histórico de las diversas concreciones legislativas en las que se ha plasmado la concepción del Derecho mercantil por obra de esta duplicidad de causas, nos ha puesto de manifiesto la virtualidad de tres fenómenos fundamentales:

a) En primer lugar, la presencia de una constante corriente de *extensión o ampliación del ámbito del Derecho mercantil*. Así nacido éste para el comercio, se extiende a la industria; destinado a regular el tráfico de muebles, se extiende al de inmuebles cuando unos sujetos se dedican a él profesionalmente; excluyendo en sus orígenes a la actividad agrícola, tiende modernamente a abarcarla cuando se explota mediante métodos o formas comerciales.

b) En segundo lugar, la presencia de una constante y paralela tendencia a la *generalización y objetivación* de su contenido, en virtud de las cuales—por obra de una creciente utilización de las instituciones nacidas como mercantiles por quienes no son comerciantes—el Derecho mercantil se aplica a quienes esporádicamente recurren a ellas. Baste pensar que la letra de cambio es ya acto de comercio absoluto en la «Ordonnance» de Luis XIV, y que en la «Ordonnance de la Marine» los contratos marítimos se reputan mercantiles, cualesquiera que sea la condición de quienes los estipulan.

c) Y en tercer lugar, la presencia de una reciente tendencia a *reducir el ámbito del Derecho mercantil*, como consecuencia de la generalización u objetivación anteriores.

Este fenómeno de «generalización del Derecho mercantil» o de «comercialización del Derecho civil»—como fué denominado por RIESER (5), posteriormente por RIPERT (6), y del que se ha ocupado en

(5) En su monografía *Der Einfluss Handelsrechtlicher Ideen aus dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, Stuttgart, 1894. Creemos que fué este autor quien por primera vez se refirió al fenómeno de la «comercialización» del Derecho civil. También GIERKE (*Der Entwurf des neuen HGB*, ZHR, t. 45, 1896, págs. 449 y sigs.) puso de manifiesto que el Código alemán de 1897 consagraria de nuevo un sistema predominantemente profesional, precisamente porque emigraban al BGB un gran número de normas que regulaban el tráfico general ejercido por quienes no se dedicaban en forma profesional al mismo.

(6) En su conocido estudio *La commercialisation du Droit civil français*, en «*Mélanges Maurovic*», París, 1934, y en su *Traité de Droit commercial*, 4.^a ed., París, 1959, I, 7 y 8. Al fenómeno se refiere igualmente HAMEL en su

nuestra doctrina recientemente el profesor GARRIGUES (7)—es de gran interés para el Derecho civil, y esencial para el mercantil, supuesto que pone en peligro la propia subsistencia o la autonomía de nuestra disciplina.

Mas para su comprensión es necesario enfocar su análisis desde una perspectiva histórica.

B) *El proceso de generalización del Derecho mercantil.*

Surge el Derecho mercantil como Derecho de «clase» en el triple sentido de que son los mercaderes y sus asociaciones quienes lo crean, interpretan y aplican. Este Derecho es—en el sentido atribuido por GARRIGUES (8)—predominantemente subjetivo, en cuanto que se aplica a los comerciantes en el ejercicio de su tráfico y esta condición personal se descubre, primero, por el dato formal de la inscripción en la matricula de mercaderes y, posteriormente, por el dato real de la efectiva realización del comercio. Mas pronto surge la tendencia generalizadora representada por una excepción al régimen anterior. Quienes no son comerciantes y, a veces, quienes no pueden serlo, utilizan instituciones típicamente mercantiles creadas por los mercaderes, como es el caso de la letra de cambio y del «préstamo a la gruesa ventura». Pues bien, para extender la jurisdicción consular y, en definitiva, para aplicar el Derecho mercantil a estos actos, se recurre a la ficción de presumir comerciantes a quienes los realizan, poniendo de manifiesto, aunque en forma incipiente, la tendencia a la generalización del Derecho mercantil y dando—como afirma VIVANTE—el primer paso hacia el sistema que luego se denominará objetivo (9).

La generalización en el sentido indicado se afianza en la «Ordonnance du Commerce» y en la «Ordonnance de la Marine».

estudio *Droit civil et Droit commercial en 1950*, publicado en *Le Droit privé français au milieu du XXème siècle*, Paris, 1950, II, págs. 261 y sigs.

(7) En su conocido artículo *Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil*, citado, págs. 52 y sigs. Al fenómeno se ha referido igualmente RUBIO, *Sobre el concepto del Derecho mercantil*, en RDM, núm. 12, 1947, pág. 359, aun cuando obtiene del análisis del fenómeno conclusiones distintas a las nuestras.

(8) Cfr. *Tratado de Derecho mercantil*, Madrid, 1947, I-1, págs. 177 y sigs.

(9) Cfr. su *Introduzione* a la 5.ª edición de su *Trattato di Diritto commerciale*, I, pág. 5.

Este fenómeno de generalización cobra sentido jurídico—en punto al concepto del Derecho mercantil—con la codificación francesa de 1807, en la que aparece el «acto objetivo de comercio» que tantos quebraderos de cabeza producirá en la doctrina posterior. La presencia del «acto de comercio» en el «Code» obedece—en nuestra opinión—a un triple orden de causas:

1.º A la *tradición*, que el «Code» se limita a recoger, supuesto que ya existían con anterioridad.

2.º A la *evolución económica*, la cual determina que cada día sea mayor el número de no comerciantes que utilizan ciertas instituciones mercantiles.

3.º A la *ideología revolucionaria*, a la que repugnaba que para someter tales actos al Derecho mercantil fuera necesario fingir que sus autores eran comerciantes.

El acto de comercio surge, pues, en el «Code» con la estricta finalidad de extender la jurisdicción mercantil a quienes sin ser comerciantes se sirven de sus instituciones, resolviendo el problema de la sumisión de tales actos al Derecho mercantil sin necesidad de presumir que sus autores eran comerciantes. La moderna doctrina francesa, y especialmente RIPERT, ESCARRA y HAMEL, han puesto de manifiesto: a) que el Derecho codificado continuaba siendo predominantemente subjetivo; b) que la presencia del acto objetivo en el «Code»—cualesquiera que sean las causas que la justifiquen—sirve en gran parte para resolver el problema de la sumisión a los Tribunales de comercio a quienes no son comerciantes y demuestra la tendencia generalizadora que, desde sus orígenes, caracteriza al Derecho mercantil (10).

(10) Cfr. HAMEL-LAGARDE, *Traité de Droit commercial*, París, 1954. I, páginas 32 y sigs. Absolutamente categórico al respecto es ESCARRA (*Principes de Droit commercial*, París, 1934, I) cuando afirma: «En todo caso, el Código de 1807, a pesar de las apariencias y de las intenciones de sus propios redactores, puede ser considerado más como un Código de comerciantes que como el de los actos de comercio, aun cuando el sistema que en él se ha seguido para la determinación del contenido del Derecho mercantil sea híbrido y equivoco». Igualmente reveladora es la interpretación de RIPERT (*Traité...*, cit., página 127) cuando afirma «que el *Code* de 1807, al regular la competencia de los Tribunales de comercio ha mantenido el principio de que estos Tribunales son competentes para las contiendas entre comerciantes. Pero no queriendo crear una jurisdicción profesional, ha añadido que conocerán también las contiendas relativas a los actos de comercio entre toda clase de personas (ar-

Pues bien, mientras la doctrina post-revolucionaria afirmaba—con escaso rigor interpretativo—la desaparición del Derecho profesional y la aparición de un Derecho objetivo, que atiende a la naturaleza de los actos más que al carácter profesional de los sujetos agentes, el ADHGB de 1861, el «Codice di commercio» italiano de 1882 y los Códigos de comercio españoles acentúan la tendencia objetiva, consagrando un sistema más objetivo que el del modelo francés, sin duda por influencia de aquella doctrina, y porque la realidad que estos códigos vienen a regular pone de manifiesto con mayor vigor—por obra de la evolución económica—la generalización de las instituciones y de los principios mercantiles.

Irrumpe así en los Códigos decimonónicos el «acto objetivo de comercio» y se codifica un Derecho mercantil destinado a regular tanto la actividad profesional de los comerciantes—de acuerdo con el verdadero sentido del Derecho mercantil—como ciertos actos y principios que habiendo sido privativos de éstos habían pasado a ser de uso general. La «generalización» del Derecho mercantil se convirtió, pues, en «objetivación» del mismo, precisamente porque era necesario justificar que el Derecho mercantil codificado regulase algunas instituciones y principios cuyo uso se había generalizado y que, por tanto, eran *objetivamente mercantiles*, aunque el sujeto agente no fuera comerciante.

Se pretende instaurar así un concepto objetivo del Derecho mercantil, atendiendo a la naturaleza objetiva de los actos, fueran éstos necesariamente pertenecientes a una actividad profesional, o, por el contrario, verdaderos actos mercantiles en sentido objetivo, es decir, independientemente de que fuera o no comerciante la persona que los ejecutase.

Sin embargo, la concepción objetiva del Derecho mercantil, presente aún en nuestro Código, no puede satisfacer al jurista por dos razones fundamentales. La primera—como han puesto de manifiesto los profesores GARRIGÜES y POLO—porque desde un punto de vista conceptual es imposible reducir a unidad los actos ocasionales y aque-

tículo 631). Desde este momento se vieron obligados a establecer cuáles son los actos de comercio, lo que han hecho en el art. 632 para el comercio terrestre y en el 633 para el marítimo. Es, pues, exclusivamente para regular de nuevo una cuestión de competencia y para no establecerla únicamente en atención a la condición de las personas, por lo que el *Code* ha presentado la noción de un acto que será de comercio, entre toda clase de personas».

llos que presuponen una actividad profesional (11). En segundo lugar, porque—en nuestra opinión—los legisladores que instauraron un sistema objetivo para someter al Derecho mercantil los principios y los actos que se habían convertido en generales—afirmando, por tanto, la subsistencia de su mercantilidad—no supieron comprender la inexactitud y la inutilidad de continuar afirmando la especialidad de aquellos principios e instituciones que—por obra de la evolución económica—se habían convertido ya en generales, es decir, en comunes y, por tanto, en civiles (12).

El verdadero significado de este proceso de generalización de una parte del Derecho mercantil tradicional y el error en que había incurrido el sistema objetivo, fueron plenamente intuidos por el HGB de 1897 y posteriormente por el Código civil italiano de 1942. La justa apreciación del significado del fenómeno de generalización, puesta de manifiesto por OTTO VON GIERKE (13) y por GOLDSCHMIDT (14), está presente en la Exposición de Motivos del Código alemán (15). La «generalización» de principios e instituciones que habían sido tradicionalmente mercantiles determinó su trasplante al Código de comercio alemán, puesto que habían dejado de ser exclusivamente mercantiles, es decir, especiales. Así ocurrió con las disposiciones generales sobre títulos valores, con las normas sobre forma, conclusión y cumplimiento de los contratos, sobre interpretación, sobre resarcimiento de daños, sobre representación indirecta, además del régimen de muchos contratos cuya regulación desapareció del Código de comercio. El Derecho mercantil codificado quedaba así reducido a lo que realmente debía ser: un Derecho subjetivo y pro-

(11) La crítica del Profesor GARRIGUES está magistralmente expuesta en su *Tratado*, cit., I-1, pág. 20; y la del Profesor POLO, en su magnífico estudio de introducción a las *Leyes mercantiles y económicas de España*, titulado *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas*, Madrid, 1956, I, págs. XIII y sigs.

(12) Como es sabido, el sistema objetivo fué instaurado legislativamente en el Código de comercio alemán de 1861, en el Código de comercio italiano de 1882 y en los Códigos de comercio españoles de 1829 y en el vigente de 1885.

(13) En el artículo *Der Entwurf des neuen HGB*, cit. en la nota 5 de este trabajo.

(14) *Die Kodifikation des deutschen Bürgerlichen und Handelsrecht*, ZHR, 1875, págs. 139 y sigs. Expone GOLDSCHMIDT en este estudio que en la doctrina alemana estaba profundamente arraigada la idea de que la singularidad de las instituciones mercantiles exigía un Código único y separado del que contuviera las instituciones civiles.

(15) Puede verse no sólo en la propia Exposición de Motivos del Código alemán, sino también en REHME (P.), *Historia universal*.

fesional, cuyo criterio esencial delimitador es el empresario en el ejercicio de su actividad.

Con ello el legislador alemán de 1897 nos dió una norma de conducta y nos puso de manifiesto el verdadero significado del fenómeno de generalización presente en el seno del Derecho mercantil, datos que no deben olvidarse a la hora de aprehender el concepto de esta disciplina ni en el momento de formular consideraciones de «*lege ferenda*».

El método histórico utilizado nos ha permitido, pues, obtener varias conclusiones: En primer lugar, que el Derecho mercantil nació y continúa siendo el destinado a regular la actividad profesional de ciertos sujetos, y que, por tanto, en él predomina el criterio subjetivo. En segundo lugar, que en su seno ha estado presente—casi desde sus orígenes—una tendencia «*extensiva*» y «*generalizadora*», cuyos efectos conducen a excluir de su contenido los principios y las instituciones que se han convertido en comunes. Y, en tercer lugar, el método histórico nos ha permitido comprender el verdadero sentido del sistema objetivo del acto de comercio consagrado en los Códigos decimonónicos, el cual—si bien sirvió para resolver un problema de aplicación del Derecho mercantil—responde a una errónea apreciación conceptual del fenómeno de «*generalización*» sufrido por ciertos principios e instituciones mercantiles.

III. EL MÉTODO DE ATENTA OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD.

La doctrina—después de abrir los ojos del legislador alemán—se percató de que si el sistema objetivo respondió a una profunda realidad, encerraba, sin embargo, una errónea apreciación del fenómeno de generalización del Derecho mercantil, porque parte de este Derecho había dejado de ser especial para convertirse en general o común. Por este camino, el legislador alemán había reducido de nuevo el Derecho mercantil a su primitivo significado de Derecho profesional y subjetivo.

Surge, pues, sobre nuevos criterios la separación legislativa entre el Derecho civil y el Derecho mercantil, reafirmandose la especialidad de éste. La doctrina—por obra de HECK—se pregunta de nuevo por qué subsiste un Derecho mercantil separado del civil. La respuesta

pretende hallarse utilizando un nuevo método de atenta observación de la realidad, porque se parte de la convicción de que el Derecho mercantil si subsiste como Derecho especial es para regular adecuadamente las especiales exigencias que tal realidad plantea. Se pretende—en definitiva—obtener de la realidad el criterio esencial del Derecho mercantil, en torno al cual se delimita su contenido y que, además, permite formular su concepto. Surgen así, por obra de este método, las teorías que identifican el Derecho mercantil con el propio de los actos en masa y con el Derecho de la empresa. Veamos brevemente cada una de ellas.

A) *Teoría del Derecho mercantil como Derecho de los actos en masa.*

El nuevo método analiza una vigorosa realidad económica en la que—consecuencia directa de la floreciente revolución industrial—la producción y la distribución en masa implican—desde un punto de vista jurídico—la conclusión masiva o en serie de contratos con el exterior. Esta realidad demuestra a HECK que lo que caracteriza al sector de la actividad económica sometida al Derecho mercantil es, precisamente, la repetición en serie. Esta realidad cuantitativa produce—desde un punto de vista jurídico—el nacimiento de especiales exigencias e instituciones cuya regulación corresponde al Derecho mercantil, supuesta la insuficiencia del Derecho civil, que, o bien no las atiende adecuadamente, o bien desconoce las instituciones que tal actividad presupone (16).

La apreciación de HECK fué—a pesar de las críticas de WIELAND—ciertamente exacta, por haber comprendido que el Derecho mercantil es el propio de la actividad profesional, supuesto que la repetición en masa presupone la profesionalidad de su autor. La identificación entre Derecho mercantil y Derecho de los actos en masa permitió a HECK obtener tres conclusiones cuya validez es indiscutible. La primera, que el Derecho mercantil no surge cuando las exigencias del tráfico en masa son satisfechas por el Derecho común, como ocurrió en Roma y en el mundo sajón. La segunda, que el De-

(16) La posición de HECK está expuesta en su conocido estudio *Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Recht besonderes Handelsprivatrecht*, en «Archiv für die zivilistische Praxis», 1902, págs. 438 y sigs.

recho mercantil está en continua evolución, porque aparecen nuevas actividades cuyas exigencias imponen su inmediata regulación. Y la tercera, que el Derecho mercantil muestra una constante tendencia a la uniformidad, supuesto que tales exigencias son relativamente uniformes en todas las economías.

La teoría de los actos en masa—en opinión de GARRIGUES—acercó de nuevo a la doctrina a la verdadera esencia del Derecho mercantil, y la doctrina posterior se limitó—siguiendo los pasos de HECK—a elevarse desde la actividad en masa o profesional a la organización o al sujeto que la realizan.

Pues bien, este paso—que apunta claramente en LOCHER (17), seguidor de HECK—lo dió la teoría de la empresa.

B) *Teoría que identifica el Derecho mercantil con el Derecho de la empresa.*

La teoría de la empresa traslada el criterio central del Derecho mercantil de la actividad en masa a la organización que la realiza. El primer autor que se fija en la empresa es ENDEMANN (18)—motivando una dura crítica de LABAND (19)—, pero el mérito de su formulación armónica corresponde a WIELAND (20). Parte también este

(17) En *Handel-Wechsel und Schiffahrtsrecht*, Berlin. 1931. I, págs. 1.180 y sigs. Descubre ya claramente este autor la íntima conexión que existe entre el tráfico en masa y la persona (empresario) que lo realiza. El tráfico implica unos conocimientos técnicos profesionales y unas exigencias que tan sólo poseen quienes se dedican a él en forma profesional. Carácter profesional que explica suficientemente la relevancia del uso para la interpretación y régimen jurídico de los actos realizados en masa.

(18) En su *Das Deutsche Handelsrecht*, Heidelberg, 1865, I, págs. 62 y siguientes. Nosotros hemos consultado su tercera edición —de igual título—, que es de 1876. Para ENDEMANN la empresa es un «organismo de la vida económica que se sobrepone a la persona física que de ella es titular...». Apunta, pues, creemos que por primera vez en la doctrina, la «disociación» entre empresa y empresario.

(19) En su recensión a la obra de ENDEMANN, publicada en la ZHR, t. 8 (1865), págs. 643 a 649. Bajo el dominio del ADHGB parecía incomprensible a LABAND la construcción de ENDEMANN, por lo cual niega que la empresa sea un concepto primordial anterior y previo al del empresario. Niega «subjetividad» jurídica a la empresa y afirma que el comerciante continúa siendo el elemento esencial para el Derecho mercantil. Se inicia así, por obra de la crítica de LABAND, la polémica que llegará hasta nuestros días en un intento por dilucidar si la primacía sistemática y unitaria para el Derecho mercantil corresponde al empresario o a la empresa.

(20) Su pensamiento está expuesto en su *Handelsrecht*, Munich y Leipzig, 1931, I, págs. 114 y sigs.

autor de una atenta observación de la realidad, la cual le permite descubrir en el sector económico sometido al Derecho mercantil la presencia constante de la empresa. La realidad le obliga a formular un concepto económico de empresa—entendida como «aportación de capital y trabajo para la obtención de una ganancia ilimitada»—, si bien su mercantilidad dependerá de su explotación conforme a un plan que permita el cálculo racional del resultado económico. Por ello para WIELAND—quien postula un concepto subjetivo del Derecho mercantil— éste tiende a convertirse en el ordenamiento profesional de las empresas, es decir, de las empresas y de su tráfico. Para este autor, el criterio esencial que permite definir y delimitar el contenido del Derecho mercantil es, pues, la empresa entendida en sentido económico.

Mossa parte de las ideas de WIELAND y reafirma la concepción que postula la identificación entre Derecho mercantil y empresa. La empresa—en sentido económico—y la actividad que ésta desarrolla exigen un Derecho especial: el Derecho mercantil (21). Pero el maestro de Pisa añade a la aportación de WIELAND una tarea de difícil realización. Al decir que el Derecho mercantil es el propio de las empresas *mercantiles* y al reconocer que pueden existir empresas civiles, agrarias, administrativas, pecuarias, forestales y mineras, carga sobre sí la difícil tarea—realmente insoluble—de determinar la mercantilidad de la empresa. Para ello recurre a tres criterios: a la *forma externa* de manifestarse, a la presencia de una *organización comercial* y al *volumen de la actividad*. Realmente—como puso ma-

(21) El pensamiento de Mossa está disperso en un considerable número de trabajos dedicados al tema, de los que, a veces, es ciertamente difícil sintetizar su opinión. De la obra de Mossa dedicada al tema nos limitamos a mencionar las obras fundamentales. Inició su aportación con la recensión al *Handelsrecht* de WIELAND, publicada en RDC, 1921, I, págs. 283 y sigs. Después su pensamiento se encuentra reiteradamente en: *Il problemi fondamentali del Diritto commerciale*, RDC, 1926, I, págs. 235 y sigs.; *Per il nuovo Codice di commercio*, RDC, 1928, I, págs. 16 y sigs.; *L'impresa nell'ordine corporativo*, Florencia, 1935; *Il diritto alla impresa*, Pisa, 1933; *Contributo al diritto dell'impresa ed al diritto del lavoro*, RDC, 1946, I, págs. 105 y sigs.; *Scienza e metodi del Diritto commerciale*, RDC, 1941, I, págs. 97 y sigs.; *Trattato del nuovo Diritto commerciale*, I, Milán, 1942; *Diritto del lavoro, diritto commerciale e codice sociale*, RDC, 1945, I, págs. 39 y sigs.; *Significación del nuevo Derecho mercantil europeo*, RDM, 1946, págs. 7 y sigs.; *Diritto commerciale, Diritto dell'economia e Diritto sociale*, NRDC, 1947, págs. 1 y sigs. Sin embargo, una síntesis de su pensamiento al respecto puede consultarse en el trabajo de CASANOVA, *Prospettive ideali del Diritto dell'economia nel pensiero di L. Mossa*, NRDC, págs. VII y sigs.

gistralmente de manifiesto el profesor RUBIO (22)—, la discriminación de las empresas mercantiles es—desde un punto de vista jurídico—tarea imposible. Sobre este punto nos detendremos posteriormente.

Formulada así la teoría de la empresa se produce su recepción en las doctrinas alemana, italiana, francesa y española, así como en el Código civil italiano de 1942. Merced a esta recepción, el tema del concepto del Derecho mercantil se hace polémico, y las dispares construcciones de la doctrina italiana, así como los excesos conceptuales en que ésta incurre, hacen exclamar a ASQUINI que «... potrebbe accadere che il giurista finisca col chiedersi se l'impresa veramente esista...» (23), y a FERRARA que «... la teoria dell'impresa sembra proprio che corra dietro y fantasmi. Già manca addirittura di base e sta sviluppata nell'equivoco» (24).

La teoría de la empresa plantea una compleja problemática. Ahora con afán de síntesis, y limitada nuestra exposición al tema del concepto, es necesario decir que cuando la doctrina afirma que el Derecho mercantil es el derecho de la empresa, o que ésta es el criterio esencial para delimitar su contenido, parte de dos conceptos distintos de lo que es la empresa: 1) Según el primero, la empresa es la organización de capital y trabajo para realizar una actividad económica, con lo cual se parte del concepto económico de la empresa. 2) Según el segundo, empresa es la *actividad* profesional y organizada del empresario dirigida a la producción o distribución de bienes y servicios, con lo cual se parte de un concepto jurídico de empresa que es ciertamente distinto del económico.

Las dos construcciones que parten de distintos conceptos de empresa nos parecen criticables. Veamos por qué.

Quienes para identificar el Derecho mercantil con el derecho de la empresa parten del concepto económico de empresa—como es el caso de WIELAND y de MOSSA—, no se percatan de que—como ha puesto de manifiesto el profesor GARRIGUES (25)—para ser exacta esta

(22) En su artículo *Sobre el concepto del Derecho mercantil*, RDM. 1957, número 12, págs. 339 y sigs.

(23) *Sulle nuove posizioni del Diritto commerciali*, RDC, 1942, I, pág. 65.

(24) El pensamiento de FERRARA (Jr.), así como las afirmaciones que recogemos en el texto, están expuestos en un breve pero profundo estudio, titulado *Sulla nozione d'imprenditore nel nuovo Codice civile*, RDC, 1941, I, páginas 47 y sigs.

(25) Cfr. *Qué es y qué debe ser* .. cit., págs. 38 y sigs.

proposición conceptual deberían ser mercantiles, es decir, formar parte del contenido de nuestra disciplina, todas las disposiciones que inciden sobre la empresa. El concepto así propuesto no es exacto, porque la empresa en sentido económico está integrada por capital y trabajo y al Derecho mercantil no corresponde la regulación del trabajo, sino al Derecho laboral. En definitiva, el Derecho mercantil se detiene ante la organización interna de la empresa.

La exactitud de esta afirmación se comprueba por tres datos que nos procura el Derecho positivo. En primer lugar, la E. de M. de la Lsa. responde a quienes querían aprovechar su promulgación para reformar las relaciones del capital y del trabajo en el seno de la Sociedad Anónima, diciendo que al Derecho mercantil no incumbe esta tarea. En segundo lugar, cuando la Ley de 21 de julio de 1962 resuelve este problema concediendo la intervención del trabajo en la dirección de la Sociedad Anónima, la reforma repercute en el Derecho mercantil, pero no puede afirmarse que esta ley forme parte de su contenido. El tercer dato nos lo procura el libro V del Código civil italiano, en el que en parte se consagra la concepción corporativa de la empresa vigente en el momento de su promulgación. Si la empresa es el criterio esencial del Derecho corporativo, el legislador italiano se vió obligado a incluir en el Código civil normas de Derecho público que afectan a la empresa y pertenecen al Derecho económico y cuyo rango es quizá constitucional; normas del Derecho laboral—pues también éste incide sobre la empresa—, normas de Derecho agrario y normas de Derecho industrial, al lado de las estrictamente mercantiles. La pretensión del legislador italiano fué —sin duda—articular así el total derecho de la empresa, pero ¡cuán lejos está su contenido de corresponder íntegramente con el del Derecho mercantil! En definitiva, no todo el derecho de la empresa es Derecho mercantil.

Quienes para impedir las anteriores objeciones afirman que el Derecho mercantil es el derecho de la empresa, entendida ésta como «actividad profesional y organizada del empresario», formulan un concepto jurídico de empresa distinto del económico, proceder que en nuestra opinión plantea dos problemas fundamentales (26).

(26) Como es sabido, esta es la opinión que prevalece en la doctrina italiana, la cual se apoya en el concepto de empresa aparentemente utilizado por el legislador en el «Codice civile» de 1942. Entre otros, participan de esta opi-

En primer lugar, para obtener el concepto del Derecho mercantil no parece metodológicamente correcto formular un concepto jurídico de empresa distinto del económico, es decir, del que nos procura la realidad para finalmente sobre él definir el Derecho mercantil. La empresa es una célula de la organización económica de gran complejidad para el Derecho, pues en ella convergen distintos elementos, públicos y privados; distintos sujetos, empresario, obreros y empleados; distintos elementos patrimoniales de diversa naturaleza; y además sobre sus elementos personales inciden derechos y deberes de clase y naturaleza diversa. Por todo ello la empresa está sometida a varias ramas del Derecho público y privado, según el elemento interés o parcela que a cada una corresponde regular. Habida cuenta de estas consideraciones, conviene preguntarse si ello justifica que el concepto de empresa sea distinto para cada disciplina jurídica, según el sector concreto cuya regulación le incumbe. Metodológicamente no nos parece admisible formular tantos conceptos distintos de empresa cuantas disciplinas converjan sobre ella. La empresa es un sector de la realidad que al Derecho corresponde regular unitariamente, y del que éste debe formular un concepto que sea válido para todas las disciplinas jurídicas, si bien a cada una de éstas corresponde regular una parcela del íntegro fenómeno que es la empresa. La empresa no puede ser una cosa para el Derecho civil, otra distinta para el Derecho mercantil, administrativo, laboral, penal, etcétera. La empresa tiene que ser una sola, porque una es en la realidad, y su concepto debe ser válido para todas las disciplinas jurídicas, al igual que el concepto jurídico de familia es el mismo para todas las disciplinas jurídicas.

En segundo lugar, conviene averiguar qué es lo que realmente se afirma cuando postulando la ecuación del Derecho mercantil y del Derecho de la empresa se identifica ésta con la actividad profesional del empresario. Decir que la empresa es la actividad del empresario recuerda el intento de quienes para salvar la adecuación entre el comercio en sentido económico y el Derecho mercantil postularon un concepto jurídico de comercio distinto del económico. En reali-

nión: CARNELUTTI, *Sulle nuove posizioni del Diritto commerciale*, RDC, 1942, I, págs. 68 y sigs.; MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, I, págs. 330 y 332; FERRI, *Manuale di Diritto commerciale*, Nápoles, pág. 26; ASCARELLI, *Lezioni di Diritto commerciale*, Milán, 1955, págs. 101 y sigs. La misma posición sigue URÍA, *Derecho mercantil*, 3ª ed., Madrid, 1962, págs. 6 y 30.

dad, esta construcción conceptual viene a decir que el Derecho mercantil es el destinado a regular la actividad profesional... del empresario, lo cual, siendo realmente exacto, nos conduce de nuevo a la teoría de los actos en masa.

Por todas estas razones no podemos admitir—como tampoco lo admite el profesor GARRIGUES (27)—las tesis que identifican el Derecho mercantil con el derecho de la empresa, se parta para ello de un concepto económico o de un concepto jurídico de empresa. Porque esta identificación no responde a la realidad y es, además, imprecisa. No significa ello, sin embargo, como veremos, que la empresa en sentido económico no sea relevante para el Derecho mercantil, pues, por el contrario, su importancia es esencial. El error de la doctrina que ha puesto en ella su atención casi exclusiva, radica, en nuestra opinión, en haberla utilizado como *criterio delimitador* de esta disciplina, cuando en realidad su virtualidad se limita a calificar parte de su contenido.

IV. NUESTRO CONCEPTO.

Partiendo de estas ideas, creemos, pues, llegado el momento de formular nuestro propio concepto. En esta tarea creemos aportar alguna luz personal al tema del concepto del Derecho mercantil¹, el cual no es una cuestión meramente académica, sino de gran trascendencia, porque de él depende en realidad la solución del futuro contenido de la codificación mercantil.

Ahora bien, la formulación del concepto presupone:

- a) Una decantación de la realidad, para obtener de ella los criterios esenciales que justifican la subsistencia del Derecho mercantil.
- b) Una rigurosa delimitación de su contenido.
- c) La resolución del problema de las relaciones del Derecho mercantil con el Derecho civil.

Mas para todo ello es imprescindible exponer—aunque sea brevemente—las repercusiones de lo que se ha denominado unificación del Derecho de obligaciones sobre el Derecho mercantil y analizar

(27) Esta es la posición mantenida en el *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1962, 4.ª ed., I. pág. 21.

—además—el contenido del Derecho mercantil, porque de las conclusiones que obtengamos surgirá el concepto de la disciplina.

A) *La unificación del Derecho de obligaciones.*

Hemos visto cómo el proceso de generalización de principios e instituciones mercantiles redujo el contenido del Código alemán de 1897. Este fenómeno, lejos de decrecer, ha aumentado su vitalidad, y así en la actualidad se ha producido un considerable proceso de «generalización del Derecho mercantil» o de «comercialización del Derecho civil». Este fenómeno, que ya ha repercutido en el Derecho privado codificado inglés, alemán, suizo e italiano, se exterioriza—en opinión del profesor GARRIGUES (28)—por tres datos esenciales: a) por una emigración de normas e instituciones mercantiles al Código civil; b) por una difusión del espíritu comercial a todas las clases sociales, y c) por una real postergación de los contratos civiles que se ven desplazados por sus homónimos mercantiles.

Estos fenómenos determinan desde un punto de vista legislativo la unificación total o parcial del Derecho mercantil con el Derecho civil, como ha ocurrido en el Código civil suizo y en el Código civil italiano. Ante estos datos, que hacen imprescindible la atención del mercantilista, es necesario preguntarse si se pone o no en entredicho la propia subsistencia del Derecho mercantil.

Para obtener una respuesta es necesario analizar los efectos que las causas apuntadas producen en los diversos sectores que integran el contenido tradicional del Derecho mercantil.

Y así vemos que respecto al *estatuto del empresario mercantil* la evolución económica y los fenómenos analizados demuestran no sólo la necesidad de su subsistencia, sino la de su robustecimiento. La actividad en masa que éstos realizan, el gran número de relaciones jurídicas que conciertan, el constante recurso al crédito y la titularidad de una empresa como instrumento necesario para realizar su actividad, exigen hoy más que nunca la existencia de un *status* para los empresarios, cuyo contenido debe facilitar el ejercicio de estas actividades, y al mismo tiempo debe proteger el crédito que se

(28) En *Qué es y qué debe ser...*, cit. pág. 52, y especialmente en su conferencia *Derecho civil y Derecho mercantil*, pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid en 1962 y aún inédita.

le concede, así como a los terceros que por diversas causas establecen con él relaciones.

En cuanto a la teoría general de las obligaciones mercantiles, aún presente en nuestro Código de comercio, el problema es ciertamente más interesante, pues los fenómenos enunciados demuestran la emigración al Código civil de los principios especiales nacidos en la contratación mercantil, como ha ocurrido en el Código civil italiano, en el suizo y en parte en el alemán. Parece, pues, que la tendencia general indica la supresión de las especialidades mercantiles y la aparición de una única teoría general de obligaciones que completada por los principios que fueron mercantiles sería aplicable tanto a las relaciones mercantiles como a las tradicionalmente civiles.

No podemos ocultar, sin embargo, que estas afirmaciones ofrecen ciertos reparos a ASQUINI y a MOSSA, en cuya opinión la contratación en masa de las grandes empresas determina la aparición de nuevos principios o normas especiales que no son necesarios, por el contrario, para los contratos que estipulados entre particulares no participen de las mismas exigencias (29). Están pensando estos autores en ciertas especialidades de régimen o de interpretación que puede plantear la contratación de formularios; en la presencia de las condiciones generales en gran parte de los contratos de empresa; en la necesaria protección al particular que contrata en régimen de inferioridad ante la gran empresa; en ciertas exigencias de bondad intrínseca que deben concurrir en los contratos de colaboración entre empresas, y, en definitiva, en el posible nacimiento de una nueva teoría general de obligaciones únicamente aplicable a los contratos de empresa.

En cuanto a las repercusiones de los fenómenos indicados sobre la regulación positiva de los diversos tipos de contratos, la tendencia de la doctrina y del Derecho comparado parece clara, en el sentido de hacer desaparecer la duplicidad de tratamiento—civil y mercantil—de ciertos contratos, contenida en los Códigos civiles y de comercio, para reducirla a unidad. La observación de nuestro Derecho privado nos descubre la presencia de tres tipos fundamentales de

(29) Es ciertamente interesante la opinión manifestada en el sentido expuesto en el texto por ASQUINI, *Il Diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, RDC, 1941, I, págs. 437 y sigs. En un sentido análogo puede consultarse la opinión de MOSSA, en *La nuova scienza del Diritto commerciale*, RDC, 1941, I, págs. 446 y sigs.

contratos. Los que pueden ser estipulados tanto por empresarios en el ejercicio de su empresa como por quienes no poseen esta condición (por ejemplo, el contrato de compraventa). Los que presuponen que al menos una parte necesariamente debe ser empresario (por ejemplo, el contrato de seguro) y aquellos que exigen esta condición en ambas partes (por ejemplo, consorcio o el contrato de suministro y agencia). Pues bien, el problema de la unificación del régimen jurídico de los contratos se plantea sólo respecto a los primeros contratos. Y creemos que se camina hacia la unificación de su régimen positivo, con predominio de los principios mercantiles que determinaron su dicotomía de regulación en un determinado momento histórico. En definitiva, el proceso de «generalización del Derecho mercantil» o de «comercialización del Derecho civil» impone de *lege ferenda* la regulación única y no doble de todos los contratos de Derecho privado. Conclusión que no se opone—como veremos—a la subsistencia de ciertos contratos mercantiles.

Los fenómenos jurídicos apuntados influyen también en *ciertas instituciones jurídicas* tradicionalmente mercantiles, como es el caso de la letra de cambio y las operaciones bursátiles, haciéndolas de uso general, así como *en el espíritu de lucro* que siendo tradicional de los comerciantes se ha difundido en todas las clases sociales, por lo cual, realmente, deja de ser esencial—aunque sea determinante—para el Derecho mercantil (30).

Analizada la incidencia de los fenómenos expuestos sobre el ámbito tradicional del Derecho mercantil, es necesario preguntarse si todos ellos han producido la unificación total o parcial del Derecho privado, es decir, si el Derecho mercantil continúa poseyendo autonomía científica o si, por el contrario, ha dejado íntegramente de ser un Derecho especial respecto del Derecho civil. Pues bien, quienes como MOSSA o ASQUINI afirman la subsistencia de una especial teoría general de obligaciones para los contratos de empresa, deben reconocer la especialidad y la autonomía, la cual puede predicarse incluso aunque aquélla no se admita. La unificación del Derecho de obligaciones y contratos producirá—como afirman GARRIGUES, HOUIN

(30) En este sentido es interesante la aportación de VAN RYN, *Autonomie nécessaire et permanence du Droit commercial*, RTDC, 1953, págs. 574-5, en cuya opinión el espíritu de lucro no define, ni siquiera delimita, al Derecho mercantil moderno

y Tunc (31)—una reducción del ámbito tradicional del Derecho mercantil, pero no harán desaparecer íntegramente la especialidad de nuestra disciplina. La unificación será, pues, parcial y no total, porque la observación del Derecho privado nos demuestra la existencia de dos sectores, delimitados por la presencia de un empresario, de una empresa y de unos contratos que presuponen necesariamente en una o en ambas partes la presencia de estos elementos. En definitiva, subsiste un sector del Derecho privado que se justifica y aplica por la presencia de unos sujetos, de unas organizaciones y de unas actividades determinadas.

Quizá por ello mismo se ha afirmado que la especialidad del Derecho mercantil se predica en un sentido distinto al decimonónico, presente en la codificación que sigue al modelo francés, o, en definitiva, que la nueva especialidad surge *por razón de la materia*.

B) *Examen del contenido del Derecho mercantil.*

El doble método de investigación utilizado nos ha permitido comprender la profunda transformación de la realidad económica sometida al Derecho mercantil, y la renovación por ella producida en el Derecho privado. Los efectos que una y otra han generado son: un considerable robustecimiento del ejercicio profesional de ciertas actividades económicas; una nueva impronta subjetivista y profesional para el Derecho mercantil; una generalización de principios e instituciones mercantiles, que al convertirlas en civiles ha determinado la reducción del ámbito tradicional de esta disciplina, con lo cual ésta gana en cohesión y coherencia sistemáticas; y, finalmente, la aparición de una nueva especialidad para el Derecho mercantil como rama o sector del Derecho privado.

(31) La tesis de la reducción de la materia mercantil por obra de la unificación del derecho de obligaciones ha sido propuesta por GARRIGUES, *Que es y qué debe ser...* cit., págs. 56-58. La encontramos igualmente en el pensamiento de HOUIN (R.), expuesto en su ponencia *L'unification interne du Droit privé en France*, en *L'unification interne*, cit., París, 1954, pág. 108; y de ella participa también Tunc, igualmente en la publicación *L'unification interne du Droit privé*, cit., págs. 113 y sigs. Es necesario decir, desde ahora, que esta «reducción» del contenido del Derecho mercantil se compensa con la aparición y el auge de nuevos sectores y ramas de esta disciplina destinados a regular y a satisfacer exigencias y necesidades que tienen su origen en el tráfico industrial en masa. Como son el Derecho de la propiedad industrial, el Derecho de las uniones de empresas y prácticas restrictivas.

Por todo ello, y para formular el concepto sustancial del Derecho mercantil, es necesario tener presente—como hizo a su vez el legislador alemán de 1897—que en el Derecho privado el fenómeno de «generalización» de nuestra disciplina ha producido un efecto de decantación, en virtud del cual el nuevo contenido del Derecho mercantil se libera de ciertos residuos históricos que dogmática y sistemáticamente no deben formar parte de él, puesto que han dejado de ser especiales.

Por estas razones, la observación de la realidad nos demuestra que el contenido del Derecho mercantil se estructura en torno a tres elementos esenciales: el empresario, la empresa y la actividad externa y conjunta de ambos. Las especialidades que todos ellos hacen surgir, inexistentes en el resto del Derecho privado, justifican, además, la especialidad de la disciplina.

Veamos, pues, el significado y el contenido de cada uno de ellos.

1. *El empresario mercantil* es el elemento personal especialmente relevante, el cual puede definirse como «persona física o jurídica que en nombre propio y por sí o por medio de otros ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o distribución de bienes o servicios». La especialidad de este sujeto, frente a los restantes del Derecho privado, le viene atribuida por el hecho de realizar profesionalmente y en forma organizada, es decir, por medio de una empresa, una actividad económica. Mas desde un punto de vista jurídico, se justifica la especialidad del sujeto y su inclusión en el Derecho mercantil por el hecho de que el ordenamiento positivo le atribuye un *status* especial por razón de la actividad que explota y del método y la forma mediante los cuales la realiza. La existencia de tal estatuto se justifica por tres condiciones: 1.^a porque la actividad en masa que realiza impone determinadas exigencias que—en parte—el contenido del estatuto pretende resolver; 2.^a porque tal actividad se nutre especialmente del crédito y de la confianza ajenos; 3.^a porque los terceros y el crédito concedido se ven afectados por el resultado próspero o adverso de aquella actividad. Es, pues, en beneficio del empresario y en protección de los terceros por lo que se le dota de un estatuto especial.

Conviene plantear, sin embargo, dos cuestiones fundamentales. La primera se limita a preguntar cuándo estaremos en presencia de un

empresario. La segunda, cuándo este empresario será mercantil. Respecto de aquélla, cuando para realizar una actividad económica disponga de una empresa en sentido económico, o cuando—en el caso de los empresarios colectivos—adopten la forma social que imperativamente se califica como mercantil. La segunda pregunta plantea el problema de los impropriamente llamados «*pequeños empresarios*», de los hasta ahora denominados *empresarios «civiles»* por razón de la naturaleza de la actividad que desarrollan y de los *empresarios públicos*. Pues bien, los pequeños empresarios (artesanos, pequeños comerciantes y campesinos) no deben ser calificados como empresarios mercantiles, a pesar de realizar una actividad económica, supuesto que no utilizan una verdadera empresa en sentido económico, y, sobre todo, porque la escasa cuantía de su actividad con terceros no hace realmente necesaria la atribución de aquel *status* al que nos referíamos. La distinción entre empresarios civiles o mercantiles, según la naturaleza de la actividad que desarrollan, no debe subsistir, y precisamente el haberla mantenido es uno de los errores más criticables del Código civil italiano de 1942. La mercantilidad del empresario debe depender de dos criterios: de ser titular de una empresa y de la forma y el método como realice su actividad económica. Cuando ambas circunstancias imponen la necesidad de atribuirles un *status* especial nos encontraremos ante un verdadero empresario mercantil, cualesquiera que sea la naturaleza de la actividad que realice. De más difícil resolución es el problema de los llamados empresarios públicos, los cuales, como se sabe, son cada día más numerosos. Pues bien, respecto de éstos, cuando concurren los requisitos anteriores, debe predicarse su naturaleza mercantil, a menos que en virtud de disposiciones administrativas especiales no les sea aplicable el estatuto especial de los empresarios mercantiles (32).

(32) La realización de las actividades mercantiles e industriales por el Estado o por otros Entes públicos menores, mediante la creación de las correspondientes empresas, plantea considerables e interesantes problemas jurídicos de los que se han ocupado extensamente los administrativistas españoles y extranjeros. Pero es evidente que el fenómeno no interesa exclusivamente a éstos, sino también en forma muy intensa a los cultivadores del Derecho mercantil, precisamente porque, normalmente, al empresario titular de tales empresas se le dota de la forma de Sociedad Anónima o de responsabilidad limitada. Este fenómeno plantea al mercantilista tres órdenes de problemas: a) si son o no verdaderos empresarios mercantiles; b) si las sociedades de estructura capitalista que se constituyen para imputar la titularidad de tales empresas públicas son o no verdaderas sociedades mercantiles; y c) si la ac-

Tenemos así, pues, definido ya el primer elemento personal que justifica la subsistencia del Derecho mercantil, y delimitado el primer sector de su contenido, que será el del empresario mercantil y su estatuto especial.

2. *La empresa y su contenido.*

El segundo elemento que justifica la subsistencia del Derecho mercantil y delimita su contenido es la empresa. El estudio de su significado jurídico nos ha permitido obtener las siguientes conclusiones de las que partimos necesariamente:

1.^a Que el concepto jurídico de empresa coincide sustancialmente con el económico, por lo cual puede definirse como aportación de capital y trabajo para la realización de una actividad económica (33).

2.^a Que—como han comprendido GARRIGUES y GIERKE—para la formulación del concepto del Derecho mercantil es irrelevante el tema de la naturaleza jurídica de la empresa, como es irrelevante la naturaleza de la familia para el concepto del Derecho civil, ya que el tema de su naturaleza jurídica sólo es operativo para resolver su posible régimen jurídico (34).

tividad externa de tales empresas públicas ha de someterse íntegramente a las prescripciones del Derecho civil y mercantil en punto a la teoría general de las obligaciones y contratos. En este trabajo sólo nos interesa la primera cuestión, la cual entendemos que debe resolverse según los criterios enunciados en el texto. En todo caso, sobre estos problemas puede consultarse: GIRÓN TENA, *Las empresas públicas*, Arbor, 1947, y *Las sociedades de economía mixta*, Madrid, 1942; HOUIN (R.), *La gestion des entreprises publiques et les methodes du Droit commercial*, en «Archives de Philosophie du Droit», nouvelle serie, París, 1952, págs. 79 y sigs.; RIVERO (J.), *Le regime des entreprises nationalisées et l'evolution du Droit administratif*, en «Archives», cit., págs. 147 y siguientes; STRICKRODT (J.), *Die Gewerblichen Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmenswirtschaftlichen Bedeutung*, Tübingen, 1954; LAGARDE, *De la société anonyme à l'entreprise publique*, en «Études offertes à G. Ripert», II, págs. 926 y sigs.; ARENA, *La società commerciali pubbliche*, Milán, 1940; OTTAVIANI (V.), *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, RTD Publico, 1962, págs. 123 y siguientes; BREDIN, *L'entreprise publique et semipublique*, París, 1960.

(33) Por las razones brevemente expuestas en la página 18.

(34) Al analizar el problema de la naturaleza jurídica en la empresa, pone de manifiesto con toda claridad GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, 4.^a edición, I, pág. 137, y *Tratado*, I-1, pág. 255) que la doctrina se lo plantea precisamente para dilucidar las múltiples cuestiones de régimen jurídico que surgen del hecho de que la empresa es objeto de tráfico jurídico. La distinción entre el concepto y la naturaleza jurídica de la empresa creemos que también ha sido comprendida por GIERKE en su trabajo *Das Handelsunternehmen*, ZHR, 1947, págs. 9 y sigs.

3.^a Que la empresa, considerada como organización de factores de diversa naturaleza, es algo de lo que el empresario se sirve instrumentalmente para realizar una actividad económica, por lo cual para la formulación del concepto debe ponerse el acento en aquél y no en ésta.

4.^a Que la empresa no sirve por sí sola para *delimitar el contenido del Derecho mercantil*, supuesto que la mayor parte de su régimen jurídico pertenece a varias disciplinas y especialmente al Derecho laboral.

5.^a Que la empresa sirve, sin embargo, como elemento externo para calificar cuándo nos encontramos ante un empresario y ante una actividad mercantiles, supuesto que en la Economía moderna es el hecho de realizar una actividad por medio de una empresa, la que hace surgir exigencias *sui generis*, cuya satisfacción supone la especialidad del estatuto del sujeto agente y de las normas que rigen aquella actividad.

Es claro, pues, que para nosotros la empresa es el segundo de los elementos que justifican la subsistencia del Derecho mercantil, porque como decía WIELAND, la observación del sector de la realidad que debe estar sometida al Derecho mercantil nos demuestra su presencia constante. Esta presencia hace que en el contenido del Derecho mercantil tenga cabida el régimen especial que surge como consecuencia de que la empresa—como organización instrumental de gran valor—sea objeto del tráfico jurídico, así como las instituciones y principios que tienden a tutelarla como tal objeto de tráfico jurídico. Pero no forman parte de nuestra disciplina, ni el régimen de convivencia o de transmisión de las relaciones laborales que forman parte—y ciertamente esencial—de la empresa, ni el régimen de la mayor parte de los bienes y derechos que integran el factor patrimonial de la empresa, pues éste pertenece al Derecho civil.

3. *La actividad del empresario realizada por medio de una empresa* es el tercer criterio o elemento que justifica la especialidad del Derecho mercantil y que, además, delimita su contenido.

Tal actividad puede contemplarse desde una perspectiva económica o desde una perspectiva jurídica. Según la primera, la ac-

tividad del empresario se concreta en una serie de actos dirigidos a la creación de la propia empresa, o bien en la actividad de producción o mediación de bienes y servicios que con ella se realiza. Según la perspectiva o criterio jurídico, la actividad del empresario por medio de empresa es relevante para el Derecho mercantil, porque al ser profesionalmente realizada atribuye al sujeto agente un *status* especial; porque para hacerla posible surgen principios e instituciones también especiales y, finalmente, porque la explotación de esta actividad se concreta en la realización de un conjunto de actos y en la estipulación de negocios jurídicos con sujetos que por razón de su actividad se ponen en relación con el empresario.

Ahora bien, el análisis de la realidad estrictamente jurídica nos descubre las siguientes observaciones. En primer lugar, que para el Derecho mercantil debe ser irrelevante el criterio de la naturaleza de la actividad, supuesto que toda actividad económica realizada organizada y profesionalmente, es decir, por medio de una empresa, atribuirá al sujeto agente el *status* de empresario mercantil, dado que lo relevante es la forma y el método según los cuales tal actividad se realiza, como han sabido comprender nuestras Lsa. y Lsrl. En segundo lugar, que la titularidad o imputabilidad de las relaciones jurídicas que el ejercicio de esta actividad ocasione, así como sus resultados prósperos o adversos corresponden al empresario y no a la empresa, dato que es especialmente importante en el momento de elaborar el concepto de nuestra disciplina. Y en tercer lugar, que de los contratos por medio de los cuales se realiza la actividad económica del empresario, sólo serán mercantiles aquellos que presupongan necesariamente la presencia de un empresario y de una empresa.

Partiendo, pues, de que la actividad económica profesionalmente realizada es el tercer elemento de la realidad que delimita el sector sometido al Derecho mercantil, parece necesario examinar aquel contenido de nuestra disciplina que surge para satisfacer las exigencias que el ejercicio de esta actividad plantea. En este sentido, ocupa un lugar preeminente el régimen mercantil de los llamados auxiliares del empresario, los cuales, si en sentido económico forman parte de la empresa, son elementos personales que auxilian e incluso sustituyen al empresario en su actividad profesional. También los signos distintivos y especialmente el *nombre comercial* y las *marcas* son

instituciones mercantiles que surgen para individualizar al empresario como sujeto que interviene en el tráfico y a los productos cuya distribución justifica la actividad económica externa de este sujeto. De gran interés para esta actividad es el principio de la libertad de competencia, cuya formulación, si bien es de rango constitucional, constituye el fundamento de instituciones típicamente mercantiles, como son la *competencia ilícita*, entendida en sentido amplio, y el régimen jurídico-privado de las impropriadamente llamadas *uniones de empresas*, instituciones cuyo objeto inmediato es proteger la actividad económica de los empresarios y establecer los límites dentro de los cuales tal actividad debe desarrollarse. De este contenido forman parte también ciertos títulos valores que como el cheque, el conocimiento de embarque, la carta de porte y los resguardos de almacenes generales de depósito, no sólo hacen posible la actividad económica de ciertos empresarios, sino que presuponen necesariamente su presencia en el ejercicio de una empresa.

Y, finalmente, queda por dilucidar qué contratos formarán parte del contenido del Derecho mercantil, a cuyo efecto conviene recordar que la observación de nuestro Derecho privado nos permitió formular dos conclusiones: la primera es que de *lege ferenda* era deseable instaurar un régimen único para todos los contratos, suprimiendo la dicotomía de tratamiento—civil y mercantil—de algunos de ellos; y la segunda, que existen tres categorías de contratos: los que pueden ser utilizados indistintamente por empresarios o por quienes no lo son, los que presuponen necesariamente la presencia de un empresario en una de las partes y, finalmente, los que exigen que ambas partes sean empresarios.

Pues bien, la naturaleza mercantil sólo puede predicarse de estos dos últimos grupos de contratos, los cuales—como ha afirmado recientemente el profesor GARRIGUES (35)—forman parte del «fondo inalienable» del Derecho mercantil, y cuya adscripción a esta disciplina se debe—en nuestra opinión—a dos causas. En primer lugar, a ser instrumentos mediante los cuales se realiza la actividad de tales empresarios, supuesto que presuponen necesariamente su presencia de forma que no pueden utilizarse por quienes no lo son, y especialmente porque en ellos concurren singulares exigencias que

(35) En *Qué es y qué debe ser...*, cit., págs. 58-59.

—justificando su régimen concreto—surgen precisamente porque son concluidos en masa, es decir, por la presencia de un empresario y de una empresa.

C) *Concepto.*

Una vez examinadas las causas económicas, así como los efectos jurídicos que produce en el Derecho privado la «generalización» del Derecho mercantil; y analizado brevemente el contenido de nuestra disciplina, parece necesario formular un concepto que comprenda fielmente la realidad, resalte los elementos que justifican la especialidad de la disciplina y, además, expliquen su fundamento.

Pues bien, si el contenido del Derecho mercantil descubre la presencia constante del empresario, de la empresa y de la actividad conjunta de ambos, y la empresa no sirve por sí sola para delimitar ni para definir el ámbito de nuestra disciplina porque su íntegra regulación no corresponde al Derecho mercantil, para definir esta disciplina será necesario partir del empresario y de la actividad, sin desconocer que la empresa es el dato externo que permitirá, al modo del vigente artículo 3.º del Código civil, presumir la mercantilidad de uno y otro. Por todo ello, el Derecho mercantil podemos definirlo diciendo que es «el ordenamiento propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa», con lo cual se reduce la función de la empresa a su verdadero carácter instrumental, y se acepta de la teoría de los actos en masa y de la teoría de la empresa lo que ambas poseen de exacta comprensión de la realidad, se resuelve en favor del empresario y en detrimento de la empresa la vieja polémica que se inicia con LABAND, KRAUSE y SCHÖNFELD (36), y, en definitiva, se afirma de nuevo que el Derecho mercantil es un ordenamiento especial de sujetos y de actos, como lo fué en sus orígenes.

M. BROSETA PONT,

Catedrático de Derecho Mercantil
en la Universidad de Valencia.

(36) Para la opinión de LABAND, puede consultarse la recensión a ENDEMANN indicada en la nota 18 de este trabajo. La opinión de KRAUSE está expuesta en los artículos citados en la nota 4, y, finalmente, la de SCHÖNFELD puede encontrarse en la obra de VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, RDC, 1958. I, páginas 112 y sigs.

LEGISLACION

Crónica legislativa

SUMARIO: 1. Texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado: antecedentes, innovaciones y estructura.—2. Disposiciones generales.—3. Contrato de obras.—4. Contrato de gestión de servicios públicos.—5. Contrato de suministro.—6. Clasificación y registro de los empresarios.—7. Registro de contratos.—8. Fianzas y demás garantías en los contratos del Estado.—9. Disposiciones finales.—10. Ley de retribuciones de los funcionarios de la Administración del Estado y Decreto asignando los coeficientes multiplicadores de los diferentes Cuerpos.

1. El Decreto 923/65 aprueba el texto articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963.

Son notorias las deficiencias de la legislación anterior: el capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad regulaba casi exclusivamente los procedimientos de adjudicación en los contratos de obras y servicios públicos; el pliego de condiciones de 1903 atendía las particularidades de un solo Departamento ministerial y contenía disposiciones substantivas y secundarias; y las numerosas de carácter especial tenían alcance limitado y fragmentario.

Pero más importante que las omisiones e incorrecciones formales era la inadaptación del sistema a la nueva concepción de las funciones estatales y a las grandes programaciones de la hora presente. Aunque se conservan como características de la contratación administrativa las facultades exorbitantes de la Administración y la jurisdicción propia, resultaba inaplazable introducir reformas esenciales en la selección del empresario, regular de modo más preciso las actuaciones administrativas preparatorias de los principales contratos administrativos, determinar sus efectos más importantes, materia antes relegada a los pliegos de condiciones, limitar de modo estricto el *ius variandi*, reglamentar, por primera vez, en forma uni-

taria, los fundamentales contratos de gestión de servicios públicos y de suministro, implantar la clasificación y registro de los empresarios y también el registro de contratos y ampliar y consolidar las reformas de 1960 sobre fianzas.

El texto articulado, que desarrolla con fidelidad la Ley de Bases, consta del título preliminar y de tres libros.

El libro I regula en su título I el contrato de obras; en el II, el de gestión de servicios públicos, y en el III, el de suministro.

El libro II se ocupa en el título I de la clasificación y registro de empresarios y en el II del registro de contratos.

El título único del libro III contiene las normas relativas a las fianzas y demás garantías en los contratos del Estado.

2. En el capítulo I del título preliminar se fija, en primer lugar, el ámbito de aplicación de la Ley, a la que quedan sometidos los contratos que tengan por objeto la ejecución de obras, la gestión de servicios del Estado o la prestación de suministros al mismo. Sólo en defecto del Ordenamiento jurídico-administrativo será de aplicación el Derecho privado.

En cuanto a los sujetos del contrato se regula la competencia de los órganos administrativos y la capacidad del empresario.

Los Jefes de los Departamentos ministeriales son los únicos facultados para celebrar los contratos, dentro de su competencia y previa consignación presupuestaria; sus actuaciones podrán ser objeto de desconcentración o delegación y deberá preceder acuerdo del Consejo de Ministros: primero, cuando los contratos tengan un plazo de ejecución superior a la vigencia del presupuesto correspondiente y hayan de comprometerse fondos públicos de futuros ejercicios, salvo que estén previstos en un plan general aprobado por Ley; y segundo, cuando la cuantía exceda de cincuenta millones de pesetas.

Podrán contratar como empresarios las personas naturales y jurídicas españolas o extranjeras con plena capacidad de obrar y que no se hallen comprendidas en alguna de las circunstancias que fija la Ley, siendo de aplicación a las empresas extranjeras las normas de ordenación de la industria y las que rigen las inversiones de capital extranjero, salvo acuerdo del Gobierno, en atención a la coyuntura económica, mediante disposiciones de carácter general y por un tiempo determinado. También podrán contratar agrupaciones de em-

presarios, de carácter temporal, los cuales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un gerente o representante único de la agrupación.

El objeto del contrato deberá ser cierto, así como el precio, el cual se expresará en moneda nacional. La inclusión de cláusulas de revisión de precios se regirá por su legislación especial.

Los contratos se celebrarán, salvo las excepciones establecidas, bajo los principios de publicidad y concurrencia, no se entenderán perfeccionados hasta la aprobación por la autoridad competente, y se formalizarán en documento público, debiendo prestarse las fianzas previstas en la Ley, excepto los casos fijados en la misma.

La Administración puede concertar con los particulares los pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al Ordenamiento jurídico o a los principios de buena Administración. Dichos pactos y condiciones deben figurar en los pliegos de cláusulas particulares y generales, pero si los primeros contuvieran alguna contraria a las que constan en las segundas, deberá informar, con carácter previo y preceptivo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y el Consejo de Estado.

También se elaborarán con anterioridad a cada contrato los pliegos de prescripciones técnicas particulares y el Gobierno podrá establecer, previo dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, pliegos de condiciones técnicas generales.

La fiscalización del gasto originado por la contratación será ejercida por la Intervención General de la Administración del Estado y sus Intervenciones delegadas y el Ministro de Hacienda, pasará al Tribunal de Cuentas, para su examen y toma de razón, todos los contratos cuyo importe inicial exceda de cinco millones de pesetas.

La Administración conserva la facultad de interpretar los contratos en que intervenga y de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, pudiendo modificar los celebrados, dentro de los límites y con los requisitos que señala la Ley y siendo sus acuerdos ejecutivos.

Las cuestiones litigiosas sobre interpretación o cumplimiento de los contratos regulados por la Ley serán resueltas por el órgano competente del Departamento que haya celebrado el contrato y contra sus acuerdos habrá lugar al recurso contencioso-administrativo.

El capítulo II del título preliminar se refiere al régimen jurídico de los demás contratos del Estado, los cuales se regirán por sus nor-

mas privativas, y en su defecto: si están sometidos al Ordenamiento jurídico-administrativo, éste funcionará como derecho supletorio, siendo peculiarmente aplicables con tal carácter las normas de la Ley; si no están sometidas a dicho régimen se observarán, no obstante, los principios de la Ley, sobre competencia y procedimiento, a falta de reglas específicas al respecto, sin perjuicio de acudir como derecho supletorio a las Leyes civiles o mercantiles. Si los contratos carecieren de régimen específico se regularán por los principios expresados, según su naturaleza.

3. En el contrato de obras, la Ley otorga especial relieve a las actuaciones administrativas preparatorias del mismo, deroga la primacía absoluta de la subasta y crea la modalidad de subasta-concurso—pudiendo optar los Departamentos ministeriales entre ambas formas de adjudicación—, regula los efectos del contrato, dicta normas sobre su cesión y restringe la aplicación del *ius variandi*.

A todo contrato de dicha naturaleza deben preceder las siguientes actuaciones administrativas: elaboración y aprobación del proyecto, redacción y aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares y tramitación del expediente de contratación.

Los expedientes de contratación pueden ser de tres clases: de tramitación ordinaria, urgente o de régimen excepcional. La urgencia deberá acordarse por Orden ministerial, salvo si se trata de contratos de cuantía inferior a un millón quinientas mil pesetas; y tratándose de obras de emergencia a causa de acontecimientos catastróficos, sin necesidad de tramitar expediente previo, el Jefe del Departamento ministerial podrá ordenar la directa ejecución de las mismas y contratarlas libremente en todo o en parte, dando inmediata cuenta de su acuerdo al Consejo de Ministros.

Las formas de adjudicación de estos contratos son: subasta, concurso-subasta, concurso y contratación directa. Las dos últimas formas sólo serán de aplicación en los casos determinados en la Ley. Respecto a las subastas se regula el anuncio, el modelo de proposición y documentos que deben acompañarla, la composición y atribuciones de las mesas de contratación y la adjudicación definitiva, pudiendo en casos que se especifican rechazarse la adjudicación provisional. En los concursos-subasta las empresas interesadas deberán ser previamente admitidas a la licitación por el Departamento mi-

nisterial correspondiente, a cuyo efecto se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas las especiales que hayan de regular dicha admisión previa y los documentos justificativos que se exijan, se acompañarán en sobre independiente de los preceptivos para la su-
basta.

Deberán formalizarse en escritura pública los contratos que hayan de anotarse o inscribirse en algún registro que exija el cumplimiento de este requisito y aquellos cuyo precio sea superior a quinientas mil pesetas, lo soliciten la Administración, o el contratista. Los demás contratos se formalizarán en documento administrativo, prohibiéndose en todo caso la contratación verbal.

Los efectos del contrato se regularán por la Ley y sus disposiciones complementarias, así como por los pliegos de cláusulas administrativas en lo que no resulte éste válidamente derogado por las particulares del contrato. Las obras se ejecutarán con sujeción estricta a lo estipulado en el contrato y a las instrucciones que sobre su interpretación diere por escrito el facultativo de la Administración al contratista, quien deberá cumplir los plazos parciales y el general fijados. Determina, además la Ley, los efectos de la mora del contratista y demora del pago por la Administración, y acepta el principio de ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista, el cual no tendrá derecho a indemnización sino en los casos de fuerza mayor que se especifican. Respecto al *ius variandi* se dispone que la Administración podrá acordar la suspensión temporal de las obras abonando al contratista, si excediere de seis meses, los daños y perjuicios que efectivamente sufiere e introducir en el proyecto modificaciones que produzcan aumento, reducción y aun supresión de las unidades de obra marcadas en el mismo y a sustituir una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea de las comprendidas en la contrata.

El contrato se extinguirá por resolución y por conclusión o cumplimiento del mismo. Enumera la Ley las causas de resolución y sus efectos cuando ésta sea por culpa del contratista como o consecuencia de actos de la Administración. Afectan al *ius variandi* como causas de resolución, las modificaciones del proyecto que alteren el precio del contrato en más o menos del 20 por 100 de su importe, la suspensión definitiva de las obras y la suspensión temporal por más de un año acordadas por la Administración. En cuanto al cumplimiento

del contrato se dictan normas sobre la recepción provisional y definitiva y sobre ruina de la construcción por vicios ocultos de la misma.

Se regula por primera vez la cesión del contrato y del subcontrato y se enumeran los casos en que las obras podrán ser ejecutadas por la propia Administración.

4. La regulación con carácter unitario del contrato de gestión de servicios públicos constituye una innovación importante de la Ley. El servicio debe, para poder ser objeto de contrato, tener un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares y no implicar el ejercicio de poderes soberanos.

Los servicios no podrán ser contratados en régimen de monopolio, salvo autorización expresa de la Ley, y deberá fijarse la duración de la gestión y sus prórrogas, no pudiendo el plazo total exceder de noventa y nueve años. En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha del servicio de que se trate.

Las modalidades de la contratación son las siguientes: concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta; e irá precedida de la aprobación administrativa del proyecto de explotación y de las obras precisas, en su caso, de la redacción del pliego de cláusulas de explotación a que haya de acomodarse el servicio en sus aspectos jurídico, económico y administrativo y de la tramitación del expediente de contratación.

La adjudicación será, ordinariamente, mediante el procedimiento de concurso, salvo en los casos en que se admita la contratación directa, y el contrato se formalizará en escritura pública cuando sea precisa su inscripción en un Registro público o exija la ejecución de obras o instalaciones por importe superior a quinientas mil pesetas y en los demás casos en documento administrativo, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda exigir, a su costa, la elevación a escritura pública.

La Ley fija, de acuerdo con la naturaleza del contrato, sus efectos, modificación, extinción y cesión, regulando especialmente los derechos de reversión y rescate del servicio por la Administración.

5. También la regulación, con carácter unitario, del contrato de suministro, constituye otra innovación de la Ley, la cual lo define como la compra de bienes muebles por la Administración en la que

concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes, de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el negocio por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración; 2.ª que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, y 3.ª que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deben ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración.

Las restantes adquisiciones de bienes muebles se regirán por la Ley del Patrimonio del Estado.

Deberá preceder al contrato la aprobación del pliego de bases del suministro y la tramitación del expediente de contratación, salvo si se trata de suministros menores que hayan de celebrarse en establecimientos comerciales abiertos al público en los que podrá sustituirse el pliego por una propuesta de adquisición razonada. Se considerarán suministros menores los que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro cuyo importe no exceda de 25.000 pesetas.

La adjudicación de estos contratos será, ordinariamente por el procedimiento de concurso, salvo los casos de contratación directa enumerados por la Ley. Los que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro se verificarán a través de la Junta de Compras radicada en cada Departamento ministerial, excepto si el Gobierno acuerda, en casos especiales, la creación de una Junta de Compras de carácter interministerial.

La formalización de este contrato ofrece las particularidades de que en las compras directas de suministros menores realizadas en establecimientos comerciales abiertos al público hará las veces de documento contractual la pertinente factura.

De acuerdo con la naturaleza del contrato, la Ley regula sus efectos esenciales y su modificación y extinción.

6. La clasificación y registro de los empresarios es la innovación más importante de la Ley y la que, una vez consolidada, se traducirá en una transformación fundamental de la contratación administrativa.

Mediante ella se lograrán garantías financieras y técnicas adecuadas a las obras que pueden confiarse a una empresa, aunque con

la inevitable limitación de la libertad de concurrencia. El Derecho comparado ofrece precedentes a esta reforma.

Con la indicada finalidad dispone la Ley que para contratar con el Estado la ejecución de una obra superior a cinco millones de pesetas, será requisito indispensable que el contratista haya obtenido previamente la correspondiente clasificación por el Ministro de Hacienda. También será precisa la previa clasificación cuando, siendo la obra a contratar inferior a cinco millones de pesetas, tenga el contratista adjudicados y en vigor contratos del Estado cuyo importe rebase la citada cifra. El límite de cinco millones podrá ser elevado o disminuido por disposición del Ministerio de Hacienda con arreglo a las exigencias de la coyuntura económica.

La clasificación de las empresas se hará con arreglo a sus características fundamentales y determinará la categoría de los contratos a cuya adjudicación pueden concurrir u optar por razón del objeto y cuantía de los mismos, pudiendo tener en cuenta además el total volumen de obra que puedan concertar para su simultánea ejecución.

Los acuerdos de clasificación se adoptarán por el Ministro de Hacienda, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en la que se constituirá una Comisión Clasificadora que, por delegación permanente de ella, entenderá en cuantos expedientes se relacionen con la clasificación de contratistas.

Las agrupaciones temporales de contratistas serán clasificadas mediante la acumulación de las características de cada uno de los asociados, expresadas en sus respectivas clasificaciones.

El Ministro de Hacienda, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y previa formación del expediente administrativo, con audiencia del interesado, podrá disponer de suspensión temporal de las clasificaciones acordadas o la anulación definitiva de las mismas.

Los acuerdos del Ministro de Hacienda sobre clasificación y sobre la revisión, suspensión o anulación de las mismas, podrán ser impugnadas en alzada ante el Consejo de Ministros y contra la decisión de éste habrá lugar a recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo.

La celebración de contratos por cuantía superior a cinco millones de pesetas que no estén clasificadas tendrá que ser autorizada por el Consejo de Ministros.

Las indicadas normas de clasificación podrán hacerse extensivas a los contratos de suministro por acuerdo del Gobierno.

En el Registro Oficial de Contratistas existente en el Ministerio de Industria serán inscritos los empresarios clasificados, debiendo consignarse en la inscripción la clasificación respectiva.

7. También crea la Ley en el Ministerio de Hacienda, bajo la dependencia directa de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, un Registro de Contratos que permite a la Administración un exacto conocimiento de los por ella celebrados, así como de las incidencias que origine su cumplimiento.

8. Constituye un precedente de las fianzas para asegurar la seriedad de las ofertas y el cumplimiento de los contratos de obras de Ley de 22 de diciembre de 1960, cuyos principios se acogen en el texto articulado.

La fianza provisional debe equivaler al 2 por 100 del presupuesto total de la obra y la definitiva al 4 por 100, pudiendo constituirse en metálico o títulos de la Deuda pública en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, admitiéndose también el afianzamiento mediante aval constituido en forma reglamentaria en la provisional y facultándose al Ministro de Hacienda para ampliar este medio de garantía cuando se trate de fianza definitiva.

En casos especiales los Jefes de los Departamentos ministeriales podrán establecer una fianza complementaria de hasta un 6 por 100, en metálico, títulos de la Deuda, o mediante aval.

El Gobierno podrá acordar con carácter general, para los contratos de obras en que concurren determinadas circunstancias la constitución de garantías especiales mediante retenciones en las certificaciones de obras en una cuantía proporcional al importe de las mismas y que no podrá exceder en ningún caso de su 10 por 100.

Lo dispuesto sobre fianzas y demás garantías para los contratos de obras se aplicará a los de gestión de servicios y suministros, con las modificaciones exigidas por la naturaleza de los mismos.

9. Las principales disposiciones finales de la Ley son las siguientes: Entrará en vigor el 1 de junio de 1965, siendo de aplicación a los contratos que se preparen por la Administración con posterioridad a esa fecha, quedando expresamente derogados el capítulo V de

la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, reformado por la Ley de 20 de diciembre de 1952 y la Ley de Fianzas de 20 de diciembre de 1960.

Será de aplicación, con ciertas especialidades, a los Organismos autónomos regulados por la Ley de 26 de diciembre de 1958.

Las normas que establecen la necesidad de previa clasificación de los contratistas serán exigibles transcurrido un año de la entrada en vigor de la Ley, pudiendo el Gobierno prorrogar dicho plazo.

10. La Ley 31/65 de 4 de mayo establece las retribuciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, distinguiendo entre funcionarios de carrera y de empleo.

No se incluyen en el ámbito de aplicación de la Ley, entre otros, los funcionarios de la Administración de Justicia, pero el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda, previa iniciativa de los Ministerios de Justicia y Trabajo, remitirá a las Cortes los correspondientes proyectos de Ley sobre retribución de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia que dependan administrativamente de cada uno de ellos, que se acomoden en lo posible al criterio de la Ley general y que recojan especialidades propias de su función. En su virtud quedan vigentes las equiparaciones a funcionarios de la Administración de Justicia que resultan de la Ley y Reglamento Hipotecario.

El sueldo de cada funcionario de carrera resultará de la aplicación al sueldo base del coeficiente multiplicador que corresponda al Cuerpo a que pertenezca. Se fija el sueldo base en 36.000 pesetas anuales y se establece un cuadro de coeficientes multiplicadores del 1 al 5,5. También tendrán derecho a un incremento sucesivo del 7 por 100 del sueldo personal inicial en el Cuerpo o plantilla a que pertenezcan por cada tres años de servicios efectivos prestados a la Administración Civil del Estado, desempeñando plaza o destino en propiedad. Percibirán, asimismo, dos pagas extraordinarias en cuantía igual cada una de ellas a una mensualidad del sueldo y trienios.

El régimen de los complementos de sueldo, gratificaciones e incentivos, con la cuantía global que figura en los Presupuestos Generales del Estado, se fijará por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y a iniciativa de los Ministerios interesados,

previo informe de la Comisión Superior de Personal, atendiendo a las circunstancias de cada caso.

El Gobierno por Decreto, a propuesta del Ministro de Hacienda y previo informe de la Comisión Superior de Personal, regulará el complemento familiar, pudiendo incrementar hasta un ciento por ciento las prestaciones de Ayuda Familiar, en su cuantía máxima actual, conceder un complemento especial a los funcionarios con hijos subnormales, inválidos o ciegos e introducir las modificaciones que estimen necesarias. No habrá diferencia, por este concepto, entre las retribuciones que perciban los subalternos y los demás funcionarios.

El sueldo, los complementos de destino, de dedicación especial y los incentivos corresponderán a una jornada de trabajo, que a estos solos efectos se fija en cuarenta y dos horas semanales. Ciertas retribuciones se reducirán en los casos en que los funcionarios prestaren servicio durante una jornada menor a dichas cuarenta y dos horas.

Respecto a los funcionarios de empleo, si son interinos percibirán el sueldo y las pagas extraordinarias del Cuerpo de que ocupen vacante, y si son eventuales, sus retribuciones se fijarán por el Ministro de Hacienda, a propuesta de los Ministros interesados, previo informe de la Comisión Superior de Personal y no podrán rebasar los límites de los créditos globales autorizados a tal fin. Los interinos tendrán también derecho a complementos de sueldo, indemnizaciones, gratificaciones e incentivos cuando legalmente procedan y en la cuantía que determine el Ministro de Hacienda a propuesta de los Ministros interesados y previo informe de la Comisión Superior de Personal.

El régimen de retribuciones establecidas en la Ley se aplicará fraccionariamente durante cuatro años sucesivos, contados a partir del momento de su entrada en vigor.

Innovación importante de la Ley consiste en disponer que las tasas y exacciones parafiscales y todos los ingresos extrapresupuestarios, con las excepciones que detalla, ingresarán directamente en el Tesoro y figurarán como ingresos públicos en los Presupuestos Generales del Estado.

También dicta normas para no alterar, salvo causa justificada,

las situaciones presentes, mediante la creación de un complemento especial de sueldo.

El Decreto 1.427/65 de 28 de mayo ha asignado los coeficientes multiplicadores de los distintos Cuerpos de funcionarios, figurando el Cuerpo facultativo de la Dirección General de los Registros y del Notariado con el coeficiente cinco.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

PRIMERO.—NO ES PRECISO QUE SE JUSTIFIQUE DOCUMENTALMENTE LA REPRESENTACIÓN DE UNA MENOR DE EDAD POR SU MADRE NATURAL SI AL NOTARIO AUTORIZANTE LE CONSTA EL HECHO POR NOTORIEDAD, PUES LA REPRESENTACIÓN EMANA DE LA LEY; PERO COMO, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO CIVIL, NO SE TIENE POR LOS PADRES LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS NATURALES SI NO SE HA PRESTADO LA FIANZA CORRESPONDIENTE, NO ES SUFICIENTE AL RESPECTO LA ASEVERACIÓN GENERAL HECHA POR EL FEDATARIO, QUE DEBE EXTREMAR SU CELO Y HACER CONSTAR EXPRESAMENTE EL CUMPLIMIENTO DE ESTA FORMALIDAD DE GARANTÍA.

SEGUNDO.—REFIRIÉNDOSE EXCLUSIVAMENTE EL ARTÍCULO 164 DEL CITADO CÓDIGO A LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DE INMUEBLES Y TENIENDO LAS PARTICIPACIONES SOCIALES NATURALEZA DE MUEBLES, COMO TODO TÍTULO-VALOR, NO SE PRECISA LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA CESIÓN DE ÉSTAS.

TERCERO.—AUNQUE LA ESCRITURA PÚBLICA SE REFIERA—Y RATIFICA—A LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES OPERADA EN UN DOCUMENTO PRIVADO, COMO CONCURREN EN AQUÉLLA TODOS LOS ELEMENTOS ESENCIALES PARA SU VALIDEZ, SU CONTENIDO ES EL QUE HA DE TENERSE EN CUENTA A LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

CUARTO.—LA OMISIÓN DE NOTIFICACIÓN A LA SOCIEDAD DE NUEVOS SOCIOS, SI BIEN DE RIGUROSO CUMPLIMIENTO, IMPEDIRÁ QUE ÉSTOS PRE-

TENDAN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS QUE LES CORRESPONDAN COMO TALES, PERO SIN RIESGO ALGUNO DE NULIDAD DE LOS ACTOS O ACUERDOS YA TOMADOS CON SU CONSENTIDA INTERVENCIÓN.

Resolución de 2 de marzo de 1965 («B. O.» de 16 de marzo).

Don Alfredo Toraño García, don Fernando Fernández Menéndez, don Marcelino Suárez Moris y doña Fresdesvinda Moris Alvarez, en representación de su hija menor de edad doña María del Carmen Suárez Moris, suscribieron el 7 de febrero de 1963 un documento privado en el que consta lo siguiente:

«Primera. Que por escritura pública, que pasó a fe del Notario de Gijón don Tomás Albi Agero, los señores Toraño García y Fernández Menéndez, en unión de don Marcelino Suárez Alvarez, constituyeron una Sociedad mercantil nombrada «Destilería La Estrella, S. L.», el 28 de junio de 1965, bajo el número 1.183 de su protocolo corriente de instrumentos públicos, y que generó la inscripción 4 del tomo 29 de Sociedades, folio 178 de 28 de julio del propio año.

Segunda. Que por la cláusula octava del mencionado documento se estableció que al fallecimiento de alguno de los socios señores Toraño García y Suárez Alvarez, don Marcelino, no se disolvería la Sociedad, sino que continuaría con los herederos del fallecido legalmente representados por una sola persona, pero durante el plazo de tres meses el sobreviviente podrá separarlos, según se previno en la cláusula sexta, o sea sirviendo de precio, de no pedir otro más bajo, el de su valor nominal, aumentado con la parte proporcional de reservas que hubiere según el último balance.

Tercera. Que fallecido el socio don Marcelino Suárez Alvarez y por usar el señor Toraño García del derecho que a liquidar a los herederos de aquél le asiste, han convenido llevar a efecto la liquidación en las condiciones siguientes:

a) El precio a pagar será de 400.000 pesetas como saldo total y absoluto de todos los derechos que corresponda a los herederos hasta el día de hoy.

b) El pago se hará a razón de 50.000 pesetas anuales, devengando los sumas diferidas el 6 por 100 de interés anual, pagaderos éstos mensualmente.

c) Los deudores podrán saldar la totalidad de la deuda en cualquier tiempo, abonando el total de la suma aplazada y pendiente, los intereses corridos hasta dicho día y un mes más en concepto de indemnización.

d) La cesión se efectúa en favor de los dos socios supervivientes por iguales partes, quedando obligados solidariamente al cumplimiento de la obligación.

Cuarta. Don Marcelino Suárez Alvarez falleció intestado sin ascendientes y dejando a los dos hijos aquí mencionados don Marcelino y doña María del Carmen Suárez Moris, a quienes corresponde la herencia de aquél por iguales partes; que por escritura pública otorgada en Gijón el 2 de julio de 1964 ante el Notario recurrente, las citadas personas, comparecientes en ella, «ratifican el documento privado transcrito en la cláusula precedente, señalando como precio definitivo de la transmisión en él convenida la cantidad que en él se indica de 400.000 pesetas, a pagar como en el mismo se consigna»; y que en la referida escritura se agrega que «el número de participaciones sociales del don Marcelino objeto de dicha transmisión es de 24, de las que—por consiguiente—corresponden 12 a cada uno de los socios supervivientes, don Alfredo Toraño García y don Fernando Fernández Menéndez; el valor de cada participación social es de 1.000 pesetas».

Presentada en el Registro Mercantil de Oviedo primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por contener los siguientes defectos que juzgo subsanables:

Primero. No se prueba el fallecimiento del socio ni la fecha en que acaeció, ya que ésta ha de servir para computar el plazo de tres meses concedidos por la cláusula octava de los Estatutos al superviviente para ejercitar el derecho allí estipulado.

Segundo. Dicen que Marcelino y María del Carmen Suárez Moris son herederos intestados del finado don Marcelino y correspon-

derles la herencia por iguales partes, sin que se justifique documentalmente ninguno de estos extremos.

Tercero. Fresdesvinda Moris Alvarez representa a su hija natural, menor de edad, extremo que no justifica ni aporta autorización judicial por tratarse de bienes de una menor para realizar la cesión.

Cuarto. La transmisión de las participaciones sociales ha de ser formalizada en escritura pública, y la que se relaciona se verificó en documento privado, cuyo documento privado no se acompaña ni se testimonia literalmente, ni se eleva a escritura pública, limitándose a ratificar únicamente la cláusula que se copia.

Quinto. No se justifica haber dado conocimiento a la Sociedad de la adquisición de las participaciones sociales. Sin que se tome anotación preventiva, por no haber sido solicitada».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura de ratificación de acuerdo convenido en documento privado por el que se transmiten participaciones sociales, que lo es el de Gijón don José Ramón Penzol Lavandera, contra los tres últimos defectos de la nota de calificación, la Dirección confirma el tercero (o primero de los recurridos) en su primera parte, revocando los demás recurridos, mediante la interesante doctrina siguiente:

Que por no haber el Notario autorizante recurrido de los dos primeros defectos de la nota, las cuestiones a resolver se reducen a:

Primero. Si es necesario que la representación legal de una hija menor de edad por la madre natural se justifique documentalmente.

Segundo. Si para la transmisión de las participaciones sociales que corresponden a dicha hija se requiere autorización judicial.

Tercero. Si la escritura de ratificación del documento privado de cesión vulnera el artículo 20 de la Ley, que exige escritura pública para la transmisión de participaciones sociales; y

Cuarto. Si se debió dar conocimiento a la Sociedad de la adquisición de participaciones sociales realizada por los otros dos socios.

Que, con arreglo al artículo 164 del Reglamento Notarial, cuando uno de los otorgantes intervenga en nombre de otro, se reseñará

el documento del que surge la representación, salvo cuando ésta mane de la Ley, en que no será preciso que se justifique si le consta por notoriedad al autorizante, que es lo que ocurre en el presente caso, en el que el Notario expresa en la escritura el carácter con que interviene la compareciente como representante de su hija natural reconocida, y suple bajo su fe la necesidad de aportar la documentación justificativa de la relación materno-filial; mas como quiera que, con arreglo al artículo 166 del Código civil, no se tiene por los padres la administración de los bienes de los hijos naturales si no se ha prestado la fianza correspondiente, no es suficiente la aseveración general hecha por el Notario, quien, por estar obligado a velar por el cumplimiento de todas las formalidades legales, debe extremar su cuidado y celo y hacer constar expresamente el cumplimiento de esta formalidad de garantía.

Que la autorización judicial que exige el artículo 164 del Código civil se refiere exclusivamente a los supuestos en que se realice una transmisión de bienes inmuebles, circunstancia que no concurre en el presente caso, que trata de la cesión de participaciones sociales, las cuales, como todo título-valor, tienen el carácter de bien mueble, sin que el hecho de que las posibles instalaciones propiedad de la Compañía sean inmuebles afecte a la cuestión debatida, por tener la Sociedad una personalidad jurídica independiente de la de los socios, y las participaciones sociales de éstos, incorporadas al título, lo son en la cifra capital y no, por lo menos inmediatamente, en el patrimonio de aquélla.

Que en la escritura debatida se ratifica por las partes la transmisión de participaciones sociales, contenida en un documento privado del que no se testimonian totalmente sus cláusulas, e independientemente de la relación que pueda haber entre el documento primario y el de ratificación—si hubo o no novación—, es indudable que con aquélla se ha operado una cesión en la que concurren todos los elementos esenciales para su validez, que se halla formalizada en escritura pública, según previene el último párrafo del artículo 20 de la Ley, y cuyo contenido es el que debe tenerse en cuenta exclusivamente para la inscripción en el Registro Mercantil.

Que el artículo 22 de la Ley establece que cuando, por cualquier título, se adquieran participaciones sociales habrá de comunicarse la adquisición a la Sociedad para que ésta tenga conocimiento no

sólo del nuevo socio, sino también del que ha dejado de serlo, formalidad que, en efecto, es obligado cumplir, aunque los cesionarios sean otros dos componentes de la misma—pues cabe que la administración no corresponda a los socios—; pero sin que la omisión de tal notificación tenga más alcance que aquel, riguroso, por cierto, que el mismo artículo 22 le confiere de que, hasta tanto no se realice aquélla, «no podrá» el nuevo socio «pretender el ejercicio de los derechos que le corresponden en la Sociedad», es decir, cabrá que ésta le desconozca antes de tenerla por tal y, por tanto, sin riesgo alguno de nulidad de los actos o acuerdos ya tomados con su consentida intervención, riesgo que, de existir, sí impondría estimar como defecto la no constancia de la repetida notificación.

* * *

Sólo unas someras observaciones. Sabemos que la patria potestad es un poder de protección. Poder de protección que mejor implica deberes de los padres para con los hijos. Por ello, el artículo 155 del Código civil, al enunciar su contenido, se refiere en primer—y fundamental—término a estos *deberes*, entre los que expresamente señala el de... «representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho».

También sabemos que esta patria potestad de los hijos naturales reconocidos es una patria potestad imperfecta en orden a las relaciones patrimoniales, comparada con la que recae sobre hijos legítimos y legitimados, dado que en ella no se concede a los padres el usufructo de los bienes de los hijos. Sólo tienen la administración si aseguran con fianza las resultas a satisfacción del Juez (artículo 166).

Pero, a nuestro juicio—modestísimo juicio—, esto nada tiene que ver con la «representación para aquellos actos—o acciones si se quiere—que hayan de redundar en provecho del hijo». Como dicen Colin y Capitant, «el derecho de usufructo legal tiene por reverso la *obligación* de administrar». En el sentir de la doctrina, si a los padres naturales se les ha privado del usufructo, es ante la prevención o temor de que la codicia o interés les impulse a reconocer.

Pero este no es el caso en cuestión. De los términos de la escri-

tura de constitución de Sociedad de 28 de marzo de 1955 se desprende claramente que fallecido un socio, los otros podrán separar a los herederos del sobreviviente. ¿Quién habría de representarlos en el «momento»? No es caso de nombramiento de defensor judicial, ni de tutor.

Aunque no del todo ajustada, puede alegarse jurisprudencia del Supremo aplicable por analogía a la cuestión. «Alegada falta de personalidad de la madre para representar a su hijo en un juicio ejecutivo por estar concursada, es manifiesto que *el mero derecho de representación* en juicio deriva para el padre o la madre con relación a su hijo del de la patria potestad, que no se puede entender mermado ni perjudicado por un concurso, siendo, como es, *en absoluto independiente de la administración de bienes...*», etc. (Sentencias de 28 de octubre de 1907 y 28 de noviembre de 1908). Y respecto a actos extrajudiciales, Orden de 12 de abril de 1937.

Para nuestro Centro Directivo en este caso de hijos naturales, «representación» y «administración», si no una misma cosa, se diría tan ensambladas, que sin la fe expresa notarial de hallarse cumplidas todas las formalidades legales respecto a la segunda, no puede operar la primera, o sea la representación. ¿No parece excesivo esto? Bien que se advierta al fedatario que vele por esta formalidad y aun que lo ponga en conocimiento del Juez del domicilio del menor; pero que sea obstáculo para que el documento se inscriba, repetimos, lo encontramos en extremo severo. Otra cosa sería negarle a la madre del hijo reconocido el poder administrar el peculio de éste, o sea lo adjudicado, sin esa prestación de fianza, de lo que cuidarían las autoridades judiciales.

Si—con todo respeto—nos hemos permitido discrepar del criterio de nuestro Ilustrado Centro en el primero de los Considerandos de la presente decisión, nos cumple, por el contrario, adherirnos a cuantos pronunciamientos hace respecto a los demás problemas que se le plantean, expresando nuestro particular elogio para el Considerando 3.º, basado en la notable sentencia (que se cita en los Vistos) de 28 de octubre de 1944, para cuyo conocimiento nos remitimos a la explanación que de la misma se hace en las páginas 938 y siguientes de la *Revista de Derecho Privado* de igual año, así como al excelente comentario que merece a su Redacción; sentencia que, por otra parte, es de justicia resaltar fué alegada y glosada con pre-

cisión en el Informe—cuya total lectura recomendamos—del Notario recurrente.

ARTÍCULO 747 DEL CÓDIGO CIVIL.—EL CARÁCTER NO IMPERATIVO DEL MISMO RESULTA FUNDADO NO SÓLO EN UNA INTERPRETACIÓN LITERAL DE SU CONTENIDO, SINO DE LA LÓGICA PARA ARMONIZARLO CON OTROS PRECEPTOS ESENCIALES, CUAL LOS 675, EL 763 Y EL 901, Y DE ACUERDO, ADEMÁS, CON LA DOCTRINA DE LOS TRATADISTAS Y DE LA DIRECCIÓN, Y PRINCIPALMENTE CON LAS CLÁUSULAS DEL TESTAMENTO DE LA CAUSANTE.

AUNQUE ESTANDO INSTITUÍDO UN SOLO HEREDERO, NO ES NECESARIO LA PREVIA PARTICIÓN DE BIENES, PUES BASTARÍA A DICHO HEREDERO, ÚNICO ADJUDICATARIO DE LA HERENCIA, SIN NADA QUE PARTIR, REALIZAR LA ENTREGA DE LOS BIENES LEGADOS, TRATÁNDOSE, SIN EMBARGO, EN EL CASO DEBATIDO, DE UN LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA DEL TERCIO DEL AS HEREDITARIO, ESTA COMÚN ATRIBUCIÓN INDETERMINADA DE BIENES, SI BIEN SEA POR DIFERENTE TÍTULO, Y LA AFINIDAD ENTRE AQUEL LEGADO Y LA HERENCIA, OBLIGA A QUE SE CONCRETE O MATERIALICE MEDIANTE PARTICIÓN EL CONTENIDO ECONÓMICO PARA FIJAR LA PARTE QUE CORRESPONDE A UNO Y OTRO, Y SIN QUE ESTO OBSTE A LAS AMPLÍSIMAS FACULTADES CONFERIDAS POR LA DIFUNTA AL ALBACEA, QUE PODRÁ EJERCITAR UNA VEZ SE HAYA DADO CUMPLIMIENTO A LA ANTERIOR EXIGENCIA Y SEÑALADO LOS BIENES QUE COMPONEN EL REPETIDO LEGADO.

EL PÁRROCO ESTÁ LEGITIMADO PARA ACEPTAR LA ENTREGA DE LEGADO HECHA POR EL ALBACEA, SIN MÁS OBLIGACIÓN QUE LA DE PONERLA EN CONOCIMIENTO DEL ORDINARIO, SEGÚN PRESCRIBE EL CANON 1.516.

LA OBLIGACIÓN ASUMIDA POR LA PARROQUIA DE DECIR MISAS Y SUFRAGIOS POR EL ALMA DE LA TESTADORA NO TIENE ACCESO AL REGISTRO, DADOS LOS TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 98 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 9.º DE SU REGLAMENTO.

Resolución de 8 de marzo de 1965 («B. O.» de 26 de igual mes).

Doña María de la Concepción Llopis Marzo falleció en Valencia el 8 de junio de 1959, bajo testamento abierto otorgado el 25 de abril de 1952, en el que legó un tercio de su herencia «para que se

emplee en sufragios por su alma y en obras de caridad, facultando y ordenando a su albacea testamentario para que deduzca de sus bienes este tercio y lo aplique a los fines indicados en la forma que estime conveniente» (cláusula tercera), instituyendo herederos de los otros dos tercios a su esposo como usufructuario (cláusula cuarta) y a los Padres Dominicos como nudo propietarios, con destino a becas para formar misioneros de la Orden (cláusula quinta). En el citado testamento nombró albacea universal contador-partidor al reverendo padre Emilio Sauras García, con prórroga de plazo legal, «por todo el tiempo que precise para dejar cumplida íntegra y extrajudicialmente la voluntad de la testadora», ordenándole expresamente que deduzca de sus bienes la tercera parte para dar cumplimiento a la tercera cláusula del testamento. Por escritura otorgada ante el Notario de Valencia don Rafael Bonet Galán el 3 de diciembre de 1959, don Gregorio Lluch Gallén, viudo, heredero usufructuario de la causante, y el reverendo padre Emilio Sauras García, albacea contador-partidor, se liquidó la sociedad conyugal y el caudal hereditario, acordándose, al amparo del artículo 839 del Código civil, capitalizar el usufructo del viudo y entregarle, en pago de su haber, determinados bienes, declarándose que «en virtud de esta especial forma de satisfacer la legítima del viudo, todos los restantes bienes de la herencia quedan liberados de la afección y responsabilidad que les impone el párrafo segundo del citado artículo y, por tanto, pertenecerán en pleno dominio a la sucesión de la causante. Entre tales bienes asignados a la herencia sin cargas ni gravámenes figura una casa alquería de recreo, sita en Alboraya e inscrita en el Registro de la Propiedad de Valencia Norte con el número 817. Y el 7 de junio de 1961 el albacea contador-partidor, reverendo padre Emilio Sauras García, otorgó ante el Notario de Valencia don Joaquín Sapena Tomás escritura mediante la cual entregó a la Parroquia de Alboraya, representada por su Cura párroco, la indicada finca, en cumplimiento de lo dispuesto por la causante en la cláusula tercera del testamento, obligándose el representante de la Parroquia adquirente a que en la misma «se digan misas y sufragios por el alma de doña María de la Concepción Llopis Marzo».

Presentada en el Registro de Valencia Norte primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «No realizada la inscripción de la finca descrita en la pre-

cedente escritura por entender que existen los defectos siguientes: 1.º No acompañarse documento alguno justificando la adjudicación de bienes necesaria para pago del legado del tercio hecho por la finada con cargo a su total patrimonio para ser empleado en sufragios de su alma y en obras de caridad, sin que se deduzca de la escritura que la finca entregada forma parte de las adjudicadas; 2.º Igualmente no se determina ni fija la cuantía de lo que habrá de invertirse en sufragios por el alma y en obras de caridad; 3.º La entrega de la finca como legado a la Parroquia de Alboraya, en dominio, inmovilizaría la transmisión de la misma; 4.º La Parroquia se obliga a decir misas y sufragios por el alma de la testadora, sin expresar número de unas y otros e implicando una carga piadosa adscrita a la finca, deberá mediar la intervención del Ordinario para su acepción por el Párroco».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura de entrega de legado, la Dirección, con revocación parcial del auto del Presidente de la Audiencia, que había confirmado en todas sus partes la nota del Registrador, estima el primero de los defectos señalados por éste, en méritos de la prudente y ajustada doctrina siguiente:

Que aun cuando el testamento es un acto personalísimo no se desvirtúa este carácter por el hecho de que el testador encomiende a una tercera persona la distribución de todos o parte de los bienes de la herencia, según establece el artículo 671 del Código civil en términos generales y el artículo 747, en el caso concreto de que el causante hubiese dispuesto para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, planteándose en este recurso, entre otras, la cuestión de si este último precepto tiene carácter impetrativo o si, por el contrario, sólo ha de aplicarse como supletorio en el supuesto de que el *de cujus* haya manifestado su voluntad en forma indeterminada y sin que el albacea haya recibido instrucciones concretas sobre el destino de los bienes.

Que el carácter no imperativo del contenido del mencionado artículo 747 resulta fundado no sólo en una interpretación literal del texto de dicho precepto, que expresa que se aplicará cuando el testador lo haga «indeterminadamente y sin especificar», sino tam-

bién de una interpretación lógica, pues de esta manera se compagina y armoniza con artículos tan fundamentales como el 675, que establece que la voluntad del testador es la ley de sucesión; el 763, que autoriza la libre disposición de los bienes, siempre que se dejen a salvo los derechos de los herederos forzosos, y el 901, que permite atribuir al albacea todas las facultades que le confiera el testador; y este mismo carácter le atribuyen los tratadistas de Derecho civil y la doctrina de este Centro, manifestada principalmente en las Resoluciones de 20 de abril de 1906 y 26 de enero de 1910, por lo que, dados los términos en que aparece redactado el testamento de doña María Llopis, y principalmente de las cláusulas tercera, quinta y sexta, hay que concluir que el albacea está facultado para ejecutar la voluntad de la difunta sin tener que someterse al reparto previsto en el artículo 747 entre Ordinario y Gobernador civil.

Que la segunda cuestión debatida hace referencia a si será necesaria la previa partición de la herencia con objeto de delimitar los bienes que corresponden al único heredero y los que han de atribuirse para el cumplimiento del legado establecido.

Que el artículo 885 del Código civil prohíbe que el legatario pueda ocupar por su propia autoridad la cosa legada, ya que deberá pedir su entrega al heredero o albacea que se halle autorizado para darla, por lo que como regla general, y siempre que esté instituido solamente un heredero, no será necesaria la previa partición de bienes, pues bastará a dicho heredero—único adjudicatario de la herencia y, por tanto, sin nada que partir—realizar la entrega de los bienes legados, pero en este caso concreto no hay que olvidar que se trata de un legado de parte alícuota del tercio del as hereditario, y que su régimen es distinto del legado de cosa específica—cualquiera que sea la posición doctrinal adoptada acerca de su naturaleza—por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes—aunque sea por diferente título—que obliga a que concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro y sin que esto obste a las amplísimas facultades que en la cláusula sexta del testamento confiere la difunta al albacea, que podrá ejercitarlas una vez se haya dado cumplimiento a la anterior exigencia y señalado los bienes

que componen el tercio dejado para sufragios por el alma y obras de caridad.

Que el artículo 38 del Código civil, tras de establecer en su primer párrafo que las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, declara en el párrafo segundo que la Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades, norma de carácter formal que remite al Concordato vigente de 27 de agosto de 1953, que en su artículo cuarto prescribe que el Estado español reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de adquirir de las Instituciones religiosas y en particular, entre otras, de las Parroquias, todo ello de acuerdo con las normas del Código de Derecho canónico, principalmente los cánones 1.495 y 1.499, por lo que hay que estimar en cuanto a este defecto que aparece legitimado el Párroco para aceptar en la escritura calificada la entrega de legado hecha por el albacea, sin mas obligación que la de ponerlo en conocimiento del Ordinario, según prescribe el canon 1.516.

En cuanto al último defecto, que al no tratarse de un derecho real, sino de una simple obligación personal, la asumida por la Parroquia de decir misas y sufragios por el alma de la testadora, no tiene acceso al Registro, dados los términos de los artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 9.º de su Reglamento, pues no se ha constituido ninguna carga o gravamen real que limite el pleno dominio de la finca transmitida.

* * *

Sólo una brevísimas apostilla a lo precedentemente expuesto. Y es que reconociendo la bondad del excelente informe del Notario recurrente (por lo que recomendamos su lectura), ¿por qué—sí como el mismo indica—«el viudo pudo haber exigido la concreación de los dos tercios de que era usufructuario para servirse de su derecho», con igual o mayor fundamento no se tiene en cuenta el de los herederos (nudo-propietarios) que podrían ver esfumados los suyos en una actuación parcial y sin freno—no probable, claro es—del albacea designado?

Deben consultarse las Resoluciones de 18 de diciembre de 1951, páginas 204 a 212, año 1952, de esta REVISTA, y la de 30 de junio de 1956, págs. 243 a 255, año 1957, de la misma.

REGISTRO MERCANTIL.—ESCRITURA DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA Y NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR:

PRIMERO.—EL HECHO DE NOMBRAR UN SOLO LIQUIDADOR NO CONTRADICE EL ARTÍCULO 156 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.—CONSTANDO, POR OTRA PARTE, LOS DATOS ESENCIALES DE SUS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES, ASEVERADOS BAJO FE NOTARIAL, SE ESTIMA CUMPLIDA LA EXIGENCIA DEL ARTÍCULO 142 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL, AUNQUE AQUÉLLAS NO APAREZCAN EN SU TOTALIDAD EN LA CERTIFICACIÓN DE ACUERDO TOMADO EN JUNTA GENERAL POR LA SOCIEDAD.

SEGUNDO.—LA PUBLICACIÓN DEL ACUERDO DE DISOLUCIÓN EN EL «BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO» Y PERIÓDICO DIARIO DE LA LOCALIDAD, COMO COMPLEMENTO DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL, ES EXIGENCIA AL MARGEN DE LA CALIFICACIÓN, ASÍ COMO LA CONFECCIÓN DEL INVENTARIO Y BALANCE QUE EL LIQUIDADOR O LIQUIDADORES HAN DE REALIZAR UNA VEZ ACEPTADO EL ENCARGO, POR LO QUE ES ACTO POSTERIOR AL DE LA ESCRITURA DE ACEPTACIÓN DE SU NOMBRAMIENTO Y SUBSIGUIENTE INSCRIPCIÓN.

TERCERO.—AL VERIFICAR UNA LEGITIMACIÓN DE FIRMA EL NOTARIO, ES INDIFFERENTE QUE ÉSTA SEA LEGIBLE O ILEGIBLE, PUES LO ESENCIAL ES QUE A AQUÉL LE CONSTE SU AUTENTICIDAD, SEGÚN ORDENAN LOS ARTÍCULOS 256 Y 257 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.

CUARTO.—NO ES EL COMPARECIENTE QUIEN SE NOMBRA A SÍ MISMO LIQUIDADOR, SINO QUE TAL NOMBRAMIENTO HA SIDO HECHO POR LA SOCIEDAD EN LA SESIÓN DE LA JUNTA GENERAL, POR LO QUE NO HAY OBSTÁCULOS A QUE AQUÉL COMPAREZCA CON SU DOBLE CARÁCTER DE MERO EJECUTOR DEL ACUERDO SOCIAL Y A LA VEZ PARA ACEPTAR EL CARGO, PUES AL HALLARSE FACULTADO PARA LO PRIMERO NO SE ESTÁ ANTE UN SUPUESTO DE AUTOCONTRATACIÓN NO PERMITIDA.

Resolución de 15 de marzo de 1965 («B. O.» de 31 de igual mes).

Por escritura autorizada en Gijón el 15 de octubre de 1964 ante el Notario recurrente «Don José Luis Fernández Nespral y García-Jover, mayor de edad, casado, Abogado, vecino de Gijón (Marqués de San Esteban, 16), con Documento Nacional de Identidad número 10.624.187, de 7 de agosto de 1963», en representación de «Carbo-

nes de la Piquera, S. A.», declaró disuelta la citada Sociedad, nombrándose Liquidador al mismo compareciente, «cuyas circunstancias resultan de la escritura, español, el cual acepta el cargo», todo ello en ejecución de acuerdo tomado en Junta general celebrada el 11 de julio anterior, según certificación que acompañó y quedó unida a la escritura, expedida por el Secretario de la Sociedad, con el visto bueno del Presidente, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de los Estatutos que forman parte de la escritura de constitución de la referida Sociedad. En dicha certificación consta que a la reunión concurrieron «más de las dos terceras partes del capital desembolsado y por unanimidad se tomó el siguiente acuerdo: Disolución de la Sociedad, nombrando Liquidador a don José Luis Fernández-Nespral y García-Jover, que se halla presente y acepta el cargo, autorizándose al mismo don ... para otorgar la correspondiente escritura».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «No verificada operación alguna respecto a la escritura que antecede por contener los siguientes defectos: 1.º De la certificación del acta unida a la escritura no hay constancia de haber sido convocada la Junta extraordinaria por los Administradores; 2.º Que en la misma no se refleja el número de asistentes, carácter o representación de los mismos, número de acciones propias o ajenas, número de accionistas presentes y capital desembolsado de las acciones; 3.º Tampoco se dice si la Junta celebrada lo fué en primera o segunda convocatoria; 4.º No se expresan en ella las circunstancias personales, domicilio y nacionalidad del único Liquidador nombrado, que se suple en la escritura, pareciendo contradecir los preceptos legales que pluralizan el número de Liquidadores a nombrar; 5.º No hay constancia ni en el acta ni en la escritura de haber publicado en el *Boletín Oficial del Estado* ni en un periódico diario de Gijón el acuerdo de disolución de la Sociedad; 6.º No se acompaña el correspondiente balance a la fecha del acuerdo de la disolución; 7.º En la certificación del acta que se une aparece una firma «ilegible», no obstante ello, el Notario legitima las firmas y rúbricas de los señores Secretario y Presidente, que la autorizan; 8.º Se nombra el compareciente a sí mismo Liquidador único de la Sociedad «Carbones de la Piquera, S. A.», disuelta».

Interpuesto recurso por don José Román Penzol, Notario autorizante de la escritura, contra los cinco últimos defectos atribuidos al documento, la Dirección revoca en cuanto a ellos la nota del Registrador, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que del extenso número de defectos señalados en la nota de calificación no se ha interpuesto recurso contra los tres primeros, fundamentales para la resolución del expediente, por lo que sólo cabe dilucidar las restantes cuestiones—comprendidas en los números cuatro a ocho—, que tienen en general una entidad mucho menor, y alguna, como la que entraña el defecto de la no expresión de la totalidad de las circunstancias personales del Liquidador en la certificación expedida, aparece ya salvada en la misma escritura calificada al quedar los datos esenciales aseverados bajo la fe notarial, por lo que hay que estimar cumplida la exigencia del artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil.

Que el hecho de nombrar un solo Liquidador no contradice el artículo 156 de la Ley de Sociedades Anónimas, que prescribe que el número de los mismos habrá de ser siempre impar, pues la unidad se encuentra comprendida dentro de esta categoría matemática, antes cumple la prevención legal de evitar posibles empates en los acuerdos, y se acomoda tanto al precepto de los Estatutos sociales, los cuales expresan que «la Junta designará al Liquidador o Liquidadores», como a las necesidades reales de una Compañía de pocos socios o de tipo familiar, en donde la disolución y liquidación no presentan los problemas ni el número de operaciones a realizar que en las grandes Sociedades.

En cuanto al defecto quinto que el artículo 153 de la Ley establece que el acuerdo de disolución inscrito en el Registro Mercantil se publique además en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social, como un complemento de la publicidad registral, sin que, por tanto, el funcionario calificador pueda pedir su constancia en el acta o escritura de disolución, por tratarse de una exigencia al margen de su calificación, que puede tener lugar después, y que tendría su sanción en caso de incumplimiento por el cauce adecuado—la responsabilidad de los Administradores, con arreglo al artículo 79—, y otro tanto cabe decir en cuanto al defecto sexto, ya que la confección del in-

ventario y balance inicial es el primer acto que el Liquidador o Liquidadores han de realizar una vez aceptado el cargo, por lo que es acto posterior al de la escritura de aceptación de su nombramiento y subsiguiente inscripción.

En cuanto al defecto séptimo que la firma, como representación del nombre, apellidos o título de una persona, que la pone como roboración o rúbrica al pie de un documento para obligarse a lo que en él se diga, según la definición de la Real Academia Española, puede ser legitimada por el Notario siempre que le conste de modo indudable su autenticidad, según ordenan los artículos 256 y 257 del Reglamento Notarial, bien por conocimiento directo o por su identidad con otras indubitadas, siendo indiferente que sea legible o ilegible, pues lo que se asegura es la correspondencia de la grafía o rúbrica empleada con la de su autor, por lo que no procede apreciar este defecto, dado que el fedatario testimonia en la escritura la legitimidad de las firmas del Secretario y Presidente que figuran en la certificación incorporada a la matriz.

Por último, que no es el compareciente quien se nombra a sí mismo Liquidador, sino que tal nombramiento ha sido hecho por la Sociedad en la sesión de la Junta general, cuya convocatoria y requisitos de asistencia no aparecen reflejados en la certificación del acta presentada—lo que ha dado lugar a los tres primeros defectos de la nota de la escritura calificada, en los cuales no cabe entrar por no haber sido objeto de debate—, sin que haya obstáculos a que aquél comparezca con su doble carácter de mero ejecutor del acuerdo social y a la vez para aceptar el cargo, pues al hallarse facultado para lo primero no se está ante un supuesto de autocontratación no permitida.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

II.—PROPIEDAD.

SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1965—*Competencia de la jurisdicción civil y de lo contencioso-administrativo. Aguas. Pozo artesiano nuevo que disminuye el caudal de una fuente. Alcance del principio «nadie puede ir contra sus propios actos». Prescripción de acciones. «Reformatio in pejus».*

Cierta comunidad de regantes demandó al Ayuntamiento de La Nucia porque las aguas de la fuente «Rovira» se habían mermado al construirse y explotarse un pozo artesiano abierto para el abastecimiento de la población de La Nucia.

La sentencia de la Audiencia condenó al Ayuntamiento a destruir o clausurar el pozo.

Como se había planteado la cuestión de incompetencia de jurisdicción, el Tribunal Supremo comienza estudiándola y razona así:

Que la nota distintiva del denominado «acto administrativo» viene dada por la concurrencia de dos elementos característicos: uno de índole subjetiva—que emana de un órgano de la Administración—, y otro de naturaleza objetiva—que su normatividad se halle reglada en la norma especial del Derecho—; y así perfilada su acción permite que dentro del concepto genérico «actos de la Administración» se distingan y diferencien como específicos determinados actos—los administrativos—, pues aparte de que no existe identidad entre ambos conceptos, la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 al delimitar en su artículo primero el ámbito de tal jurisdicción, le atribuye el conocimiento de «las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo...», excluyendo en su artículo segundo las cuestiones de índole civil, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción ordinaria.

Que examinado el contenido y naturaleza de las pretensiones deducidas por la Comunidad de Regantes recurrida frente al Ayuntamiento de La Nucia, se ofrece como evidente que aquélla no impugna ni combate ninguno de los actos de carácter administrativo desarrollados por el Ayuntamiento para llevar, como llevó a efecto, el abastecimiento de aguas a la población, pues lo postulado en la demanda no fué otra cosa que su pronunciamiento declarativo de que las

aguas de la fuente o manantial de «Rovira» pertenecen a dicha comunidad, y que con la construcción y funcionamiento del pozo artesiano instalado por el Ayuntamiento en el «Pozo Posada» para abastecer de agua al pueblo, se ha mermado el caudal de aquella fuente o manantial distrayendo sus aguas con el consiguiente perjuicio para los regantes, pretensiones que parten de un supuesto de lesión de derechos de carácter civil de las que incumbe conocer a la jurisdicción ordinaria, pues el artículo 403 del texto refundido de la Ley de Régimen Local establece que contra los actos o acuerdos de las Corporaciones locales que lesionen derechos de carácter civil podrán los interesados ejercitar las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria, y los 254 y 256 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, también atribuyen a esta jurisdicción lo relativo al dominio de las aguas públicas y al dominio y posesión de las privadas, así como lo concerniente a daños y perjuicios ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad particular por la apertura de pozos artesianos y por la ejecución de obras subterráneas, todo lo cual conduce a la desestimación del primer motivo del recurso que al amparo del número 6.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa de incompetencia de esta jurisdicción para conocer del litigio, por entender que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que sea óbice para entenderlo así la circunstancia de que el «Pozo Posada» venga destinado al servicio público de abastecimiento de agua a la población ni tampoco el hecho de que los elementos integrantes de este servicio puedan ser de dominio público, pues a estos fines lo decisivo y fundamental es la naturaleza de las pretensiones deducidas y de los derechos lesionados.

Luego añade: Que en el tercer motivo del recurso, por la vía del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la violación del principio general de derecho «de que nadie puede ir contra sus propios actos», citando al efecto diversas sentencias de esta Sala, que proclaman dicho principio, y lo desarrolla sobre la base de que en 5 de diciembre de 1947 se expuso a información pública el proyecto de aprovechar las aguas del «Pozo Posada» para abastecimiento de la población como trámite previo a su realización, con oposición de la Comunidad de Regantes recurrida, oposición desestimada al aprobarse tal expediente por la Dirección General de Obras Hidráulicas de 25 de mayo de 1948, y que después, con ocasión de la información pública preceptiva, a tenor del artículo 43 de la Orden ministerial de 30 de agosto de 1940, no se formuló reclamación alguna por dicha comunidad ni por persona alguna, teniendo lugar la aprobación de dicho expediente con carácter definitivo por Resolución de la misma Dirección General de Obras Hidráulicas de 25 de agosto de 1949, con lo que, en tesis de la parte recurrente, le estaba vedada a la recurrida la reclamación que ahora formula en vía civil por impedirsele la doctrina relativa a los actos propios; pero ya esta Sala tiene declarado con reiteración, que la fuerza vinculante de los actos propios derivada del principio «contravinere actum proprium non valet» sólo entra en juego con eficacia jurídica cuando tales actos tienen por objeto crear, modificar o extinguir alguna relación obligacional sobre los hechos controvertidos—sentencias de 27 de julio de 1953, 27 de enero de 1959 y 27 de septiembre y 9 de noviembre de 1961—, o que por su carácter trascendental causen estado, o impliquen una verdadera y auténtica convención—sentencia de 7 de diciembre de 1896—, derivada de hecho de inequívoca significación—sentencias de 7 de octubre de 1952—, circunstancias que no concurren en el caso enjuiciado en razón a que los actos de la comunidad—oposición a la información previa y obtención en el expediente de informa-

ción pública—no ofrecen entidad suficiente para ser reputados como constitutivos de una renuncia al ejercicio de los derechos de la Comunidad de Regantes sobre las aguas de su propiedad, con mayor razón si se tiene en cuenta que solamente después de la puesta en servicio y funcionamiento del pozo artesiano era factible conocer la merma que ocasionaba en la fuente-manantial «Rovira», debiendo por todo ello ser desestimado dicho motivo tercero.

En el cuarto motivo del recurso, por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la interpretación errónea del artículo 411 de la Ley de Régimen Local, y la violación del artículo 101, número 2, letra c), apartado b), del 102, 183 y 184 de la misma Ley, así como el 344 del Código civil, de influjo según el recurrente en la excepción de prescripción que opuso al contestar la demanda y fué desestimada, argumentando el afecto que según el primer precepto invocado ninguna reclamación contra las entidades locales, a título de daños y perjuicios, será admitida gubernativamente pasado un año desde el hecho en que se funde el reclamante, quedando a éste durante otro año, el ejercicio de la acción judicial ante los Tribunales competentes, y de otra, que el servicio de abastecimiento de aguas merece la consideración de bien de dominio público a tenor de los preceptos que cita como violados. Sobre este tema es de señalar que una de las pretensiones formuladas en la demanda se refería a daños y perjuicios causados por el Ayuntamiento desde que por virtud de la instalación del pozo artesiano quedó mermado el caudal de la fuente «Rovira», cuya cuantía y valoración había de determinarse en ejecución de sentencia, pretensión que fué rechazada por la Audiencia aceptando los considerandos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, con base y fundamento en que no se estaba ante un supuesto de culpa extracontractual ni se había probado la realidad de los supuestos daños y perjuicios, si bien por otros fundamentos se condenó al Ayuntamiento a restituir a la comunidad demandante las diferencias de caudal de agua distraído y mermado desde el 24 de septiembre de 1958—fecha del emplazamiento—a fijar en período de ejecución de sentencia sobre las bases consignadas en el fallo; y centrándose en tales términos el problema controvertido es evidente que todo lo argumentado en el motivo acerca de la prescripción es intrascendente e inaplicable al caso, pues prescindiendo del mayor o menor acierto de los argumentos empleados por la Sala en el cuarto de los considerandos de su sentencia, en el séptimo razona adecuadamente sobre el particular; y cabe añadir ahora que en cualquier caso, dado que el perjuicio no se agota con el acto inicial, sino que por la naturaleza permanente de la actividad causal las mermas en el manantial «Rovira» a causa de la distracción de sus aguas se produce a lo largo del tiempo en que se viene extrayendo agua del «Pozo Posada», no puede sostenerse razonablemente que una sentencia que condena a la restitución de aguas que se distraigan con posterioridad a la presentación de la demanda, haya podido violar precepto alguno relativo a la prescripción de acciones, todo lo cual hace parecer el motivo que se examina.

Que como una faceta o manifestación del principio de la congruencia delimitado en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ofrece la figura de la «reformatio in pejus», que veda la agravación del fallo en perjuicio del apelante cuando su oponente no recurre ni se adhiere a la apelación, pero tal circunstancia no concurre en el caso presente, pues ambas partes apelaron la sentencia del Juez de Primera Instancia en términos generales y sin limitaciones, con lo cual se transfirió a la Sala el conocimiento íntegro y pleno de todas las cuestiones objeto de la litis—sentencias de 3 de noviembre de 1905. 27

de febrero de 1915, 25 de febrero de 1944, 11 de octubre de 1947 y 22 de febrero de 1949—; y como el pronunciamiento que se combate en el quinto motivo guarda perfecta adecuación con la pretensión primordial de la demanda, la congruencia entre lo pedido y lo otorgado es manifiesta, sin que a tal fin puedan atribuirse a efectos trascendentales a las manifestaciones que en el acto de la vista del recurso de apelación hiciera el abogado de la Comunidad de Regantes, las cuales, tal como se transcriban en el correspondiente resultando de la sentencia impugnada en esta vía de la casación, acusan una cierta anfibología al expresar «se diera lugar a la demanda, y, por tanto, se revocara la sentencia en el particular referente a la indemnización de daños y perjuicios que solicitó confirmando el resto», términos de los que no cabe inducir un desistimiento parcial, respecto del que, en todo caso, no está acreditado en autos se hiciera por quien tuviera facultades para ello, debiendo en su consecuencia desestimarse también este último motivo del recurso.

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1965—*Incongruencia. No es necesaria la tradición para la validez de un contrato en el que cada parte aporta un solar para que sobre ellos, colindantes, se levante un edificio que había de quedar de propiedad de ambos contratantes.*

La demanda inicial del proceso se apoya en que el actor y el demandado celebraron un contrato el 25 de junio de 1959 por el que ambos se asociaron para construir a sus expensas un edificio sobre solar del último, que quedaría propiedad de ambos. Como dicho demandado, una vez terminada la construcción, hizo declaración de obra nueva a su exclusivo nombre y así la inscribió en el Registro de la Propiedad, la demanda se encamina a que se declare la existencia de tal condominio, hechos que reconocen los demandados, pero excepcionan que el actor incumplió dicho convenio, cuya resolución solicitan al amparo del artículo 1.124 del Código civil, por lo que el problema litigioso quedó reducido, por voluntad de las partes y fijado en los escritos fundamentales del pleito, a determinar si el actor había incumplido el contrato dando motivos para su resolución, y si ésta, ejercitada por los demandados, era o no procedente.

La Sala sentenciadora, añade la sentencia del Tribunal Supremo, desviándose del problema expuesto, único que las partes sometieron a su conocimiento, deniega la acción ejercitada, basada en que, al no mediar la entrega o tradición de la parte indivisa reclamada, no ha acreditado el actor su cualidad de dueño de la misma siendo ésta falta de tradición la determinante de la absolución de la demanda, y contra dicho fallo se interpone el presente recurso, que en su motivo segundo, amparado en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia el vicio de incongruencia por inobservancia del artículo 359 de dicha Ley, al resolver cuestiones no planteadas ni discutidas en el pleito. Motivo que hay que acoger por existir una discrepancia radical entre lo resuelto y lo que ha sido objeto de debate, dado que las partes no discutieron la existencia de la tradición ni que ésta fuera necesaria para la eficacia del convenio por ellas concertadas, y si sólo su incumplimiento por el actor, por lo que al resolver el problema litigioso transmutándolo en otro distinto del

planteado, se incide en el defecto de incongruencia, vicio que por sí solo invalida la sentencia impugnada.

La apreciación de oficio de la inexistencia de tradición, sigue diciendo la sentencia del Tribunal Supremo, en que la misma es esencial para la adquisición del dominio, a tenor del artículo 609 del Código civil, y si bien es cierto que en nuestro Derecho se exige para la transmisión de la propiedad, no sólo la causa jurídica de la adquisición—denominada título—, sino la transferencia de la posesión o tradición, por basarse en la transmisión causal, también lo es que el ámbito de aplicación se limita a los contratos traslativos de dominio, y que ha de ir acompañada de otros requisitos, entre los que destacan la preexistencia del dominio y posesión en el *tradens* y la intención en las partes, de transmitir y adquirir (*causa tradicionis*) circunstancias que no pueden concurrir en el contrato que vincula a los litigantes. No es traslativo de dominio y si para construir un edificio, ni el supuesto *tradens* es el dueño de éste, al convenirse que se construye por ambos y a su costa, ni su posesión, en principio, es exclusiva de uno de ellos, sino de ambos, por lo que en tal convenio de edificación no puede existir tradición, y produce los efectos pactados a tenor del artículo 1.258 del Código civil. Por ello es inadecuada su apreciación de oficio en este caso, y como el defecto de incongruencia es suficiente por sí solo para casar la sentencia combatida, procede, sin necesidad de estudiar los restantes motivos, declarar haber lugar al recurso con los pronunciamientos del artículo 1.745 de la Ley procesal.

SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1965.—*Contrato preliminar o precontrato. Contrato de suministro. Error sustancial.*

Los litigantes tuvieron una reunión en la Delegación de Industria con asistencia del jefe superior, con el fin: a) De fijar las condiciones en que se habría de formalizar un contrato de suministro de energía eléctrica b) De establecer un convenio para la liquidación de los atrasos experimentados en el pago de facturas desde el 1 de enero de 1953 al 31 de agosto de 1957, pactándose en cuanto al apartado a), el formalizar en el plazo de treinta días un contrato de suministro por parte de las empresas vendedoras de energía a las empresas revendedoras, entre las que se hallaba el demandado, cuyo contrato había de ajustarse a las condiciones consignadas en el acta que se levantó y que comenzarían a regir el 1 de septiembre de 1957, obligándose a las empresas revendedoras a hacer efectivo el importe de las facturaciones mensuales dentro de los treinta días siguientes a la fecha de presentación de las facturas; y en cuanto a la cuestión b), que las empresas revendedoras harían efectivo el importe de los atrasos que reconocían, mediante el abono por su parte, mensualmente, de la veinticuatroava parte hasta su total liquidación.

Surgido el pleito por impago de ciertas facturas de las aludidas, la sentencia del Tribunal Supremo hace un minucioso estudio del precontrato en los términos siguientes:

Considerando que cuando dos o más personas convienen entre sí llegar en un tiempo futuro a la conclusión de un contrato determinado, existe un *pactum praeparatorium* o *pactum de contrahendo*, contrato preliminar u precontrato. «Vorvertrag», según los pandectistas alemanes, institución que ha sido desenvuelta por los modernos civilistas a partir de la sentencia de 9 de julio de 1940.

Considerando que el fin del contrato preliminar es una mayor seguridad del

contrato futuro en cuanto las partes, aplazando para un tiempo más remoto y quizá más oportuno, *gradu tardiori et praemeditatio*, la conclusión del contrato definitivo, disminuyendo la posibilidad de fraudes y de engaños.

Considerando que el contrato preliminar es un verdadero contrato, un contrato consensual «no regulado», esto es, «atípico», cuyo objeto es un «*facere*», y precisamente la formación de un contrato obligatorio, un «*contrahere*» futuro, teniendo como característica que la conclusión del contrato definitivo extingue a un tiempo la obligación que nace del contrato preliminar y crea una nueva.

Considerando que en el campo del Derecho comparado son pocas las legislaciones que fijan el concepto del contrato preliminar y determinan sus efectos, entre ellas el artículo 936 del Código civil austriaco y el 22 del Código suizo de las obligaciones, disponiendo este último que puede establecerse por contrato la obligación de concluir un contrato futuro, y que donde la Ley, para proteger a los contrayentes, prescriba una forma para la validez del contrato futuro, ésta vale también para el contrato preliminar, sancionando el artículo 1351 del Código civil italiano con la nulidad al contrato preliminar que no haya sido hecho en la misma forma que la Ley prescribe para el contrato definitivo, pudiendo admitirse en las legislaciones que no tienen ninguna norma sobre el contrato preliminar en general, como la española (salvo respecto a los arbitrajes de Derecho privado regulados en la Ley de 22 de diciembre de 1953), por el principio mismo de la libertad de contratar, y aplicándole en su regulación las normas generales de las obligaciones.

Considerando que no debe confundirse el contrato preliminar con la promesa unilateral del contratar (*pollicitatio de contrahendo*), ni con los simples tratos preliminares (*tractatus*), ni con la simple «minuta» (*Delineatio, ibreviatura, Punktation*), aunque haya casos en que los tratos preliminares o la minuta puedan asumir el carácter de contratos preliminares, ni menos debe confundirse con el contrato a término, ni con el contrato condicional, ni con los llamados *negotia claudicantis*, ni con los contratos bilaterales *si volet*, por tener la naturaleza jurídica de contratos definitivos.

Considerando que el contrato preliminar para existir y ser válido ha de reunir los requisitos necesarios para los contratos en general, siendo necesario que en él se indique la especie del futuro contrato definitivo, pero no que sean igualmente determinados todos los elementos específicos del contrato mismo, basando la posibilidad de su determinación ulterior.

Considerando que en aplicación de esta doctrina, la Ley de Arbitrajes de Derecho privado de 22 de diciembre 1953 ha establecido que las partes pueden preparar el arbitraje comprometiéndose previamente, bien en un pacto principal, bien en una estipulación accesorio, a instituirlo en su día (art. 6.º), no necesitando contener el contrato preliminar de arbitraje, ni la designación de los terceros que hayan de figurar como árbitros, ni del tema controvertido que se someterá a su decisión, aunque será preciso en todo caso una fijación, por lo menos de principio, de la relación jurídica singular a que haya de referirse el arbitraje, sin que sea válida la renuncia general a la acción judicial en relación con todos los derechos de una persona, y cuando el contrato preliminar de arbitraje contenga alguna indicación sobre la designación de los árbitros y determinación de la controversia, tal indicación habrá de acomodarse a las normas establecidas para el compromiso por dicha Ley (art. 8.º, apartados 1.º, 2.º y 3.º), pero en lo demás, el contrato preliminar de arbitraje no estará sujeto a los requisitos de capacidad, objeto y forma que para el compromiso se establecen

especialmente en esta Ley, sino a los generales que acerca de estas materias rigen en el Derecho privado de la contratación (art. 7.º).

Considerando que el contrato preliminar debe contener la determinación del plazo dentro del cual haya de concluirse el contrato definitivo, correspondiendo fijarla si no la contiene a la autoridad judicial, según las circunstancias extraídas de las expresiones usadas por los contratantes, sin que pueda sostenerse que la falta de término obligue a la estipulación inmediata del contrato definitivo, ni tampoco que ésta pueda prorrogarse indefinidamente.

Considerando que aun cuando algún sector de la doctrina científica rechaza la posibilidad de que puedan existir contratos preliminares de contratos definitivos consensuales, fundados los autores que tal propugnan en que siendo esencial en el contrato preliminar el acuerdo sobre todos los puntos del contrato principal, no difiere de éste, y cualquier denominación que se adopte, o no debe tener valor o debe producir los mismos efectos que el contrato principal tomado en consideración, estos argumentos no son decisivos, pues aparte de no ser necesaria la determinación de todos los elementos específicos del contrato mismo, quien asume la obligación de «querer» concluir sólo en lo futuro un contrato, diferencia que no es meramente abstracta, pues coincide con la distinción entre el acto presente y el acto futuro, independientemente de sus efectos.

Considerando que tampoco existe uniformidad en la doctrina científica en cuanto a los efectos que produce el contrato preliminar, pues mientras para algunos autores no produce más que una obligación de indemnizar daños y perjuicios, si la parte que se ha obligado al «contrahere» se niega a ello, porque *nemo ad factum praecise cegi potest*, otros, considerando que esta máxima sólo se refiere a los hechos que únicamente el obligado puede ejecutar, entienden que no es aplicable al «contrahere», que forma el contenido de un *pactum de contrahendo*, y que el obligado puede ser condenado por la sentencia a celebrar el contrato, y *volente debitore*, vale la sentencia como título para ejecutar el contrato principal como si hubiese sido concluido, no faltando, en fin, quienes afirman que aquel a cuyo favor es establecida la obligación, puede sin más pedir la ejecución del contrato principal, como si éste ya hubiese sido celebrado.

Considerando que aun cuando tampoco la jurisprudencia puede estimarse uniforme, no sólo por las singulares circunstancias de cada caso, sino por tratarse de materia que está muy lejos de haber logrado la unanimidad científica, si bien un autorizado sector de la opinión limita la eficacia del precontrato a la esfera de los contratos reales y formales, la sentencia de 16 de abril de 1941 claramente establece, apoyándose en la de 9 de julio de 1940, que el *pactum de contrahendo* o precontrato tiene por función esencial ligar las partes para la conclusión de un futuro contrato, y que si el contrato preliminar no ofrece elementos bastantes para llegar sin nuevo convenio a la efectividad de lo estipulado no puede obligarse al otorgamiento de la escritura del contrato principal, lo que viene a ser sustancialmente lo mismo que se declaró en la de 9 de julio de 1940, en la que se establece que al requerirse el nuevo consentimiento de las partes, éste no puede suplirse por el Juez, por ser acto personalísimo de los contratantes. Esta clara orientación aparece resueltamente sancionada por la sentencia de 21 de diciembre de 1955, que invocando las de 5 y 9 de julio de 1940, reconoce que la doctrina jurisprudencial busca la nota peculiar del precontrato en la indeterminación específica de los requisitos esenciales del convenio que los interesados quieren celebrar en definitiva, siendo preciso para lograr esta finalidad, el otorgamiento de un futuro contrato por el cual se completan los requisitos que en el primero quedaron indeterminados, y marcando

en la de 1 de julio de 1950 un nuevo cauce—se añade en la de 21 de diciembre de 1955—para distinguir el contrato preliminar del contrato definitivo, y declarando que «para la consumación de la promesa de contrato no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad, cuando ésta viene ya suficientemente expresada en el convenio originario» (sentencia de 2 de mayo de 1959).

Considerando que como ha declarado la sentencia de 2 de febrero de 1960, el contrato preparatorio, preliminar o precontrato, consiste en vincular a las partes en el mismo intervinientes para la conclusión de un contrato futuro, que no puede o no se quiso celebrar al tiempo de suscribir el documento privado. Por ello, tal contrato preliminar no se puede identificar con el que de celebración posterior ha de ser definitivo, ni engendra otra obligación que la de prestar a éste el consentimiento por quienes a ello se ligaron, una vez realizado lo pactado, incumplimiento que si se diera entonces, podía producir el efecto de un rescancimiento de perjuicios.

Considerando que en el caso de autos, declarado terminantemente que el Juzgador de instancia, que el convenio de 26 de octubre de 1957 no es un contrato preparatorio, porque el documento contiene los elementos esenciales y hasta accidentales que dan vida al contrato de suministro y su cumplimiento no se deja para otro momento posterior, sino que se fija en una fecha anterior, la de 1 de septiembre de 1957, y de hecho se empieza a cumplir con el tracto sucesivo e intermitente que caracteriza el contrato de suministro, entregando la sociedad actora la energía eléctrica convenida, y pagándola el demandado—hoy recurrente—desde septiembre de 1957 hasta abril de 1958, según las facturas que le eran presentadas a tenor del contrato, circunstancias que alejan la idea de provisionalidad propia del precontrato, puesto que no se supedita a un momento posterior la vida del mismo, por no haber podido o no haber querido celebrarlo entonces, sino sólo a la condición de tiempo—treinta días— pero no para viabilizarla, sino para establecer por separado con cada empresa contratante el contrato correspondiente, puesto que concurren tres a otorgar convenio con la actora (considerandos quinto del Juzgado y segundo de la Audiencia), no habiéndose intentado impugnar siquiera la calificación jurídica por la vía del número 7.º de 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil combatiendo la certeza de los hechos en que se funda, o por la del número 1.º del propio precepto procesal, con invocación de las reglas hermenéuticas que hubieren sido vulneradas, parece el motivo primero del recurso, que en ningún caso podría prosperar, pues los términos del convenio de 26 de octubre de 1957, aun prescindiendo del restante material probatorio en que descansa el fallo recurrido, comprenden, sin ningún género de duda, todos los elementos esenciales y complementarios del contrato de suministro con la voluntad definitiva de obligarse.

Considerando que el motivo cuarto, fundado en la interpretación errónea del artículo 1.265 del Código civil, omite la referencia precisa al artículo 1.266, que contempla los requisitos del error para que invalide el consentimiento; y en todo caso, está a cargo del que alega el error para obtener la anulabilidad del consentimiento prestado, la prueba de la esencialidad y reconocibilidad, habiendo declarado la jurisprudencia de esta Sala respecto al error esencial, que es el aquí invocado, que no se sustrae al imperio de las partes la determinación del concepto de sustancialidad objeto del error, sino que somete la base de hecho a esa determinación a la libre apreciación de las mismas, y queda convertida en una cuestión *de facto* de la soberana apreciación de los Tribunales de instancia (sentencias de 5 de marzo de 1960, 8 de mayo de 1962 y 30 de septiembre de 1963), que en el presente caso, después de un ponderado examen de

las alegaciones y pruebas practicadas y diligencia de prueba de libros de Comercio de la parte actora—que no ha sido impugnada por la vía adecuada—, estima las factorías completamente ajustadas a Derechos y correctas todas sus partidas, lo que provoca también la desestimación de este motivo y con él la del recurso en su totalidad.

SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1965.—*Novación extintiva y novación impropia o modificativa. La prórroga del plazo no constituye novación.*

Son afirmaciones interesantes de esta sentencia:

Que tanto la doctrina tradicional española como la jurisprudencia de esta Sala, reconocen, al interpretar el artículo 1.203 del Código civil, que éste admite, al lado de la figura tradicional de la novación extintiva, la modificación convencional de las obligaciones, integrantes de la llamada novación impropia o modificativa, produciendo la primera como principal efecto la extinción de la obligación primitiva, acompañada de la creación de otra nueva, mientras que la segunda se limita a la simple modificación del vínculo que perdura, aunque modificado, con nuevo contenido, y para que se produzca uno y otro es necesario que conste de una manera clara e inequívoca la voluntad de otorgarla, bien por manifestación expresa de dicha voluntad, o por exteriorización tácita, deducida sólo de la incompatibilidad entre las dos convenciones, cual dice el artículo 1.204 del Código civil. Y fuera de este caso, es doctrina constante de esta Sala, cuya notoriedad hace innecesaria su cita detallada, que la novación nunca se presume, porque supone una renuncia de derechos—hasta el punto que, más que modo de extinción de la obligación, lo es de modificación o transformación de ésta—, y esa renuncia ha de ser expresa y revelada, bien por términos inequívocos de la voluntad de las partes, o por la creación de otra obligación incompatible con la primera, voluntad que se ha de poner también de manifiesto en la novación modificativa, pues las condiciones se pactan por los contratantes y no por uno solo de ellos y el deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba prestación diferente de la pactada, ni, en las obligaciones de hacer, puede sustituirse un hecho por otro contra la voluntad del acreedor, cual prescribe el artículo 1.166 del Código civil, siendo también doctrina muy reiterada la que declara que las cuestiones relativas a la existencia de los hechos determinantes de la novación, son facultad propia y peculiar de la Sala sentenciadora, a cuyo criterio hay que estar en tanto no sea adecuadamente impugnado (sentencias de 9 de abril de 1957 y 26 de enero de 1961, entre otras muchas).

Que el presente recurso contiene en sus dos motivos que, al prorrogarse el plazo de terminación de las obras, hay que aceptar que también la hubo para el pago de las mensualidades pactadas, pero no se tiene en cuenta por el recurrente que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen declarado con reiteración que la simple prórroga del plazo no constituye novación, pues ello afecta a la ejecución de la obligación y no a su constitución, ni hay en tal supuesto clara incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación, que es la característica de la operación novatoria, ni en todo caso, al ser impuesta dicha prórroga por la exclusiva conveniencia del hoy recurrente, no puede ésta afectar a la forma de pago del precio, la que no puede alterarse sin un convenio expreso, por lo que el recurso ha de perecer, puesto que ni los dos recibos del pago de la mitad de lo estipulado acreditan la novación por sí mismos, ni se impugna la interpretación que de los mismos hace la Sala sentenciadora, ni, al ser esos

documentos los interpretados, gozan de autenticidad a efectos de casación, así como tampoco lo es la prueba testifical, y como ello lleva consigo la desestimación del motivo segundo, denunciador de error de hecho en la apreciación de la prueba, al quedar subsistente la declaración del Tribunal *a quo* de que no se convino el fraccionamiento del pago, decae por falta de base el motivo primero, lo que lleva consigo la desestimación del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1965.—*Derecho de «saca» de la Ley 6.ª, título XVII del Fuero de Vizcaya. Es requisito indispensable que el que lo ejercite tenga la condición personal de vizcaíno aforado.*

Se demandó la nulidad de cierta venta de un monte radicante en «tierra llana» de Vizcaya y que se declarase el derecho de la actora, como pariente tronquera, a «sacarla por sí», es decir, a adquirirla al precio fijado por hombres buenos o peritos, basándose en que, al venderse, no se habían hecho los llamamientos en la anteiglesia prevenidos en la Ley 1.ª, título VII del Fuero de Vizcaya.

La condición de pariente tronquera de la demandante no se puso en duda; pero sí su condición de vizcaína aforada. La sentencia recurrida sentó como hecho probado que la actora y su marido no residían habitualmente en Guecho, villa aforada, sino en Bilbao, villa no aforada.

Sobre tal premisa, el Tribunal Supremo confirma la sentencia que negó la nulidad pedida de la venta y consiguiente derecho de «saca».

Razonó así:

Que por derivar siempre la acción de un derecho, sólo puede ejercitarla, con éxito, quien, por radicar en él éste, se halla legitimado para pretenderlo y que así le sea reconocido, siendo indiferente que aquella se conceptúe como *actio in rem* o como *actio in personam*, ya tenga un fundamento real, sin otro linaje de consideraciones, ya se requiera una relación obligacional, pues en todo caso, quien insta ha de ser portador «legítimo» del derecho que postula.

Que los derechos que concede y obligaciones que impone el Fuero de Vizcaya—de pertinente aplicación al caso debatido—ha de entenderse—por ser postulado, cuya expresa declaración era innecesaria—que son peculiares de los vizcaínos aforados, quienes por tal carácter disfrutan de los primeros y por regla general, al cumplimiento de las segundas se hallan sujetos, pero sin que quienes no gocen de él, por estar sometidos a la legislación común, puedan conseguir el reconocimiento de derechos fundándose en una institución foral privilegiada; tesis que, mantenida por la sentencia impugnada, determinante, en atención a la cualidad de la actora y recurrente de la desestimación de su demanda, es combatida en el primer motivo del recurso que, amparado en el apartado inicial del artículo 1.692 de la Ley procesal, denuncia la violación de las Leyes 1.ª y 6.ª del título XVII del Fuero de Vizcaya, así como del artículo 10 del Código civil, cuyas vulneraciones le hacen incidir, a juicio de la recurrente, en la interpretación errónea de los 12, 13, 14, 15 y 16 del mismo Cuerpo legal substantivo; argumentando para sostener la opinión que el motivo desarrolla, de ser suficiente, en los supuestos de venta de bien troncal por vizcaíno que no hizo los llamamientos exigidos por la Ley 1.ª del título XVII del Fuero, la condición de pariente profinco, para poder «sacar» el bien vendido, aun cuando se carezca

de la condición de vizcaíno aforado, por entender que tal cualidad no es exigida por la Ley del repetido título.

Que en trance este Tribunal de interpretar el sentido y alcance de la Ley 6.^a del título XVII del Fuero de Vizcaya, bajo cuyo imperio tuvo lugar la enajenación que se interesa anular, forzoso es concluir que el derecho de «saca» que dicha Ley concede sólo corresponde a los vizcaínos aforados, y ello porque si ha de partirse, como tiene declarado la jurisprudencia—sentencia de 23 de febrero de 1882—, de que las Leyes restrictivas del derecho de disposición, del Fuero de Vizcaya, son de estricta interpretación, ni de su letra, ni del espíritu que informan las que gobiernan los derechos de troncalidad cabe inferir que puedan ejercitar el derecho de «saca» quienes no gocen de la «vizcainía». Si bien es cierto que la repetida Ley 6.^a establece que «si acaeciese que algún vizcaíno vende bienes raíces algunos de Vizcaya sin dar primero los dichos llamamientos en las anteiglesias, que en tal caso los hijos o parientes más profincos de aquella línea puedan sacar los tales bienes», bien se advierte que, relacionada con lo que dispone la 15 del título XX, tal derecho sólo lo tienen los vizcaínos aforados a quienes les afecta plenamente el Fuero y para quienes exclusivamente fué dictado—sentencia de 11 de octubre de 1962—. Pues aunque se admitiese que dicha Ley se refiere también al caso de venta realizada por vecino de villa «que no goce de los privilegios forales», pero que no obstante, en atención a la situación de la raíz enajenada, ha de observar, al disponer de ella, cuánto es exigido al vecino de la «tierra llana», y, por tanto, en las enajenaciones «deben ser admitidos los tronqueros profincos como y según se admiten a los bienes que poseen, venden y mandan los vizcaínos de la "tierra llana"», esta obligación sólo puede entenderse que beneficiaría y podría ser exigida por los vizcaínos aforados; cuya conclusión corrobora el análisis del último párrafo del artículo 10 del Código civil, que al acoger lo dispuesto en la Ley 15 del título XX emplea la conjunción «aunque», es decir, que aun en el supuesto de la máxima concesión, la de que a pesar de haber dejado de ser vizcaíno aforado quien enajene bien raíz sito en tierra llana ha de cumplir cuanto al Fuero dispone respecto a las «vendidas»; ello no implica que, si a este término de la relación jurídica exige el cumplimiento de unas determinadas formalidades al enajenar, en atención a los derechos de vizcaínos aforados, puedan ejercitar estos derechos quienes no tengan tal condición; interpretación que no permite la redacción del artículo 10 del Código substantivo, que, al «dejar sometido», sólo se refiere a obligaciones a cumplir, más no, a derechos a ejercitar, por quienes de habérselos querido conceder se hubiese empleado idéntica conjunción concesiva.

Que si el examen objetivo de las disposiciones que se tachan de infringidas conduce a la conclusión de que es necesaria la condición de vizcaíno aforado para el ejercicio de los derechos que el Fuero concede, a la misma se llega si se profundiza en el estudio del espíritu que informa el principio de troncalidad a que las Leyes 6.^a del título XVII y 15 del XX se refieren, cuyo fin no es otro, al vincular los bienes a la familia, que el de conservar un patrimonio que permita la continuación de la unidad orgánica de ella, dotada de adecuados medios económicos; no siendo defendible, en consecuencia, el criterio de mantener una institución cuando quien ejercita este derecho está sometido a la legislación común y por propia voluntad se ha desgajado del tronco familiar que las Leyes del Fuero tienden a conservar, propósito éste de continuidad familiar que inspira también a las que le antecedieron y seguido por la Compilación del Derecho civil de Vizcaya vigente, en su título VIII, que recuerda en su exposición esta *ratio legis* como justificadora del principio de troncalidad, cuya finalidad, por

no ser cumplida, si los preceptos que se denuncian como infringidos se interpretan, como defiende el motivo examinado, impiden, al no aceptar la tesis que en él se mantiene, que pueda prosperar.

En la actualidad, la enajenación de bienes troncales se rige por los artículos 51 a 59 de la Compilación. En el artículo 57 se lee: «Si la raíz troncal hubiere sido vendida sin previo llamamiento o mediando éste se efectuó bajo precio o condiciones distintas de las expresadas en el edicto, los parientes tronqueros "legitimados" para la adquisición podrán, en el plazo de un año a contar de la inscripción en el Registro de la Propiedad y, en otro caso, desde que tuvieron conocimiento de la venta, pedir judicialmente la nulidad de la misma y que se les adjudique la raíz vendida por su justa valoración, que será parcialmente establecida en el propio procedimiento y en la forma que se establece en el artículo siguientes.

La expresión «pariente tronquero», de rancio sabor foral, se ha adjetivado en el artículo copiado, con el calificativo (que hemos subrayado) de «legitimados», que es moderno, procesal principalmente, científico. Si es «pariente tronquero» de los del título II de la Compilación, ¿por qué no va a estar «legitimado»? ¿Ha querido aludir a ser «aforado»? ¿Parientes tronqueros aforados?

La sentencia que estudiamos habrá de tenerse presente siempre que se trate de ejercitar derechos nacidos de las legislaciones especiales forales.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1965.—*Frutos industriales y civiles. Diferencia de cotización de valores bursátiles. Plantación de chopos.*

El demandado se encargó de la administración de los bienes de la casa de los marqueses de A. con una retribución de 5.000 pesetas mensuales y el 2 por 100 de las utilidades líquidas de la hacienda administrada.

Cesado en dicha administración, fué demandado por los dueños pidiéndole determinada cantidad como consecuencia de ella.

El demandado formuló reconvencción y el problema que, en definitiva, ha contemplado el Tribunal Supremo es: Si en el 2 por 100 de utilidades convenido como remuneración del Administrador deben estimarse comprendidos: a) los beneficios obtenidos en la cartera de valores por la diferencia de cotización existente entre el día de su adquisición y el que tenían en la fecha del cese de la administración; b) los rendimientos representados por el valor de los frutos producidos en las plantaciones de chopos que se llevaron a cabo durante el lapso de tiempo que duró la administración, que se hallaban pendientes al finalizar la misma y que fueron percibidos después.

Respecto de los primeros, que no los estima frutos, dice la sentencia:

Que es suficiente con tener en cuenta: 1.º Que la insistencia del demandado en reclamar, como premio debido a su administración, la referida diferencia en la cotización de los valores, se apoya como fundamentos *de facto* en la afirmación de su especialización en los negocios bursátiles, en que el fin concreto que se persiguió con la constitución de la cartera de valores, fué la especulación y en que ello supuso contraer préstamos a interés no compensado por los dividendos o rentas producidos por los valores; y si la circunstancia esencial de que tales hechos no sean reconocidos, explicita ni implícitamente, en las sentencias de instancia, equivale a su negación, a efectos de este recurso extra-

ordinario, no hay duda de que si el recurrente estimaba lo contrario debió acudir a la vía del número 7.º del artículo 1692 de la Ley procesal, ya que la empleada no puede acreditar, por sí sola y en tal aspecto, la vulneración de los preceptos legales que se citan en el motivo. 2.º Que el Código civil no define lo que ha de entenderse por «frutos civiles» limitándose, en el párrafo 3.º de su artículo 355, a hacer una enumeración no limitativa, puesto que cita, en tercer lugar, el importe de las rentas perpetuas, vitalicias «u otras análogas», en cuya amplia referencia cabe estimar comprendidos a los procedentes de los llamados «títulos valores», pero si por «fruto» ha de entenderse todo beneficio o rendimiento que con propia substantividad se deriva de la utilización o explotación de una «cosa», es obvio que no pueden tener la consideración de «frutos» esas diferencias de cotización que se pretenden y que plusvalorizan el «título», sin derivar del mismo, por sí solas, un producto o rendimiento con substantividad propia. 3.º Que ello aparte, las razones de equidad que se arguyen y pudieran inducir a simple vista a seguir un criterio contrario, se desvanecen ante la consideración de que las oscilaciones bursátiles por los complejos, y a menudo subditos factores que las determinan, escapan, con frecuencia, a toda previsión, y además no sería justo referir las plusvaloración a una fecha arbitraria, cómo es la coincidente con el cese de una administración, tomándola para cuantificación de un beneficio obtenido, por lo menos en parte, del azar, y que a virtud del mismo puede quedar inmediatamente neutralizado y aun traducido en pérdidas cuyas consecuencias tampoco podrían en justicia imputarse al administrador, como lo impondría la correlación que, en los tratos jurídicos de cierto matiz aleatorio, debe existir entre el *commodum* y el *periculum*. 4.º Que, en definitiva, en este aspecto de la cuestión no aparece la infracción de Ley que se denuncia y su alegación no hace viable, por tanto, el motivo que se examina.

Respecto a la plantación de chopos, añade:

Que por lo que hace referencia al otro aspecto de la misma cuestión, se ha de tener presente: 1.º Que al margen de la imprecisión técnica que se atribuye a la clasificación tripartita de los frutos, que contiene el artículo 355 del Código civil, no hay duda de que comúnmente, y refiriéndose a las creaciones del reino vegetal y animal, el fruto se inicia con una actividad inmanente de los seres vivos no racionales que, en cierto grado de su desarrollo, se convierte en actividad trascendente que da origen a un ser de la misma naturaleza. La planta o el animal, al producir un efecto distinto de sí, son causa eficiente del fruto que crean y el concepto de éste se refiere, no a la causa que lo produce, sino a la cosa producida. 2.º Que constituye excepción, por exigencias del tratamiento jurídico que ha de aplicárseles el de los objetos del mundo vegetal, no susceptibles de producir frutos, en el sentido técnico indicado, pero que, en sí mismo, integran productos aprovechables, aunque sea a base de su propio consumo o extinción; en tal aspecto, ese tratamiento jurídico aplicable suele establecer la distinción entre la masa constituida por el conjunto de vegetales que integran la plantación y los que, individualmente considerados, por haber alcanzado la madurez requerida para su adecuado aprovechamiento, se ofrecen como utilizables, previa su tala o corte, y a estos últimos ha de considerárseles como verdaderos «frutos» a todos los efectos legales procedentes. 3.º Que siendo así, y como quiera que el artículo 357 del Código civil determina que «no se reputarán frutos naturales o industriales, sino los que estén manifiestos o nacidos», lo que obliga a entender que los que se encuentren en alguna de esas situaciones han de reputarse como frutos, tal concepto han de merecer los chopos que,

habiendo adquirido el grado de desarrollo suficiente para ser aprovechados en debida forma, se ofrezcan como nacidos o manifestos, aunque su corta o tala no haya tenido aún efecto. 4.º Que, por ello, la tesis sostenida por la Sala sentenciadora de que tales árboles no pueden estimarse como frutos pendientes, al objeto de computar el «beneficio líquido» integrante del premio de administración, «hasta su aprovechamiento o en venta» resulta errónea, y al traducirse en argumento esencial para la desestimación de esta parte de la demanda reconvenicional, hace incidir a la sentencia dictada en las infracciones de Ley que se acusan en el primer motivo del recurso y en el aspecto que ahora se examina, pues siendo indudable que las plantaciones se efectuaron durante el periodo de la administración, el valor que como frutos tenían al tiempo de extinguirse aquélla, ha de computarse al objeto de fijar el «beneficio líquido» integrante del premio a percibir por el administrador, bajo cuyo mandato o gestión se efectuaron, aun cuando su tala o corta se haya efectuado inmediatamente de cesar aquél en su cargo, por determinación unilateral del propietario reconvenido y a virtud de razones, en cuyo matiz moral, a efectos de apreciar su buena fe, no hay por qué penetrar, bastando lo dicho y la consideración final de que los obstáculos que puedan existir para la cuantificación del beneficio, no pueden ser razón determinante para desestimarlos, puesto que pueden quedar removidos en periodo de ejecución de sentencia, para acoger el motivo primero del recurso, en su referencia a la concreta cuestión que ahora se estudia y sin necesidad de examinar los demás que lo integran, y que quedan virtualmente sin contenido al prosperar aquél.

SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1965.—*Promesa bilateral de compra y venta. Sus diferencias con la compraventa. Efectos.*

Es de interés el Considerando de esta sentencia, que dice:

Que la promesa bilateral de compra y venta recíprocamente aceptada está regulada en el artículo 1.451 del Código civil, originador de no pocas dificultades en su interpretación, hasta el punto que un sector de la doctrina llega a sostener que dicho precepto asimila la promesa de venta al propio contrato de compraventa, asimilación no aceptada por nuestra jurisprudencia, la que, a partir de la sentencia de 11 de noviembre de 1.943, establece la distinción entre ambos contratos, fijando la diferencia entre uno y otro con arreglo al contenido de las obligaciones que respectivamente engendran, doctrina ratificada en las sentencias de 28 de marzo de 1944, 15 de marzo de 1945, 25 de marzo de 1957 y 5 y 7 de octubre de 1961, entre otras, y si bien, en caso de incumplimiento de la promesa de venta, sus efectos deben limitarse jurídicamente a la indemnización de daños y perjuicios, nuestra jurisprudencia, para vigorizar el contrato preliminar, inicia una dirección contraria en la sentencia de 1 de julio de 1950, permitiendo el cumplimiento forzoso con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, y circunscrito el derecho a indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir, doctrina reiterada en la sentencia de 2 de febrero de 1959.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,
Registrador de la Propiedad.

ARRENDAMIENTOS

SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1965.—*Derecho de retracto del arrendatario: renuncia (Código civil, art. 4, segundo párrafo, y Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 6).*

Estima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (comprador del inmueble) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por los arrendatarios actores) por la Audiencia territorial dando lugar al retracto y revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera de la demanda.

«Considerando (1.º) que, ejercitada en estos autos la acción de retraer arrendaticia con base en lo dispuesto en la Ley de arrendamientos urbanos (citada), se exceptuó en síntesis en el escrito de contestación (por el comprador de la finca):

- la falta de acción, por ser lo arrendado finca urbana y lo transmitido (finca) rústica con edificación dentro de la misma;

- caducidad de la acción, por haber sido adquirida la finca en el año 1953, aunque se haya formalizado la escritura en el año 1958, pero ... durante este lapso de tiempo el demandado (comprador) ha sido reconocido como dueño, desenvolviéndose entre ... (los arrendatarios actores y él) la relación arrendaticia, dando lugar a diferentes procedimientos judiciales;

- que los arrendatarios percibieron en el año 1953 la cantidad de 5.000 pesetas, por lo que renunciaron al derecho de retracto que ahora extemporáneamente ejercitan, excepciones todas acogidas en la sentencia de primer grado, que desestimó la demanda en su totalidad con absolución del demandado; y en la sentencia dictada por la Audiencia se dice que, conforme la parte recurrente (arrendatarios demandantes), única personada en los autos, con los hechos debatidos que recoge la sentencia apelada, queda centrada la cuestión al exclusivo tema de la caducidad, sobre el que sostiene la tesis de que, no apareciendo notificada en forma la compraventa formalizada en la escritura del año 1958, ha de contarse el plazo desde que tuvo cabal conocimiento del acto transmisivo, y, con base en este solo hecho, revoca la sentencia de primera instancia dando lugar a la acción ejercitada, contra la que se ejercita el presente recurso de injusticia notoria.

Considerando (2.º) que el retracto arrendaticio urbano, propio y específico de la Ley especial, tiene por razón y finalidad el cubrir las necesidades del ocupante con preferencia a un tercero, en aras del interés social, para aliviar el grave problema de la escasez de locales, y, estando regulado por normas singulares, a ellas ha de estarse con preferencia a las de carácter general, en todo cuanto afecta a su desarrollo y aplicación, y de aquí que no sea válida la renuncia anticipada del mismo antes de haberse generado por la transmisión del local arrendado, para ponerlo a salvo de toda coacción ambiental impulsado por la necesidad del uso, sin perjuicio de su (de la renuncia) eficiencia y viabilidad legal cuando el derecho ya nacido, e incorporado al patrimonio (del arrendatario), se declina por acto voluntario y consentido, pues, de lo contrario, perdería todo sentido y alcance al interés general en que su otorgamiento descansa y quebrantaría la seguridad del tráfico jurídico obligacional, doctrina

que, aplicada al supuesto aquí controvertido, ha de hacerse sobre la base, que en la sentencia de primer grado se sienta como hecho cierto, de que los hoy retrayentes, por documento privado de 24 de mayo de 1953, renunciaron expresamente a la subrogación de compra que ahora pretenden, percibiendo como indemnización la cantidad de 5.000 pesetas, afirmación tenida por buena en la sentencia del Tribunal *a quo* al decir en el primer "considerando" que, conforme en su esencia la parte recurrente con los hechos debatidos que recoge la sentencia impugnada en alzada, queda centrada la cuestión a resolver en el recurso de apelación a la caducidad de la acción, y, consiguientemente, al haberse efectuado la compraventa del local cuestionado en aquella remota fecha (1953), aunque no se formalizara en escritura pública hasta el año 1958, la operación, o negocio jurídico, quedó perfecto y consumado por aquel entonces con garantía legal a virtud de lo dispuesto en el artículo 1.278 del Código civil, reconocido por los demandantes (arrendatarios), no sólo en el acto de renuncia del derecho ya nacido, sino corroborado por documento de 25 de agosto de ... 1953, donde se dan por saldadas las cuentas hasta 1 de julio de... 1953, que se han de entender con el nuevo comprador ..., todo lo cual pone de relieve la legalidad de la renuncia del derecho ejercitado, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 4 del Código civil y (en el art.) 6 de la Ley de arrendamientos (citada), por lo que se ha de dar lugar al tercer motivo, donde se denuncia la infracción por violación del citado artículo 4 del Código y (del art.) 6 de la Ley...

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1965.—*Arrendamiento de negocio: desahucio por falta de pago de la renta.*

Estima el recurso de casación por infracción de Ley (interpuesto por el actor) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta sobre los demandados) por la Audiencia territorial, que, revocando la del Juzgado de Primera Instancia, desestimaré la demanda de desahucio:

«Considerando (1.º) que con reiteración viene declarando esta Sala que dentro del juicio especial de desahucio no cabe la discusión de cuestiones complejas relativas a la naturaleza de los contratos y obligaciones que de los mismos puedan derivarse, doctrina que, en relación con los de arrendamiento, es aplicable cuando en ellos se comprenden contraprestaciones que exceden del contenido común y normal del negocio locativo; pero tal circunstancia no se da en el que vincula a recurrente (arrendador, actor) y recurridos (arrendatarios, demandados) ..., pues el hecho de que en el mismo se insertara una cláusula por la que los arrendatarios reconocen adeudar al arrendador una determinada cantidad que se obligan a satisfacer por mensualidades durante la vigencia del arrendamiento, con sanción de posible resolución en caso de impago, no transforma la verdadera naturaleza del arrendamiento de negocio o industria plasmado en tal documento, manteniendo su tipicidad, autonomía e independencia con respecto al supuesto préstamo, sin que tampoco entrañe complejidad de ninguna especie, toda vez que lo que se pretende por el recurrente (actor) no es otra cosa que el lanzamiento de los recurridos (demandados) por falta de pago de la renta expresamente pactada, y, al no entenderlo así, la Sala sentenciadora violó, no solamente el artículo 1.281 del Código civil, sino también los (artículos del mismo Código), 1.546 y 1.555 y número 2.º del 1.569...

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1965.—*Contrato de subarrendamiento: plazo contractual de duración: su «determinación»: prórroga contractual «indefinida».*

Estima el «recurso de injusticia notoria» (interpuesto por el subarrendatario demandado) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimará la demanda y declarará resuelto el contrato de subarriendo por haber terminado el plazo contractual de su duración.

«Considerando (1.º) que, si entre las dos mismas personas (subarrendador y subarrendatario) contratantes de un subarriendo de fecha 17 de noviembre de 1954 se conviene que la duración del contrato se fija en seis meses prorrogándose a partir del 1 de diciembre de dicho año (*sic*) automáticamente de mes en mes, y seis días después, en 23 de los mismos meses (noviembre) y año (1954), se aclara por escrito por las mismas personas que queda novado el pacto de referencia, cuarto del contrato, y que, en consecuencia, se entenderá redactado en la forma siguiente:

“La duración del presente contrato se fija por el plazo de seis meses a partir del día 1 de diciembre próximo, prorrogándose a partir de dicho plazo por tiempo indefinido”, es evidente que la intención de las partes, y a ella hay que atenerse, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.281 del Código civil, es la de que la segunda fórmula de determinar el plazo de duración no tenga el mismo valor que la primera, puesto que en otro caso la modificación carecería de objeto así como la expresada voluntad de “novar”, que implica la de declarar la incompatibilidad de una obligación con la anterior extinguiéndola o modificándola (art. 1.203 del mismo Código); y, en su virtud, no puede admitirse una interpretación que mantenga (el mismo resultado que con) la primera fórmula, lo que supondría la negación de los efectos del segundo pacto, violando abiertamente la norma hermenéutica del artículo 1.284 del propio Cuerpo legal.

Considerando (2.º) que el acuerdo de que la prórroga automática por meses se sustituya por la prórroga indefinida equivale a negarle al subarrendador la facultad de darlo por terminado, como hasta entonces, al finalizar cualquier mes de la prórroga, lo cual no quiere decir que desaparezca la temporalidad, que es la nota característica de los contratos locativos, puesto que, como tiene dicho reiteradamente este Tribunal, debe entenderse que el tiempo es “determinado” cuando es “determinable”, como ocurre en el presente caso, puesto que, siendo el subarriendo un arrendamiento de segundo grado, que se apoya sobre otro anterior, si la duración de aquél (subarrendamiento) queda supeditada a la de este último (arrendamiento), el plazo viene a ser el mismo, y la “determinación” es perfecta, sin que tenga por qué entrar en juego el artículo 1.581 del Código civil, que únicamente encierra una norma supletoria para cuando la voluntad de las partes no se haya manifestado»

SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1965.—*Arrendamiento de Derecho común: desahucio por falta de pago de la renta: improcedencia si la deuda del arrendatario es simultánea a una deuda del arrendador a favor de aquél por cantidad igual o superior.*

Desestima el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el actor (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que desestimara la demanda de desahucio.

«Considerando (único) que . . , si bien es exacta la tesis que el . . recurso desarrolla, de poder el arrendador desahuciar por falta de pago del precio convenido sin que quepa, cuando de contrato sometido a la legislación común se trate, oponer con éxito cumplimientos tardíos del arrendatario, también lo es que, para que a la drástica pretensión se acceda, es necesario que se dé el supuesto que el apartado 2.º del artículo 1.569 (del Código civil) contempla, cual es que exista falta de pago, esto es, que al ejercitar la acción sea el demandado deudor de las rentas en que aquélla se basa, sin cuya realidad fáctica no puede darse lugar al desahucio, y, como es declaración de hecho del Tribunal de instancia que, al interponerse la demanda, el arrendador, hoy recurrente, era deudor del arrendatario—y, ciertamente, efecto de la relación arrendaticia—de cantidad muy superior a la de las rentas debidas, así como que por este último se dejó de percibir la cantidad por aquél adeudada en tanto no se restare de ella la de las rentas que debía satisfacer, obvio es que por el Tribunal *a quo* no se ha infringido el precepto citado, exigente de la realidad de la deuda, la cual en modo alguno puede entenderse existente cuando se es recíprocamente deudor de mayor cantidad, realidad fáctica no combatida eficazmente y por la que el Tribunal sentenciador, en uso de su soberanía, apreció la compensación, que, por ser, conforme al artículo 1.202 del Código civil, un modo extintivo de las obligaciones, impide el fundar en la supuesta vigencia de una de ellas la acción ejercitada por el recurrente.»

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1965.—*Revisión de rentas y devolución de lo cobrado por exceso: caducidad del derecho del arrendatario al respecto («acción revisoria»), elevación de la renta por repercusión de arbitrios.*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por la arrendadora demandada) por la Audiencia territorial absolviendo de la demanda, con revocación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que diera lugar a ella y condenara a la arrendadora a devolver lo indebidamente cobrado.

«Considerando (1.º) que la sentencia recurrida, revocando la de primera instancia, desestimó totalmente la demanda . . . , en la que se pedía la devolución al actor (arrendatario) de 421 pesetas, que se decían cobradas indebidamente con el recibo de la renta de 1 de febrero de 1962, por repercusión del arbitrio (municipal) sobre edificación deficiente correspondiente al año 1959, y de otras 421 pesetas que se decían también cobradas indebidamente, con el recibo de la renta de 1 de mayo de 1962, por el mismo concepto correspondiente al año 1960, admitiendo la excepción de caducidad propuesta por la demandada (arrendadora), a la que se absolvió de la demanda; contra la cual sentencia se interpuso el presente recurso, cuyo primer motivo, amparado en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), se basa en interpretación errónea del artículo 106, 2, en relación con el plazo de caducidad aludido en la regla cuarta del artículo 101, 2, al sustentar la sentencia recurrida que para el cómputo de los tres meses del plazo de caducidad de la acción revisoria hay que partir de la fecha en que tuvo lugar el pago del recibo de 1 de febrero de 1962, desde la cual hasta la de la presentación de la demanda (8 de mayo de 1962) transcurrió con exceso el lapso de tiempo para el ejercicio de la acción revisoria y devolución de lo pagado, en vez de contar dicho plazo

a partir del pago del recibo del periodo siguiente a la notificación (1 de mayo de 1962). con lo cual la acción no está caducada; pero, si se tiene en cuenta que el artículo 106, 1, de la Ley de arrendamientos urbanos (citada) establece que "las acciones dimanantes de los derechos que reconoce" el capítulo IX de dicha Ley "tendrán un plazo de caducidad de tres meses, a partir del hecho que las motive", como el hecho que motiva la acción que primeramente se ejercita es el pago de la repercusión del arbitrio sobre edificación deficiente correspondiente al año 1959, efectuado el 1 de febrero de 1962, es evidente que desde la fecha del pago (1 de febrero de 1962) hasta la de la interposición de la demanda (8 de mayo de 1962) transcurrió un plazo superior al de tres meses, y por ello la acción caducó; no ocurriendo lo mismo con la acción motivada por el pago del segundo recibo, llevado a efecto en 1 de mayo de 1962, por el mismo concepto referente al año 1960, que se da también por caducada en la sentencia recurrida, no obstante su vigencia, por cuanto entre el pago del segundo recibo (1 de mayo de 1962) y la interposición de la demanda (8 de mayo de 1962) mediaron solamente unos días; pero, como la sentencia absuelve totalmente de la demanda ... y los recursos se dan contra el fallo, y no contra la motivación (de éste), habrá de estarse, por lo que a (la trascendencia de) este primer motivo respecta, a la resultancia del examen y estudio de los demás.

Considerando (5.º) que ... no pudiendo prosperar la acción ejercitada en segundo lugar, para la devolución del pago del segundo recibo (renta de mayo de 1962) en lo referente al mencionado arbitrio (correspondiente al año 1960), porque, contra lo sostenido por el actor (y recurrente, arrendatario), la Ordenanza que estableció tal arbitrio permite la repercusión del mismo entre los arrendatarios, en armonía con lo establecido en el caso primero del artículo 98 de la Ley de arrendamientos urbanos (citada), y, por otra parte, la cuantía del arbitrio no ha sido objeto de discusión, es de acoger la tesis del primer motivo (del recurso), aunque con intranscendencia en el fallo que debe ser absolutorio, por estimarse legítima la repercusión del mencionado arbitrio.»

SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1965—*Pretensiones formuladas «con manifiesto abuso de derecho» (Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956, art. 9)*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato de arrendamiento del local de negocio por subarriendo no autorizado.

«Considerando (3.º) que ... hay que rechazar ... el motivo ... que se ampara en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos y se basa en falta de aplicación del artículo 9 de la misma Ley, porque para que pudiera estimarse ... sería preciso que resultara probada la intención de dañar y la falta de interés legítimo, y sólo resulta el ejercicio de un derecho»

SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1965.—*Venta de vivienda arrendada a comprador no arrendatario: precio superior al límite establecido por la Ley de arrendamientos urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), artículo 53, 1, caso 2.º: derechos del arrendatario en tal supuesto (Ley de arrendamientos urbanos, citada, artículo 53).*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el actor (arrendatario) contra la sentencia dictada por la Audiencia territorial en apelación (también por él interpuesta) confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que desestimó con costas la demanda (de que se declarara nula y sin ningún efecto, mandando cancelar la inscripción registral de la misma.

«Considerando (1.º) que es materia de los seis motivos del recurso la posibilidad o imposibilidad del ejercicio de la acción de nulidad de la venta por precio excesivo por el arrendatario que no hizo uso de las de tanteo o retracto cuando la venta se ha llevado a efecto vigente la Ley (de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto) de 13 de abril de 1956...

Considerando (2.º) que el artículo 53 de la Ley de arrendamientos (urbanos, citada) ... reformó el 67 de la anterior (de 31 de diciembre de 1946, texto articulado aprobado por Orden de 21 de marzo de 1947), y su más esencial reforma fué la supresión de la frase "cabrá instar la nulidad del contrato transmisorio", que contenía el derogado 67, estableciendo con tal supresión como única consecuencia de la "acción impugnatoria" la de que no pueda producir efecto la transmisión en contra del "inquilino impugnante" para el solo caso de la causa primera del artículo 62, siendo válido y eficaz el contrato a todos los demás efectos legales, y por ello la venta realizada es válida por ministerio de la Ley (¿?), y su nulidad no puede obtenerse al amparo del artículo 53, que, si bien establece (*sic*) la "acción de simulación", ésta ha de ejercitarse al amparo del Derecho común y por los trámites del juicio declarativo correspondiente.

Considerando (3.º) que, habiéndose hecho depender (*sic*) la acción de una venta llevada a efecto vigente la Ley (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril) de 1956, sus preceptos son los aplicables para impugnarla: disposición transitoria segunda (*rectius*: primera, 1), y, como ellos sólo permiten la impugnación con las consecuencias del último párrafo (*rectius*: apartado 3) del artículo 53, que no ataca la eficacia del contrato, ya que sólo limita las facultades dominicales del comprador, que no podrá negar la prórroga por necesidad, es visto que la acción de nulidad entablada es improporperable...

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1965.—«Arrendamiento de industria o negocio» y «arrendamiento de local de negocio».

Desestima (con costas) el «recurso de casación por infracción de Ley» interpuesto por el actor (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial declarando inadecuado el procedimiento de «juicio de desahucio» de «industria», por entender que lo arrendado era un local de negocio.

«Considerando (3.º) que en el motivo segundo—y ahora por la vía adecua-

da del número 1.º (de la Ley de enjuiciamiento civil, art. 1.692)—el recurrente ataca la interpretación que al contrato litigioso ha dado la sentencia, interpretación que, en sentir de aquél, es fragmentaria, pues prescinde de las estipulaciones que tipifican el contrato de arrendamiento de industria, y se limita sólo a tomar en cuenta las que se refieren al local cedido, y sin hacer alusión a los muebles y enseres que también se han cedido en uso y disfrute, todo lo cual reunido—y siempre en tesis del recurrente—constituye una industria en marcha, con unidad patrimonial, con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada.

«Considerando (4.º) que, aunque, efectivamente, en varias de las cláusulas del contrato litigioso se habla de que lo que se arrienda es una industria—unas veces lo llama "establecimiento mercantil" y otras "industria de mercería"—, lo que en realidad se cede es un local con unos elementos o accesorios consistentes en una estantería, una vitrina, un mostrador, un escaparate y ocho bombillas, sin mercadería alguna, y con la expresa condición de que, al devolverse al arrendador lo que se había cedido, "no vendrá obligado (el arrendador) a hacerse cargo de la mercancía que en dicho momento figure en el negocio"—estipulación k)—; estas dos consideraciones bastan y sobran para comprender que aunque en algunas estipulaciones se denomina "industria" a lo que se cede por el arrendador, lo que en verdad se ha transmitido ha sido el uso y disfrute temporal de un local con ciertas instalaciones que, sin embargo, no permiten comenzar seguidamente la explotación de ninguna actividad comercial, ya que ni hay mercaderías para vender cuando el arrendatario se hace cargo de dicho local, ni cuando se extinga el arrendamiento y se recobre el objeto arrendado el arrendador recuperará más que el local y las instalaciones cedidas, sin mercadería alguna—en cumplimiento de lo estipulado—, por lo que tampoco podrá comenzar inmediatamente ninguna explotación mercantil, pues tendrá que comprar, antes de nada, las mercaderías propias del tráfico de mercería; y es reiterada jurisprudencia de esta Sala que la naturaleza de los contratos no depende de la denominación que les otorgan los contratantes, sino de la índole de sus estipulaciones.

Considerando (5.º) que, consiguientemente, la Sala de instancia, al entender que lo cedido en arrendamiento fué un local con ciertas instalaciones, y no una "industria", como "unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas", interpreta adecuadamente el contrato litigioso en la totalidad de las cláusulas, teniendo en cuenta lo que las mismas establecen.»

SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1965.—*Novación subjetiva del contrato: no basta para entenderla realizada el que, pactado el arrendamiento con don J Parra M. como Director Gerente de «Parra, S. L.», los recibos mensuales fueran extendidos a favor de don J Parra M.; resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por traspaso ilegal; procede cuando la sociedad limitada arrendataria se transforma voluntariamente en anónima.*

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandada (arrendataria) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por los actores: arrendadores) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolvió de la demanda de resolución del contrato al estimar la excepción dilatoria de «falta de legitimación pasiva».

«Considerando (2º) que tampoco es posible aceptar el motivo segundo, amparado en la causa tercera del artículo 136, por violación de los artículos 1.203, 1.204, 1.252, 1.257 y 1.258 del Código (civil) y las sentencias que cita, porque la Sala, al no estimar probada la novación, lo ha hecho apreciando que, formalizado el contrato de 1957 por don J. Parra M., como director gerente de "Parra, S. L." el hecho de que los recibos se giren a su nombre no es suficiente a estimar novado el contrato, porque su nombre es el del gerente que contrató, y no de arrendatario individual, y, como en materia de apreciación de los hechos determinantes de la novación el criterio de la Sala ha de respetarse si no resulta desorbitado y falto de lógica, sentencias de 20 y 26 de enero de 1961, como tal no puede reputarse, al estimar que si se contrató en nombre de una Sociedad, los pagos que se hagan en virtud de tal contrato lo sean con el carácter con que se contrató, y no con el particular del que paga...

Considerando (3º), en cuanto al cuarto (motivo), amparado en la causa tercera del artículo 136 (de la Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956) por violación del artículo 4 de la Ley de 17 de julio de 1951 y sentencia que cita, que, como la conversión de la sociedad Limitada en Anónima se hizo por escritura de 14 de junio de 1961, cuando sólo tenía un capital de un millón de pesetas, pues la ampliación se hizo en fecha posterior, 8 de agosto siguiente, ha de estimarse que la conversión no se hizo por mandato de la Ley, sino por voluntad de los socios, y ello es determinante de cesión (*sic*), según reiterada doctrina de esta Sala, sentencias, entre otras, de 11 de julio de 1955, 11 de octubre de 1961 y 13 de febrero de 1963, por lo que se impone la desestimación del motivo...»

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ,

Abogado.

Profesor Ayudante de Derecho Procesal.

M E R C A N T I L

II.—SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1965.—*Sociedad regular colectiva. Liquidación y disolución* (Ponente: J. Beltrán de Heredia y Castaño).

Supone una anormalidad legal el que se proceda a la liquidación de una Sociedad sin haberse antes producido su disolución.

Constando en los Estatutos sociales que la liquidación de la Sociedad tendría que hacerse con la concurrencia de todos los socios (tres) que concurrieron a su constitución, el simple acuerdo mayoritario (de dos de ellos) no basta para producir su liquidación, aunque la no presencia del inasistente se debiera a estar ausente de España.

El acuerdo por virtud del cual dos de los socios encargan al otro con carácter exclusivo, con renuncia de sus derechos y deberes en la actuación de la firma social, la gerencia y administración de la Sociedad, nunca puede implicar un intento de disolución de la Sociedad, sino simplemente una concentración personal de las facultades de gerencia y responsabilidad, y mucho menos puede llevar consigo una renuncia de los socios que lo otorgaron a la parte que les pudiese corresponder en el patrimonio societario para el caso de una liquidación.

III.—TÍTULOS VALORES.

SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1965.—*Letra de cambio: Competencia.*—*Conforme a los artículos 521 del Código de comercio y 1.429, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde la competencia territorial para conocer de los juicios ejecutivos en que se ejerciten acciones cambiarias, a los Tribunales del lugar donde se haya aceptado y protestado la letra de cambio que sirve de título al procedimiento* (Ponente: F. Rodríguez Solano).

IV.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1965.—*Prueba de los contratos mercantiles. Valor de la factura mercantil* (Ponente: T. Ogayar y Ayllón).

Nuestro Código de comercio no contiene ningún precepto de carácter general sobre los medios de prueba en Derecho mercantil, ni ha reproducido el artículo 262 del Código de 1829, que consideraba a la factura aceptada como

medio de prueba de las obligaciones mercantiles, pero, a pesar de ello, nuestra Jurisprudencia otorga una consideración especial a la factura mercantil como elemento probatorio, hasta el punto que si la misma es aceptada y reconocida por su destinatario, tiene la misma fuerza y valor que una escritura pública, cual declaran, entre otras, las sentencias de 24 de enero de 1921, 14 de diciembre de 1928 y 10 de octubre de 1931, por aplicación del artículo 1.225 del Código civil, por lo que la factura acompañada a la demanda—reconocida y aceptada por el demandado—, con la expresión de las características de su objeto, cantidad, precio y forma de pago, se refiere a un contrato de compraventa mercantil, y no puede prevalecer el criterio del recurrente de que se trata de un contrato de comisión, en lugar del de compraventa, pues así lo acredita la factura presentada.

VI—QUIEBRAS.

SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1964.—*Quiebra. Requisitos que deben revestir las notificaciones a que se refieren las reglas 3.ª—párrafo último—y 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuando no se ha hecho constar en la certificación registral el domicilio de los interesados* (Ponente: F. Rodríguez Solano).

Al no especificarse en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria la forma en que han de llevarse a efecto las notificaciones exigidas por la regla 5.ª, cuando no se haya hecho constar en la certificación registral el domicilio de los interesados, ha de acudirse necesariamente para suplir tal omisión a las normas consignadas en la sección tercera del título VI, libro primero de la Ley de Trámites, en la que se inserta el artículo 269 (este precepto establece que tales notificaciones se practiquen por edictos). En consecuencia, es eficaz la notificación practicada por edictos.

RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

Registrador de la Propiedad y Notario.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

I. LA ADMINISTRACION Y EL DERECHO

1. FUENTES DEL DERECHO.

A) *Disposiciones administrativas.*a) *Procedimiento para dictarlas; su naturaleza.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz, número 5.797).

«Que esto sentado resulta asimismo inadmisble que se haya incurrido en el propio vicio de nulidad previsto *in genere* en el ya citado artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, ya que, según la demanda, el Decreto carece de las condiciones de "legalidad, acierto y oportunidad" exigidas por el artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo y lo reitera su Exposición de Motivos. En primer término porque si bien el artículo citado se refiere a cómo deben iniciarse los expedientes para la confección de disposiciones administrativas de carácter general, se trata de un precepto meramente informativo y de trámite, para los casos en que, por su propia naturaleza, lo admitan en su misma regulación, sin que en modo alguno pueda significar que por él se mediatice, dificulte u obstruya el libre ejercicio del derecho de iniciativa legal que, por su profunda significación político-social, al emanar del seno de las necesidades públicas, tiene que ser acogido libremente por todos los organismos del Estado a quienes compete darles cauce y realidad, sin trabas burocráticas que puedan desvirtuarlo, y muy particularmente ha de serlo cuando la iniciativa parte, como en el caso de autos, del mandato expreso de una Ley y actual al servicio de una determinada y expresiva política del Gobierno, por ello es indudable cumplimiento, y que por venir avalada por un vivo y manifiesto estado de opinión profesional pública, como lo acreditan las conclusiones acordadas en la Asamblea de Catedráticos de 20 de octubre de 1962, celebrada en Zaragoza, y el dictamen del Consejo Nacional de Educación de 25 de enero de 1955—documentos aportados a los autos sin tacha por la parte contraria—y si al propio tiempo es la propia Secretaría Técnica la que reconoce que por partir de ella misma la labor de su confección estima superfluo su propio informe—referido por el citado artículo 129—, ya que las razones y fundamento de la disposición están implícitas en la exposición que lo justifican, no puede seriamente admitirse que la citada disposición carezca de las condiciones de legalidad, acierto y oportunidad, en su publicación que le achaca la parte actora.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1964 (AR., número 5.246).

«El procedimiento de elaboración de disposiciones generales está contemplando normas o disposiciones que por su alcance y trascendencia introduzca normativa nueva, pero no para los casos en que la Administración se limita dentro del área de una reglamentación previa a sentar un criterio interpretativo»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 129).

«Procede confirmar las resoluciones impugnadas, en los que a sus partes dispositivas se refiere, sin que sea suficiente, para impedir tal declaración, la alegación que se ha efectuado en la demanda, sobre falta de publicidad del acuerdo de la Junta Central de Tasas del 15 de julio de 1963 y de la Orden Circular de 3 de agosto siguiente, con supuesta infracción del artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de fecha 20 de julio de 1957, el cual preceptúa que "para que produzcan efectos jurídicos de carácter general los Decretos y demás disposiciones administrativas, habrán de publicarse en el *Boletín Oficial del Estado*", pues aparte de que tal omisión nunca produciría la nulidad de los referidos actos administrativos, ya que éstos seguirían siendo válidos, sino su inaplicabilidad en cuanto a la generalidad de la colectividad nacional, no por eso dejarían de tener virtualidad para las personas u Organismos a quienes se hubieren notificado directamente, cual ha ocurrido en relación al Colegio accionante y a todos los habilitados dependientes del Departamento y por mediación del uno o los otros, a los Secretarios que percibieran sus retribuciones del Arancel, con la circunstancia de que aquellos últimos producirían los oportunos actos concretos individualizados que permitirían a éstos recurrir contra las normas acordadas por la Junta en 15 de julio de 1963 y las contenidas en la Orden del 3 de agosto siguiente, así como de los actos de aplicación de ellas, por producirse en sí o comparativamente con otros funcionarios agravio jurídico o económico.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 134).

«La publicación en el *Boletín Oficial del Estado* a que se refiere el artículo 29 de la Ley de Régimen Jurídico no afecta al acuerdo de declaración de lesividad, ya que esa clase de resoluciones no son de carácter general por su condición de meramente administrativas, y las generales, a las que se refieren el artículo 29 y concordantes de la Ley de Régimen Jurídico, tienen una doble naturaleza, "ya que desde un punto de vista formal son actos administrativos y desde un punto de vista material son actos legislativos".»

b) *Su impugnación indirecta: régimen.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 142).

«El Decreto recurrido y que motiva la resolución de la Presidencia del Gobierno es, por su propia naturaleza, de carácter general, y así se reconoce por los interesados en su escrito de reposición, debiendo, por consiguiente, esperar a la aplicación al caso concreto de los recurrentes y sujeción individual, siendo entonces, y no antes, cuando corresponde el precisar los términos del citado Decreto, haciendo una justa y racional interpretación de sus preceptos; teniendo en cuenta también las dudas que sugiere a la misma parte actora cuando solicita una mera aclaración de aquel Decreto, y sobre todo cuando la propia Presidencia del Gobierno, en su resolución de 17 de julio de 1963 en el último de sus considerandos, manifiesta la posibilidad de estimar comprendidos a los interesados en el artículo 3.º del Decreto de referencia, siendo éste el momento de aplicación concreta o sujeción individual que en caso de denegación permitirá después el acceso a lo contencioso-administrativo y una plena revisión jurisdiccional no sólo del acto recurrido, sino también, si fuera necesario de la disposición de carácter general en que el mismo se fundamenta y en relación con cada uno de los interesados.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1964 (AR., número 5641).

«No cabe admitir la posibilidad de que se ataque de forma indirecta el precepto de rango superior a través de otro subordinado, que no se invoca como acto de aplicación individualizada conforme al artículo 39, párrafo 2.º de la Ley jurisdiccional.»

B) *Principio de jerarquía de normas.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1964 (AR., número 5641).

«En lo atinente al artículo 6.º inciso 2.º, de la Instrucción que, aludiendo a las licencias comunicadas al Gobernador civil en los tres días siguientes a su concesión, dispone textualmente: "Si se comprobare han sido dictadas sin la preceptiva intervención de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, el Gobernador civil correspondiente deberá declarar la suspensión de tales resoluciones dentro de los cinco días siguientes y no la levantarán hasta tanto no haya sido cumplimentado el trámite calificadorio; precepto de notoria incorrección jurídica, pues el efecto vinculante del informe técnico no implica que los acuerdos municipales puedan ser suspendidos al margen del procedimiento que establecen los artículos 110, 362, 365 y 366 de la Ley de Régimen Local conjugados, con el 118, de la rectora de esta jurisdicción, máxime cuando el Reglamento de 30 de noviembre de 1961 no contiene disposición alguna sobre el particular, y el artículo 36, número 3.º del Decreto de 10 de octubre de 1958, que determina

las atribuciones de los Gobernadores civiles, precisa que la de suspender los acuerdos municipales se ejercerá "según los preceptos de la vigente Ley de Régimen Local"; de todo lo cual se infiere que la norma complementaria ahora analizada es jurídicamente incorrecta por vulnerar otras de superior jerarquía relativas a las garantías concedidas a los Ayuntamientos para reclamar contra resoluciones suspensivas indebidas tanto en vía gubernativa como jurisdiccional, e incluso al ámbito de competencia de los Tribunales de lo contencioso-administrativo, circunstancia determinante de su nulidad conforme al artículo 47, párrafo 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con el 28 de la **de Régimen Jurídico de la Administración del Estado** »

C) *Principios generales del Derecho.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.784).

«Que si bien es cierto, como dice la parte recurrente, que el artículo 6.^o del Fuero de los Españoles, en su párrafo 2 dice que nadie será molestado por sus creencias religiosas y el ejercicio privado de su culto, aunque a continuación expresa que no se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la religión católica, es preciso también tener en cuenta, como han sentido varias sentencias de esta Sala en casos similares, que el artículo 33 del mismo Fuero ordena que "el ejercicio de los derechos que se reconocen en este Fuero no podrán atentar a la unidad espiritual, nacional y social de España", y la sanción que ha sido impuesta a las recurrentes no se fundaba en que perteneciesen a la secta denominada "Testigos de Jehová", ni tampoco por el ejercicio privado de sus prácticas o cultos, sino por su actividad pública, propagandística y proselitista, confesada en autos por las propias actoras, lo cual constituye un acto contrario al concepto de unidad espiritual de España, como han declarado las sentencias mencionadas en los Vistos.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 217).

«El referido Colegio Apostólico Agustiniano, en su condición oficial, así reconocida, dedica sus actividades educativas o formativas a las enseñanzas de bachillerato en grado elemental, ajustándose a la legislación vigente, cuyos alumnos, por tanto, se hallan sujetos a cuantas obligaciones se señalan para estos centros docentes referentes, tanto al examen de ingreso, pago de matrícula en el Instituto Nacional de Enseñanza Media, sino además como sometido al Reglamento de Régimen Interior y General de Disciplina Escolar, que les impone el Reglamento de la Ley de Ordenación de Enseñanza Media, con lo cual deberá también gozar de los beneficios que la Ley confiere a estos centros docentes, entre los cuales se encuentra el de que sus alumnos de Enseñanza Elemental disfruten de la beca que está establecida, sin discriminación y sin que, por tanto, pueda quedar desvirtuado este derecho, porque en él se oriente la latente vocación de sus alumnos al estado religioso o bien poner fines vocacionales, ya que ello daría lugar a establecer una franca desigualdad de trato entre estos bachilleres y aquellos que carecieran de vocacionalidad definida o en gestación,

en abierta contradicción con el sentido universal del principio de igualdad de oportunidades que debe inspirar toda la asistencia oficial docente, expresado en el artículo 3.º de la Ley de Ordenación de Enseñanza Media, que en relación con el artículo 5.º del Fuero de los Españoles protege el derecho de los padres a elegir para sus hijos cualquier profesor debidamente titulado o Centros de Enseñanza Media establecidos con arreglo a las Leyes, y es además evidente que aparte que no todos los alumnos dirigidos al estado religioso lo alcanzan, los que lo logran no pueden sufrir demérito en su pretensión de ser bachilleres, a lo que tienen plena condición legal en relación con los demás estudiantes.»

D) No son fuente de Derecho las precedentes decisiones jurisprudenciales.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 670).

«La interpretación de la Ley obliga a este Tribunal a una casuística continua, sin sujeción estricta a sentencias anteriores».

E) Lo son, en cambio, los tratados internacionales suscritos por España.

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 4.891).

«... los criterios aplicativos de las Administraciones extranjeras respecto a la normativa protectora de la propiedad industrial no vinculan a la española en los extremos ajenos al texto de los tratados internacionales por la misma suscritos. »

F) Interpretación de las normas.

(Ver, aparte de las sentencias que siguen, la de 11 de febrero de 1965, transcrita en I. 2, C), b).

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 403).

«La interpretación de las normas reglamentarias acudiendo a otros elementos de juicio procede si las mismas presentan dudas u oscuridades en la dicción, pero no cuando enuncian claramente los conceptos e ideas que las presiden.»

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 570).

Hay que tener presente el espíritu que preside la legislación.

2. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) *Naturaleza administrativa de los actos.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5562).

«Que en cuanto al primer punto, que si el acto administrativo, aun en el más restringido y concreto de sus aspectos, es el acto jurídico hecho por un organismo del Estado, en manifestación de voluntad creadora de una situación de Derecho subjetivo, lógicamente ha de deducirse que el acto de la Administración que nos ocupa, producido en su Ministerio de Comercio, decidiendo que no hay acto recurrible y que quien recurre debe plantear su reclamación en el Ministerio de Hacienda—pues tal reza la parte dispositiva—, constituye sin duda alguna una manifestación bien clara de la voluntad de la Administración, creando una situación de Derecho subjetivo para quien ante ella pretende e insta que, aun cuando ofrezca solución negatoria de la realidad del acto, constituye acto; y aun cuando resulta negativamente respecto a la competencia cognoscitiva de los Organismos del Ministerio de Comercio, acto definitorio de incompetencia, es, tanto el uno como el otro, susceptibles de una revisión jurisdiccional en el concepto de lo contencioso-administrativo, para definir la condición positiva o negativa de la legitimidad jurídica de lo acordado en el proceso administrativo.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO —SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 4.965).

«Que aun sin compartir la tesis sustentada por la parte recurrente de que el apartado a) del artículo 3.º de la Ley de la jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, al intercalar en su texto la frase "cualquiera que sea su naturaleza", amplió el contenido dispositivo del artículo 5.º de la anterior, hasta el punto de caracterizar como administrativos, a efectos de competencia, los contratos civiles o mercantiles que celebre la Administración cuando tenga por finalidad más o menos remota obras y servicios públicos, es lo cierto que la aceptación por los tratadistas y la jurisprudencia de la doctrina de los actos separables, en cuya virtud los dictados por las Corporaciones Locales con carácter preparatorio formalizador o subsecuente de las relaciones contractuales en que intervengan como personas jurídico-privadas no pierden su carácter administrativo y pueden ser revisadas por esta jurisdicción especial sin perjuicio de que cuanto afecto al contenido material, eficacia vinculante, interpretación y efectos peculiares de aquéllas correspondan al conocimiento de la ordinaria, llevaría a la misma conclusión de competencia parcial aun en la hipótesis de estimar que la negación de la cambial era el negocio primario, en cuyo ámbito vino después a insertarse la actuación administrativa de reconocimiento de la deuda y habilitación del crédito presupuestario indispensable para su pago.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1965.

«Demandada en este recurso la devolución al Montepío del Personal Civil del Ministerio del Ejército en cuantía de 10.000 pesetas, y opuesta en primer lugar por el Abogado del Estado la inadmisibilidad de dicho recurso con arreglo al apartado a) del artículo 82 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 por entender que la reclamación promovida tiene carácter laboral y corresponde conocer de ella a la jurisdicción de ese Ramo, conforme al artículo 2.º, inciso a) de la propia Ley, es menester puntualizar que no se ventila en el pleito materia propiamente laboral como derivada del contrato de trabajo regido en el Ministerio del Ejército por su Reglamento de 20 de febrero de 1958, pues no se acciona sobre clasificación profesional, retribución, jornada, licencias, derechos, deberes, premios o sanciones, que son los extremos abarcados por el contrato y Reglamento de mención, sino de la solicitud de reintegro de cantidades abonadas al expresado Montepío en observancia de su preceptiva peculiar emanada del Departamento ministerial de mención que en regulación de aquel Organismo y de la tutela que en el mismo ejerce dicte actos de imperio, cual el recurrido, de índole administrativa en verdadera función de tal naturaleza y que cae, por tanto, dentro del ámbito de esta jurisdicción enunciada en el artículo 1.º de la Ley citada y al no hallarse atribuida a otras la cuestión, a tenor del artículo 2.º, por lo que procede no dar lugar a la excepción propuesta»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1965 (Arz, número 554).

«Esta jurisdicción tiene competencia para conocer del asunto objeto de la presente litis, por tratarse de solicitud de indemnización, deducida en la vía administrativa primera y ante esta Sala después, al amparo de lo dispuesto sobre responsabilidad patrimonial del Estado en el artículo 40 de la Ley de 26 de julio de 1957, reguladora de su régimen jurídico.»

B) *Inexistencia del acto administrativo impugnado.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1965 (Arz, número 127).

«La impugnación que mediante el escrito interpositorio del recurso se promueve va dirigida en forma concreta contra lo acordado por los órganos de gobierno de una asociación que por imperio de su normativa creadora—Decreto-Ley de 24 de junio de 1949 y reglamento de igual fecha, hoy sustituido por el de 20 de julio de 1954—fué modelada conforme a la Ley de 6 de diciembre de 1941, reguladora del régimen de Mutualidades y Montepíos, la que en su Exposición de Motivos cuidó escrupulosamente de resaltar el espíritu eminentemente social y privado de las asociaciones de tal clase que se establezcan para fines de previsión, aparte de régimen estatal de Clases Pasivas, en favor de sus asociados, ajenas a todo lucro y con personalidad jurídica totalmente independiente de las entidades, empresas u Organismos que hubieren interve-

nido en su constitución, puesto que así lo previene el artículo 2.º, párrafo último de la mentada Ley y el artículo 3.º, párrafo 2.º del Reglamento para su aplicación fecha 26 de mayo de 1943.

Considerando: Que ante tan clara delimitación de la naturaleza jurídica y fines de la Asociación que ha causado los acuerdos objeto del recurso, fácilmente se advierte que dichos acuerdos no pueden ser reputados actos de la Administración pública.»

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1963 (Arz., número 146).

«Desde primeros del siglo fué una constante en la política de fomento del cultivo del algodón, la acentuada intervención del Estado con la secuela de profundas limitaciones en la autonomía de la voluntad en un cultivo y comercialización, y a este efecto ahora interesa la Ley de 13 de agosto de 1940, Decreto de 5 de noviembre de dicho año y Ordenes de 18 de enero de 1952 y 7 de febrero de 1958, en esta normativa, si bien no se pierde de vista el objetivo del fomento, considerándole de interés público, imponiendo una actividad económica y jurídica, previamente normada (obligatoriedad de cultivo, precio tarifado, obligación de proporcionar semillas y abonos, entrega obligada de algodón en bruto y en su día de fibra) es lo cierto que para salvar la distancia entre el Servicio Público y la complejidad de la explotación y las prestaciones que requiere, que son funciones industriales y agrícolas que difícilmente podía asumir el Estado, se acudió a la técnica de la concesión y determinó que el concesionario montase el servicio industrial por el sistema de contraprestaciones privadas e individuales, reservándose el Estado facultades como la de adquirir la fibra, fijar el precio, etc., pero siempre las relaciones entre cultivador y concesionario fueron y son típicamente privadas, sometidas a normativa de derecho común y a la jurisdicción de esta clase, y así los riesgos de la cosa los corre el cultivador hasta que entrega al concesionario y éste desde entonces, todo lo que indica que se está en presencia de unas convenciones obligacionales muy complejas en las que concurren caracteres propios de varios contratos en cuya conjunción pierden caracteres propios, pero ello es querido por las partes y sea cualquiera su denominación técnica (las partes aceptan la de un contrato atípico), es lo cierto que da lugar a un juego de obligaciones tanto de dar como de hacer, cuyo alcance económico está previsto en su regulación legal específica y en el contrato modelado y oficial»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 708).

«No se recurre en realidad contra la disposición que resolvió el concurso de traslado otorgando en su parte dispositiva al demandante el Registro de Talavera de la Reina por su preferente derecho de estar condecorado con la medalla militar individual, y sí la "motivación" de la resolución, en la que se hacen unas consideraciones sobre la Ley de 18 de diciembre de 1950, que, al no reflejarse en la parte dispositiva, no deciden el asunto, ni constituyen acto o materia recurrible, y que, al no emanar del órgano competente, conforme al número 3.º del

artículo 14 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no tienen valor de disposición reglamentaria ni fuerza obligatoria o vinculante en el futuro.»

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 689).

«Lo anteriormente expuesto pone de relieve la inexistencia del acto administrativo recurrible, en el sentido de acto que haya podido dar lugar a una verdadera pretensión contencioso-administrativa, para la cual es ineludible indicar un derecho o un interés que haya podido sufrir lesión.»

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 552).

«No se puede confundir ni identificar una federación de productores de arroz con el Estado o con la Administración.»

C) *Efectos del silencio administrativo.*

a) *En vía de petición.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 710).

«El interesado, de no optar por aguardar a que se le notificara ésta, debió deducir su recurso de alzada, dentro de los quince días siguientes al 25 de junio de 1962—fecha en que vencieron los tres meses desde que acusó la mora en resolver—, y como no lo hizo hasta el 12 de noviembre posterior, es evidente la extemporaneidad con que lo produjo, y en su consecuencia la procedencia en Derecho de la resolución recurrida.»

b) *Efectos especiales del silencio positivo.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 693).

«Considerando: Que el núcleo fundamental, y de preferente enjuiciamiento, en esta litis, se centra en la interpretación del artículo 151 del vigente Reglamento de Obras y Servicios Municipales de 17 de junio de 1955, es decir, en dirimir la controversia entre el Ministerio de Industria, que entiende que la resolución por silencio administrativo positivo, establecida en dicho artículo para el caso de aprobación ministerial de modificación de tarifas, no es aplicable a tal modificación cuando se refiere a un servicio municipalizado—como lo es el de abastecimiento de aguas de Las Palmas—, sino únicamente a la

aludida modificación, en la hipótesis de gestión indirecta del servicio; frente a la tesis de la Corporación recurrente, que entiende que la aprobación ministerial puede darse, y se dió en este caso, por aplicación del llamado silencio administrativo positivo establecido en el artículo citado, norma que juega sin tener en cuenta la distinción entre formas de gestión directa o formas de gestión indirecta del servicio de que se trata.

Considerando: Que en razón a este planteamiento de la cuestión litigiosa, parece conveniente fijar el sentido y alcance del artículo mencionado con ayuda de los criterios exegéticos o reglas de interpretación acostumbrados, y comenzando por el de la *ratio legis*, fundamento justificativo de finalidad que explica razonablemente a norma, preciso es reconocer, que ni se ha alegado, ni se percibe el motivo racional que hubiera servido de apoyo al legislador, para dar distinto trato a la aprobación de una modificación de tarifas de un servicio realizado por gestión directa, y a dicha modificación en los casos de gestión indirecta; porque la norma jurídica no es mandato caprichoso y la mencionada diferencia de trato habría de estar fundada en una causa justificativa, de índole escuetamente jurídica, económica, política o de otra naturaleza que explicase el por qué a la aprobación de unas tarifas por el Ministerio se ha de aplicar el silencio administrativo cuando el servicio se hace por gestión indirecta y no se ha de aplicar cuando el servicio está municipalizado, y lejos de encontrarse esa causa justificativa, resulta, por el contrario, que, si uno de los motivos de la actitud de prevención y recelo que parte de la doctrina administrativa siente por la aplicación del silencio administrativo positivo es el de que la apatía o pasividad de uno o varios funcionarios puede determinar el que, en la gestión de la *res publica*, la voluntad de la Administración sea, por ministerio de la Ley, sustituida por la voluntad particular, tal reflexión más parece que pudiera justificar la negativa de aplicación del silencio positivo a la aprobación de tarifas confeccionadas por una empresa o particular concesionarios que aspiran a un lucro, y no a la aceptación de tarifas procedentes de una entidad de la propia Administración pública en su esfera local, cuyo fin no es el lucro, y que obra, no ya en la zona de su esfera de competencia, sino más bien en la de cumplimiento de una de sus obligaciones legales; la de abastecimiento de aguas al Municipio, por lo que no hay *ratio legis* justificativa de la tesis de la Administración demandada en esta litis.

Considerando: Que en orden a una interpretación lógica, que mira al encuadramiento sistemático de la norma en el conjunto de la legislación en la cual está comprendida, conviene tener presente que el principio de aplicación del silencio administrativo positivo se formula en el artículo 374, número 2, de la vigente Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, dejando a salvo los preceptos especiales que le regulen en determinadas materias, con la posibilidad, por tanto, de que en estas determinadas materias funcione sin denuncia de la mora, como lo establece el artículo 151 del Reglamento de servicios, y es también significativo el apartado 4.º del artículo 65 de este Reglamento, que aplica claramente el silencio administrativo positivo a la decisión ministerial en la hipótesis de tarifas elaboradas por la Corporación municipal, relativas a servicios municipalizados; pues si ello acaece con el proyecto originario de las tarifas, no es explicable el dar, contradictoriamente, solución distinta para la hipótesis de la mera modificación de tales tarifas; diferencia de regulación cuya inexplicabilidad se pone también de manifiesto al observar que el discutido artículo 151 está inserto en el capítulo VI del Reglamento dedicado genéricamente a las tarifas, aparte de los capítulos III, IV y V, reguladoras de las distintas

formas de gestión, con todas las cuales reza el principio general sentado en el artículo 148—inicial del capítulo VI—de que las tarifas todas, sin distinguir modalidades de gestión de los servicios, se requiere que sean fijadas y aprobadas por la Corporación, a la que se le denomina titular del servicio, y sólo cuando se trate de un servicio de carácter industrial o mercantil, por el Ministerio al que corresponde la inspección del mismo; es decir, que la fijación y aprobación de las tarifas son, siempre y fundamentalmente, competencia del Ayuntamiento, el cual no sólo es titular del servicio, según el artículo 101, letra c) de la Ley de Régimen Local, sino obligado a su prestación en este caso, con arreglo al artículo 103, letra e) de la misma Ley; teniendo la actuación ministerial, cuando proceda, un carácter de inspección o control; y así también es de interés recordar el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que establece que el silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los organismos superiores sobre los inferiores.

Considerando: Que, con estas premisas, la interpretación gramatical del citado artículo 151 revela asimismo un sentido que tampoco se acomoda a la tesis ministerial en esta litis, pues, en primer lugar, hay que advertir que la única parte de él que interesa en esta litis es su párrafo número 3, que es el precepto que establece y regula el silencio administrativo cuya aplicación se discute pues los párrafos números 1 y 2 nada tienen que ver con dicha modalidad de manifestación administrativa, limitándose a señalar, el primero, que las tarifas de los servicios públicos podrán ser modificadas en todo momento por la Corporación concedente atendiendo a las condiciones económicas y sociales relevantes del servicio, y el segundo, a sentar la regla, perfectamente lógica y justa, de la intervención de la empresa o el concesionario en el expediente de modificación de tarifas en los casos de gestión por empresa mixta o concesionarios, y a la exégesis de la redacción clara y terminante del párrafo que aquí interesa, el tercero, hay que aplicarle la fundamental y antigua regla *ubi lex non distinguit nec nom distinguere debemus*, por que el hecho contemplado por la norma en cuestión, supuesto fáctico que determina la actuación de ésta, es pura y simplemente la modificación de las tarifas, de todas las tarifas de servicios municipales en que tenga intervención un Ministerio, sin distinguir en cuanto a su modalidad de gestión, una vez que son aprobados por la Corporación municipal—que es la que los aprueba siempre, ya se confeccione por técnicos para tal operación designados por ella, ya sean propuestas por concesionarios o empresas mixtas—, y el silencio administrativo positivo que en esta litis se discute es el que versará sobre la aprobación que, en su caso, ha de hacer «además»—como dice el artículo 148 del Reglamento—el Ministerio correspondiente; no existiendo nada, por tanto, en el texto del número 3 del artículo 151, que justifique tampoco gramaticalmente la interpretación que pretende dar al precepto la Administración demandada.

Considerando: Que la aplicación de la llamada interpretación histórica que acude en la labor exegética a los orígenes y procedentes de la norma a interpretar, arroja el mismo resultado, pues el precepto en el que se estableció el silencio administrativo positivo de que se trata, precepto que ha estado vigente en el período aproximado de veinte años anterior a 1955, es el párrafo 2 del artículo 142 de la Ley municipal de 1935, que implantó esta modalidad de declaración administrativa, precisamente—y es interesante hacerlo resaltar—para la aprobación ministerial de tarifas de servicios municipalizados, y la confronta-

ción de la disposición actual y su precedente pone de manifiesto: a) la continuidad de la instrucción en lo esencial, sin cambio sustancial de criterio legislativo que, naturalmente, se hubiera manifestado en una derogación expresa y radical; b) que las dos únicas modificaciones implantadas por vigencia del artículo 151 del actual Reglamento de Servicios con relación al párrafo 2 del artículo 142 de la Ley municipal de 1945 son de mero detalle relativas a estos dos extremos: ampliar a tres meses el plazo de sesenta días, que para la aplicación del silencio administrativo positivo fijaba la Ley anterior, e iniciar el cómputo de tal plazo, no a partir del envío al Ministerio o, según el Registro municipal, de la documentación oportuna—como hacía la Ley de 1935—, sino a contar de la fecha en que los documentos hubieran tenido entrada en el Ministerio; conservación sustancial de una institución, nacida concretamente para la hipótesis de un servicio municipalizado, y mero retoque de dos detalles de tramitación, que refuerzan claramente el criterio de la Corporación hoy recurrente; criterio que además fué también el de la Sección de Recursos del Ministerio de Industria, en sus dos informes de 21 de junio de 1961 y 28 de marzo de 1962, y el del Abogado del Estado de la Asesoría en el suyo de 30 de junio de 1962, informando en el sentido contrario.

Considerando: Que la Dirección General de Industria denegó expresamente la modificación de tarifas, aprobadas por el Ayuntamiento de Las Palmas, en 23 de abril de 1960, es decir, sobrepasados los tres meses de que habla el artículo 151 del Reglamento de Servicios, puesto que la remisión de la documentación al Ministerio se hizo el 17 de diciembre de 1959 y tuvo su entrada en el Ministerio el día 24 del mismo mes y año, y entablado por el Ayuntamiento recurso de alzada ante el Ministerio, haciendo valer la tesis municipal de que había tenido efectividad la resolución tácita regulada por el artículo 151 mencionado, el Ministerio, en Orden de 3 de diciembre de 1963—casi a los cuatro años desde que se instó la aprobación de las tarifas—deniega tal recurso de alzada, aduciendo para ello un nuevo y extraño argumento que se apoya en un informe que se pidió a la Dirección General de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas, en el que dicho Centro, después de enumerar diversos aprovechamientos de aguas, que a partir de una Ley de 16 de marzo de 1906 se otorgaron al Ayuntamiento de Las Palmas, alude a que esta Corporación no solicitó tarifa (se otorgaron al Ayuntamiento de Las Palmas) «de concesión» respecto de aquellos aprovechamientos; pero no se comprende cómo tal alusión pueda borrar el hecho de que el Ayuntamiento tiene municipalizado el Servicio de Abastecimiento de aguas procedentes de varios de orígenes, desde que en 1946 cesó la primitiva empresa concesionaria, el de que viene cobrando a los usuarios unas tarifas, y la evidencia de un acuerdo municipal de modificación de las mismas y la solicitud de su ratificación por el Ministerio, el cual no emitió resolución expresa sobre ello en el plazo señalado en el artículo 151 del Reglamento vigente de Servicios municipales.

Considerando: Que por todo lo expuesto es de estimar como jurídicamente correcta la pretensión del Ayuntamiento de Las Palmas en orden a la aplicación del silencio administrativo positivo regulado en el citado artículo del Reglamento, sin que la indole de esta conclusión permita apreciar temeridad o mala fe a efectos de costas.»

SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.789).

«... El reconocimiento de vicios esenciales determinantes de nulidad ha de tener primacía a la aplicación automática del silencio administrativo positivo, que no puede actuar como esponja lavadora de tales defectos esenciales.»

D) *Irrevocabilidad.*

[Ver, además de la sentencia que sigue, la de 14 de enero de 1965, en VI, 1. A) a).]

SALA 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 674).

«Es aplicable a la esfera de actuación propia de las Corporaciones locales el principio general de la irrevocabilidad *per se* de los actos declaratorios o constitutivos de derechos subjetivos, compatible con la excepción referida a las licencias municipales cuando desaparecieran sus motivos, sobrevinieran nuevas circunstancias o se alteraran los criterios urbanísticos que las determinaran, pero en el caso de autos el cambio de actitud del Ayuntamiento obedecía exclusivamente—según expreso reconocimiento de la Corporación autora del acto—al ejercicio de la facultad señalada en el apartado 3.º del artículo 362 de la Ley de Régimen Local, que impone a los Alcaldes el deber de suspender los acuerdos contrarios al orden público, supuesto que se estimó producido por el tumulto diario provocado por diversos vecinos o residentes en la barriada, contrarios a la edificación que el apelado se propuso efectuar; mas, como acertadamente puntualizó el tercero de los Considerandos de la resolución apelada—anteriormente reproducida—, nunca pueden transformarse las precisiones que sobre la acción jurídica de orden pública y sus concreciones especiales aporta la legislación especial en la materia—artículos 1.º y 2.º de la Ley de 30 de julio de 1959—, de tal suerte que invirtiendo los presupuestos determinantes que la acción de la autoridad, en lugar de mantener dicho orden cuando una decisión oficial sea violentamente protestada por actos incluidos en aquellos preceptos, se tome pie de tales perturbaciones ilícitas para reputar que su promoción debe conducir a la revocación de la medida o decisión obstruidas cuando lo lógico y lo normal es precisamente cuidar de que el motín, algarada o escándalo sean adecuadamente reprimidos mediante las medidas de policía municipal pertinentes, para que quede expedito el ejercicio de los derechos declarados o reconocidos por la Corporación; por todo lo cual las decisiones municipales revocadas por la sentencia apelada no pueden prosperar, ni por ello el recurso que se enjuicia confirmando los pronunciamientos de la sentencia.»

3 ACTOS DISCRECIONALES.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1965 (Arz. número 570).

«La Orden controvertida en autos no expone cuáles sean las razones justificantes del ejercicio de la potestad discrecional, aludiendo sólo a los artículos 5.º (debe ser 6.º) y 21, respectivamente, de la Ley de Coordinación de los Transportes Mecánicos y de su Reglamento de 16 de diciembre de 1949, que establecen la competencia para otorgar el derecho discutido teniendo en cuenta las diversas circunstancias concurrentes en orden a la clasificación del nuevo servicio pretendido en cuanto a su coincidencia con el ferrocarril. Pero evidentemente ha de entenderse que la no enunciación explícita de las aludidas razones no puede interpretarse como un uso indebido y abusivo de las meritedas facultades decisorias del particular y llegarse por ello hasta sospechar un proceder arbitrario por parte de la Administración.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.267).

«Que esta norma, básica en la cuestión objeto de esta litis, ofrece características especiales que es ineludible tener en cuenta en su exégesis y aplicación, como son: a) la *ocasio legis* o circunstancias especiales que motivaron su promulgación en la época inmediatamente posterior a la terminación de la guerra civil, momento en el que pudo sentirse la necesidad apremiante de restaurar la marina mercante y la flota pesquera, afectada por la contienda; b) su carácter de norma de emergencia y de excepción a la política normal del Estado de protección a la industria de los astilleros nacionales, así como a la política relativa a divisas, como lo revela claramente el texto del artículo 1.º al indicar que "solamente se faculta al Ministerio para autorizar, en casos especiales, la compra de buques de bandera extranjera, cuando las características de los mismos, precio y forma de pago, aconsejan su importación"—la aconsejen, no la impongan o determinen necesariamente—, y a tales fines exclusivamente—sigue diciendo la Ley—quedan suspendidas las limitaciones establecidas en el artículo 1.º del Real Decreto-Ley de 21 de agosto de 1925, es decir, en la disposición reflejo de la política de protección normal y antes aludida, que aparte una serie de trabas a la importación de buques extranjeros, prohibía tajantemente la de naves de más de diez años; c) que, como se ha indicado, la Ley solamente faculta al Ministro para otorgar la autorización de que se trata, cuando las circunstancias lo aconsejen.

Que de todo ello resulta evidente que, si bien tal otorgamiento no puede calificarse de absoluto y totalmente como acto discrecional—características que de modo unitario y global, no es, en principio, aplicable a ningún acto administrativo—es, sin embargo, incuestionable el margen de discrecionalidad que la Ley deja al Ministro en el enjuiciamiento de los datos o circunstancias que hacen políticamente aconsejable o no la autorización para comprar un buque

de bandera extranjera; juicio sobre la conveniencia o beneficio para la economía nacional de las adquisiciones excepcionales de tales buques que, según el texto de la Ley y la índole de las circunstancias que motivaron su promulgación, únicamente resulta reglado en cuanto a la necesidad de ciertos informes y datos pero que con estas premisas es, en la apreciación de las mismas y en la resolución, marcadamente discrecional.

Que por ello, constando en el dilatado expediente de más de cuatro años de duración, no podrá decirse que ha tenido una resolución excesivamente rápida y poco meditada, los datos y circunstancias mencionados en la Ley de 5 de abril de 1940 no hay base para una impugnación del acuerdo del Consejo de señores Ministros, emitido a propuesta del Ministerio de Comercio, en el que se razona la inexistencia de motivos de interés público que hagan conveniente para la economía nacional la importación del buque extranjero de que se trata.»

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

A) Presentación de escritos a la Administración.

a) Forma y efectos.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1965 (Arz. número 437).

«El acto jurídico de petición ante la Administración no tiene lugar cuando se confecciona una solicitud o se estampa en ella una fecha, bien sea la del mismo momento en que se hace u otra distinta, sino cuando se presenta el escrito ante cualquiera de las oficinas públicas que proceda, según señala el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958»

b) Naturaleza y calificación de los escritos.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 129).

«En cuanto a la presunta extemporaneidad del escrito de fecha 30 de septiembre de 1963, no cabe aceptarla, pues si bien aquélla sería patente si se estimara dicha instancia, tanto como recurso de reposición, cual de alzada, pues al haberse presentado en 5 de octubre de dicho año, estaba transcurrido con exceso el plazo de un mes y quince días, que señalan respectivamente para interponer cada uno de ellos los artículos 52 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa del 27 de diciembre de 1956 y 122 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958; sin embargo, al no darse literalmente ninguno de dichos caracteres al mencionado escrito, sino interesarse simplemente una modificación de preceptos, sin ostentar la condición de reclamación y ejercitando a la vez la acción jurisdiccional, no puede

aceptarse tal solicitud sino como una instancia o petición primaria, que, aunque pudo desestimarse ateniéndose a lo ya dispuesto en los anteriores acuerdos del 15 de julio y 3 de agosto de 1963, fué resuelta conociendo de la cuestión planteada en la misma, lo que obliga a que deba entenderse de ella, al ser impugnada ante esta jurisdicción, con examen a su vez de lo dispuesto en las mencionadas resoluciones precedentes»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 171).

«Una reclamación no es un recurso administrativo, sino que es una petición de un pretendido derecho, ya que para que exista recurso de reposición es preciso que exista un acto previo administrativo, contra el que se recurre, expreso o tácito, previa denuncia de la moral.»

B) *Audiencia de los interesados.*

Supuestos de necesidad y consecuencias de su omisión.

(Ver, además de la sentencia que sigue, la de 25 de enero de 1965. en VI, 6).

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 726).

«En virtud de la reclamación formulada por doña Verónica D. de V., admitida al concurso convocado para proveer la indicada plaza, y por estimar el dicho Centro directivo que la reclamante estaba asistida de mejor derecho, anuló como se dice al nombramiento hecho a favor de doña Petra R., y adjudicó la plaza a la reclamante, y como esto se hizo sin que tuviese aquella noticia alguna del expediente que motivó la reclamación, es visto que la resolución se dictó con manifiesta infracción de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de lo que se sigue la nulidad de lo resuelto porque así lo dispone el artículo 47, apartado c) de la propia Ley.»

5. RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ILEGAL

A) *Actos consentidos, cuya revisión no puede provocarse.*

a) *Supuestos de actos consentidos.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 432).

«Lo que se ataca en el recurso es la convocatoria de unos concursos para provisión normal y restringida de determinados destinos dentro del Magisterio

Primario, lo cual constituye materia de la exclusiva competencia de la Dirección General antes citada por prescripción del artículo 17 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y ello conduce a afirmar que, por disposición del artículo 36, número 5, de la propia Ley, dichos actos ponen fin a la vía administrativa y sólo pueden ser impugnados mediante el recurso contencioso-administrativo, previo el de reposición que exige el artículo 52 de la Ley jurisdiccional y dentro del plazo que señala el artículo 58 de ella, mas como en el caso que se estudia ha incurrido el actor en la desviación procesal de interponer contra los repetidos actos el improcedente recurso de alzada ante el Ministerio de Educación Nacional, que nadie le había señalado, prescindiendo de la reposición y dando lugar con todo ello a la firmeza definitiva de las convocatorias, es visto que se refuerza la falta de idoneidad del recurso promovido.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 433).

«El actor don Manuel C. S. pretende obtener el ascenso a Teniente Coronel, impugnando la Orden de 25 de septiembre de 1961, que le retiró como Comandante; petición de ascenso que ya formuló ante el Ministerio del Ejército en dos ocasiones anteriores y que le fué reiteradamente denegada en resoluciones administrativas de 21 de marzo y 2 de agosto de 1961, actos que adquirieron firmeza y que no cabe revisar en esta vía.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 699).

«Que en la Orden de 7 de enero de 1963, a que se refiere el hecho tercero de la demanda y que se inserta en el Diario Oficial del Ministerio del Ejército de 9 de enero de 1963, aportado al recurso por el demandante, se dispuso el ascenso del recurrente a Teniente Auxiliar de Infantería, escalafonándolo de acuerdo con el principio de hacerlo primero con los Subtenientes y después con los Brigadas, figurando el recurrente en el grupo de Brigada, y claro está que tal Orden es la que pudo lesionar derechos del mismo, y al no ser objeto de recurso alguno debe entenderse firme y consentida, y las resoluciones recurridas referentes a peticiones con fundamento en tal Orden hacen que el recurso sea inadmisibile, como alega el Abogado del Estado, teniendo en cuenta el apartado a) del artículo 40 de la Ley jurisdiccional, ya que tales resoluciones son confirmatorias de la Orden expresada, debiendo tenerse presente tal artículo en relación con el apartado c) del artículo 81 de la misma Ley»

(En el mismo sentido, la de 2 de febrero de 1965, Arz., número 700).

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 671).

«Una y otra resolución o acuerdo quedaron firmes al poner la segunda fin a la vía administrativa en que fueron pronunciadas, sin que la última fuera objeto, en su momento, del correspondiente recurso contencioso-administrativo de su razón, por lo que al haber sido consentidas por las partes interesadas, no

cabe ahora hacerlas objeto de la actual demanda, ni menos incluirlas en el *petitum* de la misma como pedimento expreso de su revocación por esta jurisdicción revisora.»

b) *El consentimiento y la notificación correcta del acto.*

a') *Efectos normales de la notificación defectuosa.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1965.

«Respecto a la alegación consignada en el apartado a) del Considerando primero, suscitada por la representación de la recurrente relativa a que la Orden de 11 de agosto de 1961 ha sido consentida y firme, no tiene eficacia alguna, por cuanto que no ha sido notificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 79, número 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 551).

«Las notificaciones defectuosas no producen efecto alguno y el plazo para interponer la reclamación económico-administrativa debe contarse desde que se practicó correctamente, subsanando el error de la anterior, pues de lo contrario se mermarían las garantías del contribuyente por errores de la Administración.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 728).

«Como la desviación procesal que se deja señalada debe su origen a que la propia Administración, al notificar al actor las dos resoluciones de la Dirección General de Previsión de que se hace mérito le indujo a error por indicarle como procedente el recurso de alzada en vez del contencioso-administrativo que era el adecuado conforme al artículo 37 de la Ley de esta jurisdicción, fácilmente se advierte la infracción del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en que inciden las mencionadas notificaciones y su consiguiente invalidez prevenida en el artículo 59 de la repetida Ley jurisdiccional, la que debe ser declarada, incluso de oficio, por los Tribunales, en atención al carácter de orden público de las normas procesales y a la obligación que a los mismos les incumbe de velar por la pureza del procedimiento y por las garantías que a los administradores otorga el Ordenamiento jurídico vigente, doctrina ésta ya mantenida en múltiples sentencias, entre las que se cuenta la de 21 de enero de 1963.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 566).

«Tratándose de una notificación defectuosa, puesto que se indicó un recurso improcedente, lo adecuado es anular, como se ha hecho la diligencia informal

y las subsiguientes, reponiéndolos al momento de la comisión de la falta, para que luego prosiga en legal forma el curso de los autos una vez subsanado el vicio de formalidad advertido, máxime si fuese la Administración la autora de ella, lo que en modo alguno puede conducir a una inadmisibilidad ya subsanada por el procedimiento legal pertinente»

b') *Subsanación de sus defectos.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 705).

«Aun cuando por el recurrente se alude a que en la notificación de la resolución impugnada no se le hizo saber cuál era el recurso que contra ella podía utilizar, ninguna consecuencia procesal favorable al mismo cabe inferir de tal circunstancia, pues, aparte de que nada protesta ni aquí postula en relación con tal extremo, es obligado tener en cuenta que, con arreglo a lo que dispone el artículo 79, párrafo 3.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, las notificaciones defectuosas surtieron, sin embargo, efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido o se interponga el recurso pertinente; y como en el caso de autos, es el propio actor quien se da por notificado, en 12 de agosto de 1963—según se expresa en el escrito de interposición del recurso y en el hecho sexto de la demanda—, así como también es el contencioso el recurso pertinente, aunque con la obligación, que antes se menciona, de cumplir el previo requisito de la reposición, que se ha omitido en este proceso, salta a la vista lo injustificado de la omisión de referencia.»

c') *Casos en que no es necesaria la notificación*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 437).

«Los requisitos del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo se refieren a la notificaciones individualizadas que se hagan a cada uno de los interesados en una resolución y no cuando se trata de una notificación de carácter general, que afecta a determinada pluralidad de personas, a las cuales se da a conocer el acuerdo resolutorio de la Administración mediante su inserción en el *Boletín Oficial del Estado*, procedimiento admitido en el apartado b) del párrafo 3º del artículo 58 de la Ley jurisdiccional.»

B) *Cómputo de los plazos de interposición del recurso de reposición (un mes) y del contencioso-administrativo.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.466).

«... como los meses han de contarse de treinta días por el precepto de carácter general, contenido en el artículo 7.º del Código civil, que sustituyó en este particular a lo que disponía sobre esta materia el artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 98).

«Cuando la Ley de la jurisdicción habla de meses, éstos han de entenderse de treinta días, por aplicación del artículo 7.º del Código civil, que tiene carácter general, empezando a contarse el plazo el día siguiente de la notificación o publicación conforme previene el artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reproduce el artículo 59 de la de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 y terminando con el día del vencimiento.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 411).

«Computando conforme a tales precisiones cronológicas el plazo de un mes a contar de la notificación que para pedir reposición establece el artículo 52, párrafo 2, de la Ley rectora de la jurisdicción, y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 305 de la de Enjuiciamiento Civil, supletoria, y el 7.º del Código civil, a tenor de los cuales el aludido plazo es equivalente a treinta días naturales, como ha declarado además con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, es manifiesto que el recurso de reposición contra el acto administrativo originario se planteó en este caso extemporáneamente, esto es, al día trigésimo tercero posterior al de arranque del cómputo.»

C) *Recurso de reposición.*

a) *Imposibilidad de subsanar, fuera de plazo, su omisión, en los casos en que es necesario.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 163).

«Aunque este Tribunal tiene sentado en la sentencia de 6 de abril de 1963 que "si bien era inexcusable para la Sala, por imperio del artículo 129-2.º de la Ley jurisdiccional, subsanar el defecto de la interposición del recurso de reposición para que se formulase éste en el plazo de diez días, bien porque el acto administrativo estuviese mal notificado, bien porque quedase plazo para interponerlo, o bien como dice la sentencia de 17 de mayo de 1961, de esta misma Sala, para acreditar que se había interpuesto oportunamente...", no es, sin embargo, posible abrir un plazo inprorrogable fenecido, beneficiando a quien no habiéndolo interpuesto oportunamente acuda al subterfugio de instar la subsanación en vía procesal", empero no se refiere ciertamente tal sentencia al caso de publicación de un acto administrativo—y así lo declara inadmisibles la sentencia de 17 de marzo de 1962, para caso análogo—, a quien no había por qué notificar personalmente por no ser parte en el expediente, como en el caso concreto debatido, y consiguientemente no ha de producirse efecto anulatorio del acto de la publicación, el cual ha de surtir solamente para el de la notificación personal que no prevenga los recursos que proceden contra la misma y que han de sujetarse a lo dispuesto en el artículo 79, número 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pues sólo tendría que figurar tal prevención en los actos admi-

nistrativos publicados cuando, según el artículo 88-3.º los interesados en un procedimiento sean desconocidos, o se ignore su domicilio, pues entonces la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio y en el *Boletín Oficial del Estado* o de la provincia, circunstancia que no concurre en el Ayuntamiento de Oyarzum por no ser interesado en el expediente cuando se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* de 30 de julio de 1962, la orden ministerial de 14 de julio de dicho año, que otorgó la concesión de 25 litros de agua por segundo al Ayuntamiento de Rentería para abastecimiento de la población.»

b) *Es innecesario para recurrir directamente disposiciones generales.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 689).

«El acto administrativo impugnado—el anuncio convocatoria de un concurso de la Escuela Nacional de Medicina del Trabajo—, no habiéndose dirigido nominativamente a personas individuales determinadas, sino a todas las que en el ámbito nacional poseyeran ciertos títulos y condiciones, es evidentemente una disposición de carácter general de las comprendidas en el apartado 4.º del número 2 del artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de 26 de julio de 1957; exceptuada, por tanto, del recurso previo de reposición con arreglo al artículo 53, letra e), en relación con el 39, número 1, de la Ley jurisdiccional»

D) *Legitimación del recurrente.*

a) *Concepto de «interés directo».*

SALA 3.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 217).

«La doctrina judicial ha venido a definir certeramente, por algunas sentencias de este mismo Tribunal, a dicho interés legitimador, como aquel que de prosperar la reclamación entablada originaría un beneficio jurídico efectivo en favor del accionante (sentencias de 28 de abril y 6 de julio de 1959 y 12 de mayo de 1960), e insistiendo en esta tendencia, la sentencia de 20 de marzo de 1961, Sala 5.ª declaró que existe dicho interés cuando la resolución que se postula es capaz de provocar una declaración judicial que favorezca de algún modo al actor, aunque carezca de apoyo en un modo, digo, precepto legal concreto y declarativo, "pues de exigirlo" significaría volver a confundir los términos, interés y derecho gramatical y jurídicamente diferenciados (sentencia de 6 de julio de 1959), llegándose, en la de 11 de mayo de 1963, a decir que el artículo 28 no tiene en cuenta la naturaleza que pudiera llamarse substantiva, del interés, sino su relación inmediata substantiva, digo, con la repercusión o efecto del acto administrativo recurrido..., exigiéndose por ello solamente que tal repercusión no sea lejanamente derivada o indirecta, sino que sea consecuencia o secuela inmediata del acto administrativo que se impugna, y en la de 6 de noviembre de 1958 se añade que existe cuando la no anulación del acto originaría al recurrente un perjuicio, por ello es claro que allí donde exista un beneficio en

favor del actor, condicionado por la sentencia que se dicte, existe interés directo legitimador de la demanda y su titular »

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1961 (Arz., número 432).

«Con arreglo al terminante precepto contenido en el artículo 28, a) de la vigente Ley rectora de esta jurisdicción "estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho y la consiguiente anulación de los actos de la Administración, quienes tuvieren interés directo en ello", cuya locución denota la necesidad de que exista una verdadera relación en línea recta entre "la situación jurídica definida" o creada por el acto administrativo y la individualizada que corresponde efectivamente al administrado que trate de impugnar aquél, bien sea por alcanzarle derechamente la obligación de su cumplimiento o bien porque lesione un derecho que en realidad le corresponde, circunstancias éstas que deberán constar acreditadas en las actuaciones para que la legitimación pueda tenerse por cierta y eficaz.»

b) *Casos en que existe.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 567).

«Por interés directo ha de entenderse "el beneficio jurídico" que en favor del demandante no produciría en el caso de prosperar la pretensión, según la noción que se ha reiterado en la jurisprudencia de este alto Tribunal, y en este sentido, si bien no se llega a patrocinar la llamada "acción popular", si se ha estimado el llamado interés *competitivo*, el *profesional* o *de carrera*, el interés por razón de vecindad y tantos otros, que permiten llegar a la conclusión de que cuando, como en el supuesto enjuiciado se trata, en cierto sentido de intereses económicos, y sobre todo del alcance e interpretación de una cláusula contractual que la reclamante estima favorable a su tesis, no cabe negar a la actora la legitimación activa »

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 217).

«Ya en el mismo escrito que se presentó en dicha vía se consigna textualmente que "el acuerdo impugnado perjudica grandemente a la futura vida escolar del Colegio que el reclamante dirige por cuanto al quedar reducidas las futuras becas que se concedan o puedan concederse a los alumnos que cursan estudios de bachillerato en tal centro a la cantidad de 6.000 pesetas, forzosamente ocurrirá que tales posibles becarios escojan otros colegios con becas de 11.000 pesetas". Este interés es tan patente que no puede dudar de él, ni tampoco puede ser confundido ni identificado con el interés jurídicamente protegido del particular a que se declare una situación subjetiva individualizada que en este caso recaería en los alumnos titulares del derecho a la beca, como portadores del interés en que el derecho subjetivo consiste, y si, en cambio, se manifiesta el interés legitimador a que el artículo 28 de la Ley de esta jurisdic-

ción se refiere, como hemos visto, ya que de triunfar la petición del actor, se produciría una situación económico-jurídica en favor del Colegio, francamente favorable para su vida docente, aunque esta declaración no se apoye en un precepto concreto legal declarativo de un derecho propio, porque no lo precisa, razón por la que debe ser desestimada la alegación de inadmisibilidad examinada que el Abogado del Estado ha planteado como previa al resto de las peticiones.»

c) Casos en que falta.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 409).

«La circunstancia de que una persona dedicada a una actividad industrial mercantil o profesional cualquiera pueda resultar más o menos indirecta y lejanamente afectada por el aumento de número de los que se dedican a la misma profesión libre, o por la ampliación de actividades de los que ya lo están, por virtud de una licencia municipal o un acto administrativo semejante, no basta para que aquella persona tenga la condición aludida en el artículo 296 del Reglamento citado como "interesado en el expediente" y a quien la Corporación que tramita éste tenga que hacerle el requerimiento por escrito del párrafo 2 del mencionado artículo, y menos en el caso de que aquí se trata, en que el acuerdo del Ayuntamiento se refería a un negocio contractual sobre un bien inventariado como patrimonial de propios, en régimen de Derecho privado; todo lo cual hace que no pueda estimarse contraria a Derecho la sentencia apelada en cuanto declaró la inadmisibilidad del recurso.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 564).

«Si bien es cierto que la demandante, a virtud de su denuncia, fué revestida de carácter oficial para obtener en las oficinas públicas los documentos necesarios para la investigación, todo ello por el plazo de un año, esa Orden de 25 de octubre de 1949 no hizo más que reproducir lo dispuesto en los artículos 61, 62, 63, 66 y 70 de la Instrucción dicha que permite a los particulares presentar a la Administración las denuncias que estimen convenientes para la investigación de bienes que disfrutaban personas distintas de la entidad a las cuales, cuando la denuncia es admisible, se les concede un plazo no superior a dos años para la investigación de carácter oficial, pero eso no quiere decir, porque la Instrucción no lo dice ni la Orden ministerial tampoco, que por el hecho de que al particular denunciante se le admitía la denuncia sobre investigación al terminar su gestión se le prive del derecho que a los demás se les reconoce, de interponer los recursos contencioso-administrativos procedentes, máxime cuando como en el caso presente ocurre, no interpone esta acción obrando por delegación de la entidad pública ni como mandatario o agente de ella.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 162).

«FECSA no tiene interés directo que es el exigido por la Ley, porque al declararse la caducidad de la concesión otorgada a fuerzas motrices, automática-

mente las aguas del río quedaron libres porque cuando el señor D. solicitó la ampliación de su aprovechamiento, FECSA no recurrió ni acudió a la información pública ni presentó proyecto en competencia, y por último, porque el interés que FECSA puede tener en la resolución del presente recurso es puramente económico general, al igual que lo puedan tener todas las personas interesadas en que se les concediesen aprovechamientos en las aguas de ese río, pero esto no es el interés directo que la Ley exige, sin que por otra parte, con la resolución ministerial se haya lesionado ninguna clase de derechos (que se haya lesionado ninguna) que FECSA tuviera o le hubiera podido corresponder.»

d) *Transmisión de la legitimación.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1965 (Arz, número 697).

«Considerando: Que la sustitución de unas personas por otras dentro de un mismo proceso frecuente en la vida del derecho y específica en los casos de fallecimiento de litigantes, condiciona su viabilidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al requisito indispensable de la legitimación, que ha de darse por igual en el sustituto y en el sustituido; esta legitimación procesal la transmite normalmente el causante al causahabiente y concurre en ambos, para las situaciones jurídicas, cosas o derechos transmitibles *mortis causa*. Pero no cuando el pleito pendiente versa sobre derechos personalísimos inheredables y que la muerte extingue; así lo ha entendido el legislador español que, rompiendo el silencio de anteriores ordenamientos sobre este problema jurídico, en el artículo 31 de la Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956 expresamente admite la sucesión de la persona que inicialmente hubiese actuado como parte en el proceso, sólo cuando su legitimación derive de alguna relación jurídica transferible al causahabiente.

Considerando: Que en el presente recurso se postula el nombramiento de don Luis M.-S. R. para una plaza de Médico neuropsiquiatra del Seguro Obligatorio de Enfermedad: nombramiento de imposible realización hoy, en que dicho señor ha fallecido; por lo que, no siendo el derecho litigioso transmisible a sus herederos, es evidente la falta de legitimación de éstos para suceder en este proceso a su causante y la procedencia de acoger la causa de inadmisibilidad B. del artículo 82 de la Ley citada, dando adecuada forma jurídica a la reiterada petición del coadyuvante que niega personalidad a los herederos del demandante para continuar el pleito.»

E) *Representación.*

Requisitos del poder.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1964 (Ar, número 4.729).

«Es necesario atenerse a la doctrina del estatuto formal en Derecho internacional privado, reconocida en el artículo 11 del Código civil y 600 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a lo cual son aplicables las solemnidades

exigidas por la legislación española a la escritura de mandato otorgada en el país de origen del recurrente, siempre que debidamente legalizada reúna, como en el caso presente, los requisitos esenciales exigidos por la legislación del Estado de otorgamiento.»

F) *Requisitos procesales de la interposición.*

a) *Dictamen previo de Letrado, exigible a ciertas Corporaciones.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 4.877).

«Que tanto el artículo 370 de la Ley de Régimen Local como el artículo 338 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, exigen de manera imperativa para el ejercicio de las acciones que a las Corporaciones corresponda, el dictamen previo de un Letrado, denominación ésta que tanto en términos gramaticales como jurídicos sólo puede atribuirse a la emisión de una opinión fundada en preceptos legales sobre la procedencia de la acción que se pretende ejercitar, pero nunca a unas opiniones particulares de un funcionario, aunque sea Abogado, sin fundamento jurídico alguno.

Que no puede tener el carácter de informe de Letrado el escrito obrante en el expediente abierto por el Ayuntamiento de Lérida acompañado a la demanda, de fecha 18 de abril de 1963 y suscrito por el Jefe de la Sección de Abastecimientos y Transportes, en el que aparte de transcribir literalmente la comunicación del Ingeniero Jefe de Obras Públicas de la provincia de 4 de abril de 1963, se limita a estimar procedente se interese de la Jefatura de Obras Públicas dicha, aclarar el párrafo 3 del apartado 4.º de su referido escrito en el sentido de a qué clase se ómnibus se refiere, pues esta manifestación le hace como Jefe de la Sección, con absoluta independencia de la cualidad de Letrado que pueda corresponderle.

Que tampoco tiene el carácter de informe previo de Letrado el emitido el 10 de julio de 1963 por el Letrado Jefe de la Sección de Fomento, ni el del Letrado Jefe de la Sección de Hacienda de la misma fecha, no solamente porque no contienen ni un solo fundamento jurídico, limitándose a informar el primero "que considera de importancia para los intereses municipales, la personación y defensa de este excelentísimo Ayuntamiento, el presentar el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante los Tribunales de Madrid, designando al efecto el Procurador y Letrado que menciona", y el segundo, a hacer suyo el dictamen anterior, ya que de las fechas de esos informes claramente se ve que han sido emitidos después de dictarse la resolución de la Dirección General de Carreteras recurrida y lo que la Ley ordena es que los informes del Letrado sean previos al ejercicio de la acción, pero no posteriores, como sucede en el presente caso, esto aparte de que la existencia previa de tales dictámenes, tenía que haberse acreditado en el expediente administrativo y no se acreditó tal extremo ante la Dirección General, por no haberse emitido hasta entonces.»

b) *Pago de cantidades liquidadas en favor de la Hacienda.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.564).

«... basta para entender cumplido lo que dispone el artículo 57 en su apartado e), número 2, que la cantidad ha sido ingresada en la Caja General de Depósitos a disposición de la Administración. .»

c) *Declaración de lesividad.*

Ha de referirse a un acto propio.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 97).

«... la violación de disposiciones denunciadas en un proceso de lesividad ha de tener, según señala la sentencia apelada, conexión con el carácter lesivo invocado, pues es precisamente la lesión, económica o de otra índole producida, lo que justifica que el Ayuntamiento pueda aducir, para pedir la anulación de su propio acuerdo, defectos causados o en los que incurrió la Corporación misma que los alega y utiliza para ello un plazo excepcional de alegaciones de cuatro años desde la fecha de dicho acuerdo, por lo que cuando, como en este caso, la lesión señalada, si existe, está determinada por una disposición de la Administración Central, no se da la conexión indicada entre tal lesión y las tachas procesales del acuerdo municipal.»

G) *Competencia de los órganos jurisdiccionales.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO —SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 4.987).

«No cabe impugnar las resoluciones de los titulares de los Departamentos ministeriales ante órgano jurisdiccional distinto del expresado Alto Tribunal (Supremo).»

H) *Objeto del recurso.*

a) *Requisitos del acto impugnabile.*

Ha de ser un acto definitivo.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 540).

«La resolución gubernativa, que se confirma por la Orden impugnada, sostiene, en el primer extremo de su parte dispositiva, un pronunciamiento declaratorio de ser abusiva, una galería de captación de aguas construida por la

parte demandante, el cual no puede menos de merecer la calificación de definitivo, y ello priva a dicha Resolución y Orden que la ratifica, del carácter interlocutorio que se les atribuye por el Representante de la Administración. Por tanto, debe ser desestimada la alegación de inadmisibilidad que se formula con fundamento en tal motivo.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 553).

«La orden impugnada confirmó una resolución administrativa relativa a acuerdo de práctica de un deslinde de zona marítimo-terrestre, pronunciamiento que no puede menos de merecer calificación de definitivo.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz. número 5.512).

«Que una reiterada jurisprudencia que emana de esta misma Sala viene declarando que el acto de formulación del pliego de bases en los expedientes sobre concesión de transportes terrestres se debe estimar como resolución o acto administrativo de mero trámite, ya que no decide directa ni indirectamente el fondo del asunto poniendo término a la vía administrativa...»

b) *Su delimitación precisa.*

En relación con la vía administrativa.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 394).

«Aceptado de modo tan manifiesto en la vía gubernativa por los ahora demandantes que el mentado personal no puede ser calificado de trabajador u operario sometido a la regulación positiva del trabajo, la invocación en la demanda de que el nexo de las religiosas y religiosos que prestan sus servicios en la Universidad tienen en su relación con el Centro un matiz laboral, ya abiertamente contra el anterior reconocimiento de lo contrario, y en consecuencia, ese cambio de criterio, incongruente con la postura de aquiescencia adoptada en la vía de alzada, no es dable tomarse en cuenta en fundamento de la reclamación, ya que la amplitud de motivos que permiten los artículos 43 y 59 de la Ley jurisdiccional ha de entenderse siempre subordinada a que no se altere con ello lo alegado y consentido ante la Administración en base de lo que dictó el acto que se pretende revisar, por lo que el recurso en la vía contenciosa necesita ofrecer adecuación con los términos de lo accionado en la gubernativa.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 553).

«Los motivos que han de examinarse en el actual proceso son los que fueron planteados ante la Administración en la alzada que dio lugar a la Orden com-

batida, y no otros, en virtud de la índole estrictamente revisora de esta jurisdicción.»

I) *Demanda.*

Forma.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.841).

«En la demanda deducida por el actor aparecen consignados con la debida separación los hechos y los fundamentos de derechos y también figura aparte en el final escrito la pretensión que formula que es su derecho al ascenso a Coronel que le fué denegado por el Ministerio del Ejército, siquiera no emplee la fórmula de súplica, pero sí tenga la concreción necesaria para conocer con claridad la pretensión.»

J) *Terminación del proceso.*

a) *Caducidad por no presentar la demanda en plazo hábil.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 703).

«Considerando: Que concedido al Procurador de los demandantes por Providencia de 17 de junio de 1963, el plazo de veinte días para deducir demanda, notificada esta Providencia en 14 de julio siguiente, dicho plazo, que por la vacación de Tribunales comenzó a correr el 16 de septiembre, terminó el día 8 de octubre del mismo año, y habiéndose presentado los tres escritos de demanda correspondientes a los distintos recursos acumulados, el día 28 de dicho mes, según se acredita por diligencia de la Secretaría de Gobierno de este Tribunal, es evidente que tales demandas han sido formuladas fuera del término preclusivamente marcado en la Ley—párrafo 1 del artículo 67 de la Ley jurisdiccional—y con inobservancia del plazo que el Tribunal señaló al actor para evacuar este sustancial trámite, con lo que automáticamente se produce la caducidad del recurso, a tenor de lo imperativamente preceptuado en el párrafo 2 del mentado artículo.

Considerando: Que esta caducidad del recurso, que debió ser decretada de oficio desde el momento mismo en que se produjo la extemporánea presentación de la demanda, es un efecto jurídico del incumplimiento de plazo procesal, que en ningún momento puede reconocerse, por ser claro y terminante mandato de la Ley y que doblemente ha de ser respetado y cumplido cuando sobre él se produce instancia de Abogado del Estado insta esa declaración de caducidad, y si frecuentemente la jurisdicción alude el deber de las Salas de velar por la pureza del procedimiento administrativo, no menos obligadas están a imponer esa pureza en el procedimiento judicial, incluso con oficiosos pronunciamientos en aquellos trámites que, por ser sustanciados, exigen una observancia ineludible; sin que estas verdades elementales puedan ser enervadas, como pretenden los actores, con la afirmación de que el procedimiento contencioso es antifor-

malista y con que la Administración tampoco cumple plazos, toda vez que no ha de darse la misma valoración a las desviaciones procesales que no producen concretas consecuencias de derecho, que a aquellas otras, cual la contemplada en que la Ley señala unos efectos de singular y específica trascendencia para la efectividad de los derechos controvertidos en el litigio.

Considerando la extemporánea presentación de la demanda, causa de inadmisibilidad, sino de (la demanda) caducidad del recurso, y siendo obligada la declaración de tal caducidad en el momento mismo en que tal demanda se presenta fuera de plazo, es notorio que al no haberse hecho así, se obró contra derecho y que obligado es establecer el imperio de la norma jurídica por el único cauce abierto en este momento procesal, cual es el de declarar en el fallo la caducidad del recurso, y ello de conformidad con lo reiteradamente realizado por este Tribunal Supremo en casos análogos.»

b) *Sentencia.*

a') *Necesidad de pronunciamientos sobre materias de «orden público».*

a'') *Sobre la alegación de inadmisibilidad del recurso.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 552).

«La circunstancia de que la representación o la Administración al contestar la demanda del recurso acumulado, número 9.938, alegue su inadmisibilidad al amparo del artículo 82, números 2 y 4 (por cierto no alegada en los demás acumulados) obliga a resolver con prioridad esta cuestión que es de orden público y determinante de la procedencia de conocer del fondo de dicho recurso»

b'') *Sobre los defectos formales del expediente.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 114).

«Es reiterada jurisprudencia de este Tribunal que, por conocida, no es preciso su enumeración, que le corresponde velar por el exacto cumplimiento de las garantías procesales que la Ley otorga a los contribuyentes declarando de oficio cualquiera nulidad sustancial que observe.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 125).

«Esta desestimación global de los motivos de nulidad invocados por el demandante no exime a la Sala, en su deber de velar por la pureza del procedimiento administrativo, de contemplar y deducir las obligadas consecuencias de otras desviaciones del proceso que, dentro del Ordenamiento jurídico aplicable se observan, y que afectan de modo sustancial a los derechos del expropiado y a las garantías de que ha de rodearse todo procedimiento expropiatorio.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1965 (Arz, número 409).

«Las facultades de declaración de oficio de tales defectos esenciales por el Tribunal Contencioso Administrativo no eliminan el carácter rogado de esta jurisdicción, y el Tribunal podrá, sin que las partes se lo aleguen, hacer aquella declaración, pero siempre dentro del marco de un proceso admisible y admitido, pues cuando la compuerta de la inadmisibilidad impide esto, quedan cerradas las facultades revisoras de toda clase del Tribunal Contencioso Administrativo, que no es un ente inspector, sino el órgano de una jurisdicción rogada.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.778).

«Tampoco esas supuestas informalidades podrían acarrear, aun dándolas por ciertas, la nulidad de procedimiento en su aspecto de orden público, porque notoriamente no se está en caso alguno de los de nulidad de pleno derecho, enumerados exhaustivamente en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, puesto que en el acto debatido dimanó del órgano competente y no se prescindió por completo y en absoluto para dictarle el proceso reglamentario.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 437).

«Debe sentarse como principio general que los defectos capaces de invalidar los actos de la Administración son los que atañen a la forma de producirse la misma, pero en tal caso en analogía con lo preceptuado en el artículo 1.302 del Código civil tendría que declararse que quien empleó dolo—o produjo el error—no puede fundar su acción de nulidad en los vicios que provocó, criterio acogido en el párrafo 2 del artículo 115 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.»

b') *Concepto de desviación de poder.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.648).

«La denegación en parte que hizo el Ministerio de la Vivienda de la solicitud de exención fiscal ante él planteada, bajo ningún supuesto puede calificarse de acto de finalidad recaudatoria—para la que resultaría incompetente, dada la absoluta autoridad del Ministerio de Hacienda en la materia—ni tampoco el ejercicio normal de unas facultades de concesión o negación de un beneficio fiscal en orden a la construcción de viviendas, puede presuponerse que se encierra el culto designio de burlar a quienes manifiestan sentirse atraídos por los incentivos que el Poder público ofrece a promotores y constructores para estimular la resolución del acusante problema de la vivienda; de otro modo bastaría una simple duda o sospecha sobre el móvil intencional de los actos admi-

nistrativos, para que la peculiarísima forma de infracción de Ordenamiento jurídico que distingue el tercer párrafo del artículo 83 de la Ley jurisdiccional, se confundiera con el supuesto genérico del quebrantamiento sustancial de aquel Ordenamiento, desnaturalizando la singularidad de la figura concretada por el legislador, a la que corresponde el privilegiado trato en orden al límite de su revisión jurisdiccional que le confiere el artículo 94, párrafo 2 de la Ley reguladora de la materia.»

c') *Condena en costas.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR, número 5.778).

«El artículo 131 de la Ley jurisdiccional no da regla alguna sobre la apreciación de mala fe o temeridad que enuncia de causas de la medida y como deja así el arbitrio de la Sala sentenciadora la estimación de semejantes circunstancias en base de los acaecimientos litigiosos, no hay fundamento en Derecho para negar operancia a los que conjugara el Tribunal inferior, a fin de imponer dichas costas, por lo que al no aparecer que con ello rebasara la previsión legal, tampoco ha lugar a reforma de lo fallado en el particular.»

d') *Efectos.*

Ambito de la «cosa juzgada».

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.543).

«Que la triple identidad de personas, cosas y causas de pedir, regla general en la teoría de la "cosa juzgada", según nuestros Ordenamientos jurídicos tradicionales, quiebra en normas de excepción, ya en el artículo 1.252 del Código civil, al reconocer como eficaz la presunción de "cosa juzgada" contra terceros no litigantes en la nulidad de disposiciones testamentarias, y quiebra también y da lugar a una singular configuración de los elementos personales de la institución en la vigente Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, apartada del requisito de identidad en las personas, en pleitos sobre anulación del acto o disposición administrativa, cuya declaración de nulidad produce efectos, no sólo entre las partes litigantes, sino también en relación con terceras personas afectadas por la nulidad, según así está expresamente establecido en el apartado 2.º del artículo 86 de dicha Ley jurisdiccional; con lo que resulta claro que, aun cuando los hoy demandantes no fueron parte en el recurso contencioso número 7.288, que terminó por sentencia de 28 de mayo de 1963, declaratoria de la nulidad del acto administrativo, que en este pleito nuevamente se recurre aquella nulidad produce efectos generales *erga omnes* y es "cosa juzgada" para los litigantes de entonces, para los litigantes de hoy y para cuantas personas pudieran tener intereses, presentes o futuros, afectados por esa anulación.»

K) *Recursos.*a) *Apelación ordinaria.*a') *Cómputo de la cuantía a dichos efectos*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 221).

«La pretensión de la parte actora, aun unificada y concretada materialmente por la misma en una sola pretensión cuyo valor total gradúa en la cantidad de 96.265,60 pesetas, fácilmente se deriva de las propias manifestaciones, se trata de una cantidad global, comprensiva de dos pretensiones; una referida a la reducción de los Derechos reales liquidados y otra a los Derechos de Timbre, también liquidados y abonados, pero cuya acumulación de acciones, tan sólo eficaz a los efectos de trámite y conjunta actuación procesal, no otorga ni puede otorgar posibilidad de apelación a las pretensiones que independientemente entre sí no la alcancen por su cuantía, como ocurre en el caso de autos, en que la liquidación de Derechos reales suma la cantidad de 76.765 pesetas y la de exceso de Timbre la de 19.500 pesetas, según se consigna en la hoja liquidatoria de préstamo con garantía hipotecaria presentada a la liquidación; importes ambos inferiores cada uno a las 80.000 pesetas que la Ley determinaba en el momento de la liquidación como indispensables para que atendiendo a la cuantía fueran susceptibles de apelación.»

b') *Facultades de la Sala «ad quem».*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO —SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR, número 5.785).

«El recurso de apelación que conceden los artículos 94 y 96 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, rectora de esta jurisdicción, cuando se interpone en término de generalidad, esto es, sin restringirlo a un determinado pronunciamiento del fallo aceptando los demás, transmite al Tribunal superior plenitud de competencia para enjuiciar y decidir todas las cuestiones planteadas ante el de instancia, según declararon las sentencias de 30 de junio de 1941 y 8 de junio de 1960, y esto aunque no hubieren sido resueltas por el mismo con infracción del principio de congruencia enunciado en el artículo 43 de precitado Ordenamiento legal.»

b) *Apelación extraordinaria.**Concepto de «doctrina gravemente dañosa».*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 565).

«Desde el plano exclusivo del recurso extraordinario de apelación se hace preciso analizar si la doctrina aludida es gravemente dañosa, al mismo tiempo

que erróneas condiciones básicas para que el recurso pueda prosperar, y esto sentado es indiscutible que, dada la importancia y trascendencia del problema que se suscita, como lo corrobora el hecho de ser muy numerosas las reclamaciones económico-administrativas revocadas por la sentencia recurrida, no cabe discutir la realidad de que si el error se hubiera producido, el daño sería evidentemente grave en relación a la repetición de los casos que pudieran plantearse basados en el criterio que la sentencia recurrida mantiene.

c) *Revisión.*

a') *Por contradicción de sentencias.*

Concepto de «propio objeto».

SALA DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.714).

«Que en repetidas sentencias de esta Sala y de la Sala Especial de Revisión, entre otras las citadas en los Vistos que por su número y concordancia constituyen un verdadero cuerpo de doctrina uniforme, se viene ya manteniendo en el ejercicio de acciones de revisión que, para que pueda ser acogido el motivo a que se refiere el artículo 102 en relación con resoluciones contradictorias es preciso que se dé la circunstancia de haberlo sido "acerca del propio objeto", expresando con ello el legislador una idea de unidad o consustancialidad sólo apreciable cuando los fallos dictados versaron sobre un mismo acto administrativo, toda vez que el objeto de un recurso contencioso-administrativo no es otro que el acto dictado por la Administración, sometido en cada caso a impugnación con sus propias peculiaridades y nunca la disciplina o procedimiento a las que haga referencia el debate, sin que basten a satisfacer las exigencias del precepto mencionado la mayor o menor analogía o igualdad que por sus características pueden apreciarse entre dos o más actos de la misma clase y naturaleza, porque ello constituiría también y sería un medio inadecuado para ir contra la santidad y seguridad de la cosa juzgada.»

SALA DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1964 (AR., número 4.878).

«La adecuada expresión "propio objeto" empleada por la Ley, sienta la doctrina de que es un acto jurídico que sirve de materia común a una y otra resolución, sin que puedan entenderse comprendidos en la letra del precepto, otros objetos iguales o idénticos, requiriéndose que las resoluciones contrarias versen sobre un mismo acto jurídico administrativo, o sea, que el objeto litigioso está constituido por el acto administrativo que en el recurso se impugna y no por la materia ni por la disciplina a la que afecte su contenido.»

SALA DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.037).

«Para ejercitar la acción pretendida se requiere, además de que sean los mismos litigantes u otros distintos que se encuentren en la misma situación, que

las situaciones que se impugnan en la revisión sean sobre el propio objeto, es decir, el mismo acto administrativo y en base a idénticos fundamentos.»

SALA DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1964 (AR, número 5.250).

«Para apreciar el mismo objeto, es preciso que se trate del mismo acto administrativo, respecto del cual hayan recaído sentencias contradictorias, si hubiesen sido impugnadas por distintos recurrentes, basándose en el objeto del recurso contencioso-administrativo, según el epígrafe del título III de la Ley de lo Contencioso y los artículos que contiene, son los actos administrativos y disposiciones de carácter general de la Administración.»

b') *Por hallazgo de documentos desconocidos.*

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO —SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1965 (Arz, número 671).

«El plazo de los tres meses de que nos habla el artículo 128, número 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, sólo cuenta desde que el actor descubre el documento, no el contenido de éste, que es cosa distinta.»

II.—EL DOMINIO DE LA ADMINISTRACION

1. DOMINIO PÚBLICO.

A) *Cuestiones de dominio.*

La Administración no puede declarar por sí la propiedad pública o privada de unos bienes, que es cuestión reservada a los Tribunales ordinarios.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO —SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 99).

«Que, ante todo, conviene, a efecto de situar el contenido jurisdiccional de esta litis, centrar el problema planteado en relación con el acto administrativo, cuya legitimidad legal se le somete; el que consiste, estrictamente, en la decisión contenida en la comunicación de 2 de diciembre de 1960 del Jefe Regional de la VII Región de Pesca Continental, por virtud de la cual se pone en conocimiento del después recurrente que "en tanto no recaiga resolución de los Tribunales Ordinarios" declarando privadas a efectos de pesca las aguas del río Aldén, al paso por la finca propiedad de aquél, podrán ser objeto de pesca sin otras limitaciones que las que la Ley en general establece, interesando al tiempo, del Alcalde de Cangas, con arreglo a la Orden de 5 de septiembre de 1881, que ordene la demolición del muro de cerramiento de la zona de ser-

vidumbre legal: o sea, en definitiva, y como precisó la Dirección General de Montes, en su Servicio de Caza y Pesca Fluvial, al resolver desestimando la alzada, imponer al recurrente la obligación de derribar el muro que rodea la finca "Torre Aldán" en una longitud de tres metros a cada lado del cauce del río Aldán; acto confirmado en sus propios términos, y sin adición, complemento o modificación alguna por el Ministerio de Agricultura en 20 de julio de 1963.

Que la aparente simplicidad del planteamiento del problema se enjuicia por la Administración, tanto a través del expediente inicial como de los recursos administrativos ante los Organos Centrales, como si en una estricta formulación silogística hubiera necesariamente de partirse de la norma genérica y absoluta contenida en el artículo 553, apartado 1.º del Código civil y del artículo 36 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, dando las aguas como pública y los riberos como afectados de limitación dominical y como si no cupiera otra posición inicial, o si ésta no pudiera surgir más que de una declaración judicial competente, formulada por la jurisdicción ordinaria en materia civil que declare si las aguas tienen la condición de públicas o la de privadas por sus circunstancias dominicales hasta el punto de que de no haberse logrado judicialmente una declaración indicativa y expresa no se hace posible la apreciación de otra atribución dominical, y por tanto, la Administración, en uso de sus facultades, está en el caso de exigir *erga omnes* la efectividad de la servidumbre legal imprescindible; bien entendido todo ello que aquí no se trata de las riquezas de los ríos, aun cuando éstas sean de dominio privado, sino de las aguas en sí; es decir no del elemento terreno conductor del líquido, sino del elemento líquido mismo, o sea, el agua, que como bien puede sin duda ser de propiedad privada y como tal, en términos generales, ajeno tanto al concepto del artículo 553 del Código como al del 36 de la Ley de Aguas, los que sólo a las riberas y a los márgenes se refieren en relación con las aguas, pero no a las aguas mismas, cuya calificación se establece en los artículos 4.º, 5.º, 6.º y siguientes de la Ley de 1879, y en los 407 y 408 del Código civil; todo lo que debe ser recordado previamente por cuanto afecta al planteamiento litigioso.

Que si bien es obvia la condición jurisdiccional contencioso-administrativa como totalmente extraña a las definiciones que pudieran plantearse a su conocimiento respecto de derechos civiles, ha de tenerse presente, con arreglo al artículo 4.º de la Ley, que si se extiende a conocer las incidencias de orden pre-judicial civil pertenecientes a la materia administrativa directamente relacionada con el recurso, aun cuando no produzcan efecto fuera del proceso y ello pueda ser revisado por la jurisdicción a quien corresponda, para la que por ser la competente no ofrece en la decisión de la contencioso-administrativa y en cuanto a ello la condición de cosa juzgada, puesto que es tan sólo simple pronunciamiento premonitorio en su proceso, por razón estricta de economía ordenadora; mas sin que la aplicación de esta norma se haga precisa al objeto de autos, aun cuando si la oportunidad de su recuerdo, ya que no se trata de hacer uso de aquella facultad para definir derecho civil alguno como decisión previa al conocimiento posterior, sino simplemente su cita, refrendatoria de la necesidad de proceder a la contemplación objetiva de la situación de hecho que se ofrece como una realidad inexcusable y respecto al tema administrativo de ordenar derribar un muro existente sobre las márgenes de su referencia.

Que según resulta de la prueba documental aportada, cuya vetusta condición hace más respetable la precisión de sus términos y que se refiere a los siglos XVII y XVIII (años 1681, 1691, 1692 y 1738, y, por consiguiente, aún en régimen de señoríos), a los vecinos de Aldán "no les pertenecen las aguas del río y se obligan a no perturbar sus aguas..." "ni se atreven a sacar agua para

regar su haz y molienda...", definiéndose por el pleito resuelto en 1681 que las aguas eran y son del solar de Aldao y nacen en sus fundos "las aguas son de esa casa..." "y no impedirán las aguas sin licencia de sus dueños o de sus sucesores", todo lo que demuestra cuál era la realidad de la condición jurídica de las aguas en aquel tiempo. que, a efectos del hecho posesorio, entronca con la sólida información practicada ahora en el expediente donde se dan las circunstancias de pluralidad, por el número, calidad por las personas y cualidad por el específico conocimiento, que afirman el importante e insustituible contenido del testimonio humano, acreditativas de la preexistencia actual e inmemorial de una situación fáctica excluyente de todo otro aprovechamiento sin que pueda olvidarse que la situación geográfica de la finca de referencia es correspondiente a tierras galaicas en las que tuvo arraigo mayor que en otras el régimen solariego, y que en todos los predios en los que nacen y por los que cruzan las aguas hasta entrar en la finca propiamente dicha de la "Torre de Aldán", donde está el vetusto y tan sólo reparado muro dejando intacta su persistencia, son terrenos foreros de la tal casa y torre; con lo que esta innegable y ostensible posición posesoria no parece haber sido afectada en ningún momento ni por los Decretos abolicionarios de 6 de agosto de 1811, Real Decreto de 19 de noviembre de 1835 y Ley de 2 de febrero de 1837, sino que dentro de la general prevención inserta como Instrucción de Corregidores en la Novísima Recopilación la respetaba. como después de la Ley de Alonso Martínez de 3 de agosto de 1856, que derogaba en parte por la Resolución de septiembre de 1868, vino a resurgir, sin grave mutación, en la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, cuyo artículo 257, como disposición general y a toda la Ley referida, establece que todo lo dispuesto en la Ley es sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad a su publicación, así como del dominio privado de los propietarios de aguas de acequias o de fuentes o manantiales en virtud de los cuales las aprovechan, venden o permutan; precepto absolutamente coincidente con el artículo 424 del Código civil, y claro es que si con arreglo al número 2.º del artículo 253 compete a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer de los recursos contra los proveídos administrativos en materia de aguas, que lastimen derechos adquiridos en virtud de disposiciones emanadas de la misma Administración, resulta de aplicación la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1906, al decidir que las cuestiones referentes a la obligación en que se encuentra la Administración de mantener el estado posesorio, de los que disfrutan por prescripción o por concesión un aprovechamiento de aguas públicas después de ser resuelta administrativamente, puede ser llevada al conocimiento de la jurisdicción contenciosa, conforme al precepto citado, lo que ratifica el auto de 15 de diciembre de 1909, exponiendo que compete a la jurisdicción (contencioso-administrativa) conocer de las provincias de la Administración en materia de aguas cuando se imponga a la propiedad particular una servidumbre forzosa; siendo digno de mención a efecto de evaluar la realidad posesoria, simplemente como hecho admitido por la Administración, que desde hace unos treinta años, y por cesión de los propietarios de la finca, se construyó en la parte Sur un lavadero público continuando cerrada aquélla con la propia pared del lavadero y postes para alambres que evitan el paso, lo que viene no sólo a confirmar la tesis posesoria que ampara el Código civil y la Ley de Aguas en los artículos 424 y 257 de sus respectivos textos, sino que ya aporta a su interpretación y a este caso una copiosa jurisprudencia representada por las sentencias de 17 de noviembre de 1910, expresiva de que "no puede la Administración mediante el acuerdo recurrido, alterar un estado de derecho que había encontrado legítimo origen en sus propias decisiones", y la de 22 de di-

ciembre de 1913, afirmando el conocimiento de aquellos casos en que las resoluciones administrativas lastimen derechos adquiridos en virtud de disposiciones emanadas de la propia Administración; por lo que tal concepto ha de entenderse extendido, lógicamente, a aquellos casos en que la actuación de la Administración vino a respetar, y congruentemente a reafirmar, la realidad de un hecho posesorio, cuya inversión no puede quedar al arbitrio ocasional que supone el planteamiento de esta litis mediante el acto administrativo adverso; todo ello sin prejuzgar en modo alguno la decisión tanto respecto a la naturaleza dominical de las aguas como de los derechos que respecto a ellas, o sus riberas, pudieran en definitiva, plantearse ante la jurisdicción competente, y simplemente ceñidas al conocimiento concreto del acto administrativo referido: orden de destrucción de un viejo muro que dejando libre el fluir de las aguas, empiece el paso por sus riberas, cuyo acto administrativo procede declarar, por tanto, nulo y sin efecto, estimando consecuentemente el recurso contencioso-administrativo interpuesto a nombre de don José María P. de A., sin que dados los términos del planteamiento de esta litis haya lugar a hacer expresa determinación de costas con arreglo a los artículos 81 y 131 de la Ley jurisdiccional.»

B) *Concesiones demaniales.*

De aguas.

a) *Procedimiento.*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1965 (AR número 5.487)

«Si bien el artículo 1.º del Decreto de 10 de octubre de 1958 no enumera entre las disposiciones reguladoras de procedimientos especiales subsistentes según la disposición final primera, párrafo 3 de la repetida Ley de Procedimiento, el Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927 relativo a concesiones por interés público, ha de entenderse que continúa su vigencia en cuanto a la obligatoriedad de la inscripción de los aprovechamientos de aguas públicas en los Registros establecidos por el Real Decreto de 12 de abril de 1901, por cuanto se refiere al Reglamento de la Ley Hipotecaria, para los efectos de esta clase de inscripciones, cuyo artículo 70 se contrae a los requisitos necesarios cuando se funden en la prescripción, y no hay que olvidar que en la actualidad la información posesoria a la que hace referencia dicho artículo 3.º del expediente, digo expresado Real Decreto es sustituida por el acta notarial de notoriedad. Y como en dicho procedimiento especial (cuya vigencia a los efectos que se examina es reconocida por jurisprudencia de esta Sala que aparece, entre otras, en sentencias de 14 de marzo y 7 de mayo de 1960 y 31 de marzo de 1962, no se exige el trámite que se pretende omitido (que ha de entenderse cumplido con la citación y presencia de los interesados en el acta notarial y en la confrontación de terreno por el Técnico correspondiente), es evidente que el defecto denunciado no se ha producido.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO — SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.488).

«No existe precepto legal expreso ni razón alguna que prohíba que en tanto se tramita la petición de una concesión de aguas públicas se produzca *ipso facto* lo que la parte actora llama preclusión obstativa para toda ulterior admisión y tramitación de cualquier reclamación de derechos preexistentes sobre el caudal del río, porque ello implicaría dejar en manos de los particulares la defensa *sine die* de los derechos de cuantos los poseyeran el uso y disfrute de las aguas de un río, máxime si de otra parte no ostentan frente a éstas más título que el de ser meros solicitantes o aspirantes a la concesión.»

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO — SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.487).

«El caso previsto en el artículo 190 de la Ley de Aguas requiere su prueba por parte de quien afirma el hecho que lo integra, o sea, que el caudal adquirido por prescripción perjudique los derechos preexistentes de la reclamante. no bastando la mera alegación.»

b) *Caducidad*

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO — SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.486).

«Que la pretensión de la parte actora de que se declare la caducidad del expediente administrativo por no haberse inscrito el aprovechamiento según dispone el Real Decreto de 12 de abril de 1901 en su artículo 7.º no pudo prosperar, pues si bien el Decreto de 5 de mayo de 1941, en su artículo 2.º dispone que la no presentación de reclamaciones o declaración jurada que según el artículo 1.º deben presentar todos los usuarios y concesionarios de aguas públicas referente a los aprovechamientos que disfruten, lleva consigo la caducidad, en el apartado f) del artículo 4.º, se refiere a aquellas concesiones otorgadas en las que por circunstancias especiales debe ser declarada su caducidad por la desidia de sus titulares y la del Ayuntamiento no pudo clasificarse así, y además porque esta caducidad acordada por un decreto no puede, en atención a su rango, desconocer, rechazar ni enervar los derechos que las Leyes civiles y administrativas conjuntamente conceden a las personas sometidas a su jurisdicción.»

2 PATRIMONIO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN.

Su distinción de la potestad jurisdiccional.

Puede constituir prueba supletoria de ella.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO. — SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.707).

«... es lícito, admisible y utilizable, como un elemento más de juicio en la identificación de la zona de contacto entre los términos a deslindar—y en de-

fecto de datos más directos de otra índole—el precedente de los actos de autoridad y gestión administrativa efectuados durante un largo período—cien años se dice en autos—por una de las Corporaciones afectadas, incluso a sabiendas de que tales actos se han producido en ocasiones a través del cauce natural que supone el cuidado y explotación de un bien municipal, sin encontrar una oposición equivalente por parte de la Corporación vecina.»

III.—LA ADMINISTRACION Y EL DOMINIO PRIVADO

1. SERVIDUMBRES PÚBLICAS.

De tendido de líneas eléctricas

Competencia estatal y municipal.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1964.

«La Administración del Estado, representada principalmente por los Ingenieros Jefes de Obras Públicas y secundariamente por los Delegados de Industria, dentro de las provincias en donde ejercen sus funciones, se ha reservado el otorgamiento de las autorizaciones de tendido de líneas eléctricas, con concreción material de unos de los variados elementos de un servicio público de interés general, el de suministro de energía y Reglamento de 12 de marzo de 1951, a fin de salvaguardar las garantías de índole técnica exigibles para el buen funcionamiento de aquél, e incluyendo la potestad de imponer la servidumbre forzosa de paso de la corriente eléctrica a que se refiere la Ley de 23 de marzo de 1900 y su Reglamento de 27 de marzo de 1919; pero sin que ello suponga una inconcebible contradicción o menoscabo de las facultades que el legislador ha reconocido siempre a los Ayuntamientos para intervenir en cualquier manifestación de actividad industrial desarrollada dentro de sus términos municipales, y singularmente en los cascos urbanos y zonas residenciales, complementando a la sección estatal para garantizar el debido respeto a la policía urbana *late sensu* entendida, esto es comprendiendo la seguridad de personas y bienes, conforme al artículo 101 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 y a los artículos 1.º, 8.º y 114 del Reglamento de Servicios de 17 de los mismos mes y año, competencia que se singulariza en el otorgamiento o negativa de autorizaciones sobre el trazado o recorrido de las líneas y en la imposición de condiciones respecto de su clase, lo que reconoce expresamente la propia legislación reguladora de la actividad estatal, como el artículo 12 de la citada Ley de 23 de marzo de 1900, desarrollado en los artículos 6.º y 8.º de su Reglamento de 1919, expresivos de un criterio que han reafirmado—entre otras—las sentencias de 2 de julio de 1951 y 22 de octubre de 1955»

2. URBANISMO.

A) Concurrencia de intereses públicos y privados, a efectos jurisdiccionales.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 400).

«En el hecho tercero de la demanda el señor D. de L. alega como motivos legitimadores su doble condición de vecino y de propietario de edificio próximo al que ha sido objeto de la autorización, creyéndose facultado para impugnar ésta tanto por no ajustarse a Ordenanza como porque las nuevas obras privarían de vistas a su finca, alegato demostrativo de que aquél pretende no sólo la anulación del acto por contrario a Derecho con apoyo en el interés directo que ostenta, de acuerdo con el artículo 28, párrafo 1, apartado a) de la Ley jurisdiccional, sino también el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, al amparo del párrafo 2 de dicho artículo conjugado con el 42 del propio Cuerpo legal; pero como para esto último sólo está legitimado el titular de un derecho derivado del Ordenamiento que se considere infringido, en este caso las Ordenanzas de la Construcción de Las Palmas de Gran Canaria, que ni otorgan ni garantizan la permanencia de vistas sobre los predios colindantes, titularidad que de existir habría de encuadrarse en el artículo 585 del Código civil, que tampoco autoriza amplificarla para imponer el respeto a determinada perspectiva panorámica, es notorio que si bien no cabe desconocer la legitimación del demandante en lo que concierne al primero de dichos aspectos impugnatorios habida cuenta, además, de lo dispuesto en el artículo 223 de la Ley del Suelo, si en cambio ha de rechazarse por lo que toca al segundo y que se traduce en él pretensión de derribo, toda vez que sentado el carácter civil de la titularidad sería de aplicación al caso el artículo 224 de la precitada Ley del Suelo, a cuyo tenor los propietarios y titulares de derechos reales podrán exigir la demolición de las obras e instalaciones que vulneran lo estatuido respecto a distancia entre construcciones u otros usos del suelo urbano, pero ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 400).

«El pronunciamiento de la sentencia apelada relativo a la demolición de la planta cuarta y de la tercera en cuanto exceda del 30 por 100 autorizado para la segunda, no puede estimarse correcto por el triple motivo de que el artículo 161 de las Ordenanzas en que se fundamenta contempla el supuesto de obras sin licencia que aquí no se da, puesto que el señor S. S. actuó amparado por una autorización municipal categórica y sería injusto hacer que recayese en el mismo el perjuicio económico dimanante de la sanción decretada; de que el derecho que eventualmente asiste al señor D. de L. para solicitar el derribo de su calidad de propietario de la finca privada de vistas ha de hacerse valer ante los Tribunales ordinarios con arreglo al artículo 224 de la Ley del Suelo, y de que la orden de destrucción de lo construido ha de supeditarse a la existencia de motivos de interés público susceptible de imponer la conservación de la obra

según dictamen de la Comisión Provincial de Urbanismo, conforme al artículo 228 de la propia Ley.

B) Finalidad y ámbito de las potestades urbanísticas.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.560).

«Siempre que como en el caso de autos se pongan enfrente los dos intereses, el particular y el social que demanda la ordenación urbana de la ciudad, hay que dar preferencia al último sobre el primero.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.560).

«La intervención administrativa en la propiedad urbana no se proyecta sólo en el momento de emprender una obra, sino también cuando esté terminada y mientras dure la vida de la construcción, viniendo a ser el urbanismo una función pública, una potestad pública y no una especulativa privada; corolario de esta orientación es que la Autoridad municipal se encuentra situada en un lugar de preferencia sobre los administrados, para la aplicación y ejecución de esta Ley y que los informes de sus técnicos sean tenidos por los Tribunales como una prueba muy cualificada, sobre todo cuando sea contradicha por otra que no tenga el mismo grado de fundamentación, ora por la carencia en quien acredita, de aquéllos conocimiento profesiones, ora por haber venido los informes al proceso a instancia de las partes interesadas, sin tener de ello conocimiento la parte adversa y sin poder ejercitar el derecho que en la misma le corresponde; criterio mantenido por este Tribunal, entre otras, en sus sentencias de 2 de mayo y 28 de diciembre de 1963.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 400).

«Considerando: Que la acusada falta de adecuación de la licencia emitida con la normativa urbanística congruente no se salva con la mera invocación de la facultad que el artículo 93 de las Ordenanzas reconoce al Ayuntamiento para autorizar edificaciones que excedan en altura y número de plantas de las generalmente permitidas si son de importancia, dimensiones y dignidad arquitectónica que avaloren y realcen la estética del lugar de emplazamiento, pues como sostiene con sano criterio la sentencia apelada, el ejercicio de tal facultad no es puramente discrecional, sino que requiere de modo ineludible la acreditación técnica y administrativa priva de que concurren los requisitos y circunstancias que lo condicionan y justifican su oportunidad, puesto que la intervención de las Corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ajustará al principio de igualdad ante la Ley que impide disponer individualmente de la observancia de las disposiciones de prescripción autonómica, conforme disponen los artículos 2.º y 11 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones.

Considerando: Que la nulidad del acto autorizado surge en este caso de la

omisión de una formalidad adicional, cual es la de justificar en el expediente la procedencia aplicativa del artículo 93 de las Ordenanzas por vía de excepción permisible, precepto que no es, en definitiva, otra cosa que la traducción al ámbito local de principio genérico de dispensación de normas urbanísticas por singularidad de edificios que para casos concretos y excepcionales enuncia el artículo 46 de la Ley del Suelo, habida cuenta que las obras de reforma, ampliación y terminación autorizadas se referían a inmuebles calificados como importantes por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda y en él se intentaba instalar un Centro de Segunda Enseñanza femenino, oficialmente reconocido, de notorio interés público en el aspecto educativo dentro de la zona; factores todos que debieron ser acreditados en el oportuno expediente sometido a información pública en lugar de tomarlas como motivación implícita de una licencia que requería formalidades especiales y muy estricta justificación, sin que para cohonestar el criterio municipal puedan aducirse el de la jurisprudencia que preconiza cierta flexibilidad aplicativa de la normación urbanística cuando razones muy calificadas lo demandan, pues ello no es posible frente a preceptos claros y terminantes del planeamiento inspirados asimismo en el interés general de las poblaciones a que afecta »

C) Legitimación especial: acción pública.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 397).

«El artículo 223 de la Ley de 12 de mayo de 1956 ha configurado en materia urbanística una verdadera acción pública para reclamar el cumplimiento de los preceptos sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, que ensancha considerablemente el ámbito normal de la legitimación activa atribuida a los accionantes directamente interesados en el apartado a) del artículo 28 de la Ley jurisdiccional.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1965 (Arz. número 400).

«El acto concesional se revela como anulable a instancia de cualquier ejercitante de la acción pública que para exigir la observancia de sus preceptos y de los planes y ordenanzas concede el artículo 223 de la Ley del Suelo »

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO —SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.785).

«El artículo 223 de la Ley del Suelo concede acción pública para exigir ante los Tribunales contencioso-administrativo la observancia de sus preceptos y de los Planes de ordenación urbana »

D) *Actividades insalubres, incómodas y peligrosas.*

Competencia municipal y estatal.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1964 (AR., número 5.641).

«El artículo 3.º, párrafo 2.º y el 7.º de la Instrucción, al disponer que las Autoridades municipales tendrán que denegar las licencias para el ejercicio de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, cuando el informe de la Comisión sea contrario a su establecimiento y a desestimar los recursos de reposición que se deduzcan contra los acuerdos denegatorios si aquella se ratificare en el informe desfavorable antes emitido, son consecuencia obligada, aunque insólita, de la aceptación en la materia del principio enunciado en el artículo 7.º, párrafo 2.º, del Reglamento que confiere a tales informes carácter vinculante para la autoridad municipal, con lo que viene a configurarse un instrumento interventor que en sus aplicaciones prácticas implica una verdadera mediación que convierte la competencia privativa en compartida.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1964 (AR., número 5.641).

«El designio de la nueva normativa no fué el de desplazar las atribuciones de éstos (los Ayuntamientos) en la materia, sino que se redujo a someter su ejercicio a un control técnico que unificase y garantizase la eficacia de las medidas adoptables, atendida la importancia y volumen de los intereses públicos implicados, lo que significa que la acción interventora oriente la actividad de las Entidades locales, pero no tiende a modificarla ni suplirla.»

E) *Inmuebles de edificación forzosa.*

Requisitos.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.560).

«Para declarar si un edificio es inadecuado al lugar donde está situado con arreglo a la Ley del Suelo y al Reglamento de Solares, no es preciso solamente su examen exterior y su comparación con el exterior de otros edificios, sino que han de conocerse los planos de urbanización de aquella zona, debidamente aprobados, y haciendo un estudio comparativo entre lo proyectado y lo existente determinar si el que es objeto de litigio está en manifiesta desproporción con la altura permitida por las Ordenanzas municipales y si por su estado, condición y clase desmerezca de la vía urbanizada.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR., número 5.710).

«Considerando 1.º del Tribunal Supremo: Que aceptados los Considerandos de la sentencia apelada y los razonamientos en ella sustancialmente enunciados,

preciso es convenir, como en ella se dice, que nada se opone, desde el punto de vista de la tramitación administrativa, a que en un solo expediente se haya seguido el proceso consiguiente a la declaración de ruina de dos fincas, tanto más cuanto existe entre ellas una racional y funcional conexión arquitectónica, puesto que, según el dictamen informativo del Arquitecto municipal, entran una sobre otra superponiéndose, y, por consiguiente, dada su característica de semiyuxtapuestas son acertada y conjuntamente examinados, no sólo por este funcionario técnico municipal, sino incluso por cuanto en el informe acompañado por los recurrentes al expediente municipal se reconocen estos datos objetivos de conjunción arquitectónica, se refleja hasta en la indistinción individualizadora y en la observación conjunta, como "superpuestas en parte", propia sin duda de una vetusta condición constructiva en fincas que como todas las infracciones reconocen se halla en el último ensanchado los testigos que en lo pretérito se situaron para vigilancia, y siempre en relación con un "complejo de edificación desarrollada en tres plantas", que hace perfectamente lógica la apreciación conjunta y tal vez muy difícil la separabilidad de las dos fincas al objeto de una apreciación calificadora en relación con la ruina que no fuera conjunta, como son las edificaciones, cuyo apuntalamiento horizontal contra las fachadas de enfrente reviste sin duda un alarmante carácter muy difícil de eludir.»

3. EXPROPIACIÓN FORZOSA.

A) Actos recurribles en el procedimiento de expropiación.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1965 (Arz, número 706).

«De los requisitos señalados como indispensables a la viabilidad del recurso contencioso en el artículo 1.º del texto refundido aprobado en 8 de enero de 1952, uno de ellos pervive invariablemente en la letra y en el espíritu de la nueva Ley de 27 de diciembre de 1956; que el acto administrativo cause estado; es decir, que sea firme y decida directa o indirectamente el fondo del asunto, lo que tanto es como afirmar que contra los pronunciamientos de mero trámite, que no obstaculizan el ulterior progreso del expediente, es improcedente la vía contenciosa, sin perjuicio de que, en la impugnación del acto que definitivamente lo resuelva, se esgrimen cuantos motivos de nulidad pudieran existir en el proceso administrativo; de aquí se sigue, y así lo ha reconocido la jurisprudencia en numerosas sentencias, entre ellas las de 19, 21 de mayo, 16 de junio y 6 de diciembre de 1958, y en la de 8 de junio de 1959, que, en materia de expropiación forzosa la resolución recurrible es la que en definitiva aprueba el expediente y fija los precios máximos y mínimos o aquella que pone fin a la plaza de justiprecio.»

B) *Justiprecio.*a) *Necesidad de acudir al valor comercial en los solares.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 704).

«Considerando: Que al tratarse de la expropiación de un solar o valor comercial del número 6 del artículo 85 de la Ley del Suelo, tal valor es preciso determinarlo según las normas y criterios de valoración establecido en la Ley de Expropiación Forzosa, a tenor del artículo 89 de dicha Ley del Suelo.

«Considerando: Que no siendo posible obtener un precio justo conforme a los valores a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Expropiación Forzosa, por no resultar un valor real, es preciso acudir a los criterios estimativos del artículo 43 de la misma Ley.»

b) *Valoración de una servidumbre que grava lo expropiado.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 104).

«Según se acredita por certificado registral, la finca expropiada viene gravada con aprovechamiento de pastos en favor de tercera persona desde el 1 de abril a 29 de septiembre, fechas que, naturalmente, comprenden, sin necesidad de invocar como fuente de derecho costumbre alguna, el aprovechamiento de la rastrojera por el titular del derecho de pastos; sin que las discrepancias, en cuanto a la cabida de la finca afectada por esta servidumbre de pastos, entre el Registro y el Catastro, tengan influencia alguna, cuando indubitadamente aparece en el predio sirviente identificada como la Dehesa llamada "El Labrador", que es precisamente la finca expropiada a la recurrente, en cuyo justiprecio ha de tenerse en cuenta, como acertadamente se hizo por la Administración, y se hace en la sentencia apelada, la limitación que tal servidumbre de pastos supone, sin que sea dable a la expropiada impugnar como pretende hacer en sus escritos la valoración independiente dada por la Administración a este derecho de servidumbre, cualquiera que sea el acierto o el error en que al hacerlo pudiera haberse incurrido, porque ello no afecta al justiprecio de su derecho, sino al del derecho ajeno.»

c) *La aceptación de un justiprecio por otros afectados no implica su procedencia.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 111).

«No puede declararse la lesividad de dicho acuerdo, ni aun con apoyo en los índices de precios medios en venta formados para el Impuesto de Derechos reales, en cumplimiento de la Orden ministerial de 10 de julio de 1957, o en el hecho de que numerosos propietarios también expropiados para la misma obra del pantano de Iznajar hayan aceptado los fijados por la Administración a

sus fincas, pues las referidas valoraciones fiscales no reflejan el verdadero justiprecio de los bienes, ni tienen tal objeto, sino el de fijar unos módulos exaccionadores, siempre moderadamente, para evitar que resulte excesiva la presión fiscal y las actuaciones subjetivas de los propietarios afectados, no reflejan otra cosa que un distinto modo de reaccionar de los mismos, según las circunstancias personales en que se encuentren, pero no constituyen elemento objetivo alguno para la evaluación de los bienes de que se trate.»

C) *Otros devengos.*

a) *Perjuicio por expropiación parcial.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 104).

«La procedencia de acceder, en la cuantía que se estima justa, a la indemnización de daños y perjuicios pedida, viene determinada por la evidente realidad de que las fincas dedicadas a explotación ganadera se perjudican y deprecian al disminuir su extensión aprovechable, con el riesgo de que el ganado tenga que salir de ellas o haya de mantenerse a pienso durante ciertas temporadas, lo que unido a la pérdida de labores de barbechera en la zona ocupada, inutilización o limitación de uso en la zona cercana a la curva de remanso, gastos generales iguales para menores rendimientos, imponen, como ha reconocido esta Sala en numerosas sentencias dictadas en expropiaciones para la construcción del Pantano de Orellana, entre ellas las de 18 de octubre de 1961, 20 de marzo, 9 y 10 de abril y 9 de octubre de 1962, 18 de marzo de 1963, conceder esta indemnización de perjuicio.»

b) *Premio de afección: su cálculo.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 104).

«La sentencia recurrida incide en el error de conceder el 5 por 100 de premio de afección establecido en el artículo 47 de la Ley de Expropiación Forzosa, no sólo sobre el precio de la finca, sino sobre el importe de los perjuicios anteriormente estimados, interpretación que va en contra de la letra y del espíritu del artículo citado, que literalmente da ese premio sobre el justo precio de la cosa expropiada, pero no sobre los demás conceptos indemnizables, toda vez que lo que en justicia se compensa con el premio de afección es la especial estimación o aprecio que el propietario concede a la cosa, lo que no puede relacionarse con perjuicios ni con ningún otro concepto independiente del estricto valor de la cosa misma.»

c) *Intereses por ocupación urgente.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1964 (Arz., número 104).

«La sentencia de primera instancia, apartándose de la doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala, incide en el error de señalar como fecha tope

final para el devengo de interés la del Acuerdo del Jurado fijando justo precio: siendo así que estos intereses han de abonarse desde el día siguiente a la ocupación de la finca hasta el día de pago efectivo del precio, toda vez que ellos se den al expropiado como compensación del lucro en que cesa al ser desposeído de la cosa, lucro cesante que se prolonga hasta que reciba el justo precio.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 429).

«El mencionado apartado 8 del artículo 52, en la remisión que hace el artículo 56 siguiente, debe entenderse que se refiere a la cuantía o porcentaje de la indemnización, "que consista en el interés legal", pero no al extremo final de su devengo, ya que las motivaciones de uno y otro percibo son distintas, pues mientras en este último artículo se contempla a una Administración expropiante culpable de la demora en haber "determinado por resolución definitiva el justo precio", en el primer supuesto no se trata de sanción por una negligencia en el actuar, sino de indemnizar al propietario de un daño real, cual el originado por la privación de la finca y que no queda satisfecho con la fijación del justiprecio, sino con el abono de éste, por lo que al señalarse en el artículo 52 el momento inicial y no el final, debe estarse para concretar éste a la causa motivadora o razón del abono a realizar e incluso a los preceptos anteriores especiales en esta materia, constituidos por la Ley de 7 de octubre de 1939, en cuyo párrafo 3 del apartado 3, del artículo 5.º, se estatuye el pago de tales intereses hasta el momento de "recibir el expropiado el importe de la valoración definitiva".»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 428).

«Si se reconoce como pertinente el interés legal del justiprecio como dominante de la ocupación urgente de la finca expropiada por consecuencia de lo establecido en ese sentido en la regla 8.ª del artículo 52 de la Ley de Expropiación, ello ha de tener como fecha inicial de devengo la establecida en la indicada regla, es decir, el día siguiente al en que hubiere tenido lugar dicha ocupación de la finca por ser la razón de su abono el perjuicio sufrido con la privación del disfrute de la misma, y como fecha final aquella en que se verifique el pago del justiprecio por subsistir hasta entonces el referido perjuicio originado por la pérdida del capital que la finca representa—quedando en ello subsumido el otro concepto indemnizatorio por demora en la tramitación del expediente administrativo a que se contrae el artículo 56 de la propia Ley—que según este precepto comenzaría a devengarse transcurridos seis meses desde la iniciación legal del expediente hasta la determinación del justiprecio cuando lo hubiese sido definitivamente en vía administrativa, cuyo perjuicio queda absorbido en el más amplio que ante se expresa, conforme tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de este Tribunal, entre otras sentencias en las de 8 de octubre y 12 de noviembre de 1962, 26 de enero y 12 de noviembre de 1963.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.846).

«Que la pretensión aducida no implica, por tanto, como erróneamente señala la resolución impugnada, la aplicación simultánea de los artículos 56 y 57

de la Ley expropiatoria, sino la acogida al régimen peculiar establecido en el artículo 52 para los casos de declaración de urgencia en la ocupación de la finca expropiada, entrando en juego tan sólo el primero de ellos en cuanto establece que la indemnización a satisfacer consistirá en el interés legal del justiprecio, pero no siendo de aplicación en lo demás, ya que es de distinta naturaleza la modificación del interés en el caso de ocupación y la indicada regla especial determina cuál es la fecha inicial en ese caso para el cómputo del interés en armonía con dicha naturaleza y que lógicamente debe seguir haciéndose efectivo hasta el momento en que se devuelva al dueño el bien o se efectúe el pago del justiprecio, a diferencia de lo que el artículo 56 marca para el supuesto de demora en la tramitación, en que consistiendo también en el interés legal del justiprecio se estima desde que se produzca la mora, o sea, cuando hubiesen transcurrido seis meses desde la iniciación legal del expediente y concluye con la fecha de la resolución que de modo definitivo establezca el justiprecio, en tanto que la indemnización a que se contrae el artículo 57 lo es por demora de la Administración en el pago, a partir del transcurso de los seis meses siguientes a la determinación del justo precio, entendiéndose éstos efectuados cuando lo haya sido definitivamente en vía administrativa »

IV.—CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS NORMAS COMUNES.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1964 (AR, número 5.300).

—«La verdadera clave resolutoria del problema planteado se encuentra en la aplicación supletoria en materia de contratación administrativa—ya sea directamente la del Estado, ya la de los entes locales, ya la de los entes autónomos paraestatales—de los principios generales atinentes al justo equilibrio jurídico entre las recíprocas prestaciones; deberes de los contratantes que consagra el Código civil, cuyos artículos 1.101 y 1.105—no rectificadas, sino armónicas con el 1.289—combinan la amplitud enumerativa de los supuestos comprendidos, con la precisión expresiva de las consecuencias impuestas; preceptos ambos de indiscutible aplicación a un nexo proptercontractual como el contemplado en vez del artículo 40 de la Ley de 26 de julio de 1957, propio para la indemnización de daños y perjuicios ajenos a toda vinculación previamente pactada, esto es las que en la vida cotidiana puede ocasionar la gran amplitud alcanzada por el funcionamiento—sea normal o anormal—de los servicios públicos; ante lo cual es obligado concluir que como la Administración pública, que es única, incumplió reiterada y ya definitivamente su deber de suministrar los contingentes del hierro preciso en las obras, mientras requería al constructor para que supliera a su costa el vacío producido por aquel incumplimiento, resulta directa e inexcusablemente responsable del quebranto económico representado por la diferencia entre las cifras correspondientes a los pagos hechos según el presupuesto y los realmente afectados por la contrata.»

2. LAS PRETENSIONES DE REVISIÓN DE PRECIOS Y DE RESCISIÓN SON INCOMPATIBLES.

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 547).

«Si, en efecto, el contratista, ante la alza de precios que se produce y altera el estado o situación económico-comercial tenida en cuenta como base al contratar, acude al remedio de la compensación y con ello de la diferencia de precios, es porque no le interesa la revocación de la contrata, ya que, de lo contrario, hubiera ido a ella, y si su petición compensatoria se ve satisfecha, es lógico y equitativo suponerlo reparado con lo que pidió como remedio a la situación que invoca, de donde cancela para el futuro su derecho de rescisión, si hubiere lugar a ello, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto, con daños evidentes de los intereses públicos, pretendiendo doble reparación para un solo hecho, del abono de la compensación y la rescisión.»

V.—POTESTAD SANCIONADORA

1. EN MATERIA DE VIVIENDA.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 392).

«El mismo Reglamento de 24 de junio de 1955 constituye fundamento jurídico suficiente para la actuación administrativa que se combate al decir en su artículo 124 que se considerarán infracciones al régimen legal de protección de viviendas de renta limitada cualesquiera otros actos u omisiones—además de los expresados en el artículo 123—que supongan incumplimiento de las prescripciones contenidas en este Reglamento; es decir, que la violación de cualquier precepto del Reglamento constituye una infracción sancionable.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 392).

«La invocación de falta de malicia en el constructor no puede tener efecto en cuanto a la solicitada disminución de la sanción, que ya ha sido tenida en cuenta en la resolución recurrida, y porque la entidad de la falta, aun considerada bajo la vigencia del artículo 123 del Reglamento no ha de ser conceptuada tan sólo según la malicia con que la misma se cometió, sino que ha de serlo atendiendo a su trascendencia y derivaciones, ya estuvieran exentas de mala fe, o como dice la sentencia de 25 de abril de 1964, fueran normalmente culposas, acentuadamente culposas, mixtas de culposas y dolosas, o en el límite de acción de la jurisdicción penal, de una absoluta dolosidad.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 392).

«En cuanto a las consecuencias liberatorias de la calificación definitiva ya la sentencia de esta Sala de 28 de abril de 1964 declaró que no puede liberar de responsabilidad al constructor el hecho de que el Ministerio de la Vivienda expidiera la cédula con aquella calificación; lo que esto significa no es otra cosa que en principio, y a juicio del Ministerio, la obra aparece ajustada al proyecto en extremos esenciales, pues según el artículo 94 del Reglamento de 1955, la denegación de tal calificación sólo podrá fundarse en que las obras no se hallan ajustadas al proyecto en extremos esenciales; pero esto no quiere decir que no pueda resultar en caso alguno concedida la calificación definitiva a obras no ajustadas al proyecto por defectos ocultos a la obra e incluso errores sufridos en Administración, digo, en el acto de la inspección prevista en el artículo 93, sin perjuicio, claro es, de la responsabilidad que la Administración pueda exigir sobre el cumplimiento de este trámite»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 414).

«El mismo argumento en que se apoya el recurrente para combatir la resolución del Ministerio es el de que obtenida la cédula de calificación definitiva no se puede sancionar al constructor por los defectos existentes en la construcción, pero tal tesis no es admisible, según quedó declarado para casos idénticos en las sentencias de esta Sala de 18 y 27 de noviembre del pasado año, que establecieron, en cuanto a las pretendidas consecuencias liberatorias de la calificación definitiva, que lo que ésta significa no es otra cosa que, en principio, y a juicio del Ministerio, la obra aparece ajustada al proyecto en extremos esenciales, pero esto no quiere decir que no pueda resultar en caso alguno concedida la calificación definitiva a obras no ajustadas al proyecto por defectos ocultos de la obra e incluso por errores sufridos en el acto de la inspección prevista en el artículo 93 del Reglamento, sin perjuicio, claro está, de las responsabilidades que la Administración o el mismo promotor puedan exigir sobre el cumplimiento de este trámite; pero lo que la calificación definitiva no puede justificar o amparar es que el promotor o el contratista que construye un edificio de protección estatal, apartándose del proyecto en extremos no esenciales—pero que disminuyen su coste y, por tanto, el valor calculado de las viviendas para la obtención de los beneficios—, pueda quedar impugne o incluso cobrar menos precios de los autorizados por el Ministerio para unas viviendas de calidad inferior.»

2. EN MATERIA DE ABASTECIMIENTOS.

(Doctrina general sobre la compatibilidad de las responsabilidades criminal y administrativa).

SALA 3.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1965 (Arz., número 545).

«La posibilidad de que las infracciones en materia de abastecimientos puedan alcanzar categoría delectiva no es incompatible con las medidas y correcciones

que puedan imponer las Autoridades gubernativas y la Fiscalía Superior de Tasas, conforme a la Ley de 30 de septiembre de 1940 y disposiciones complementarias en relación con el Decreto de 20 de julio de 1946»

3. EN MATERIA LABORAL.

Presunción de certeza de los actos de la inspección: naturaleza y límites.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz. número 5.272).

«Que si la Inspección lo que entendía era que según aparece de su informe, la Empresa no es que no llevara documentación o no la presentara, sino que pretendía desligarse de abonar las cuotas por seguros sociales y hasta el de seguro de accidentes por medio de un aumento de cinco pesetas diarias en el salario de los obreros, figurando que trabajaban por cuenta propia e infringiendo con error malicioso la Reglamentación del Trabajo en la Construcción, en el que se define cuáles son los trabajos a destajo, trabajos a tarea y trabajos a prima de la producción, debió levantar acta haciéndolo constar así y cuáles eran los obreros a que afectaban esas ocultaciones, pero no limitarse a poner una nota en el acta diciendo que la levantaba por estimación y omitiendo los productores afectados, porque de esa forma la Empresa se encontraba sin medios de defensa, sin que la presunción de veracidad de las actas pueda extenderse a tener por ciertos unos datos que en el acta no constan sino en un informe posterior, del que no se dio traslado a la Empresa, sin que por otra parte se manifieste cuáles fueron los que según la inspección le denunciaron esas anormalidades.»

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.711).

«Si bien es cierto que la presunción de certeza de que gozan las actas de la Inspección de Trabajo, según el artículo 4.º del Decreto de 11 de agosto de 1953, es una presunción *iuris tantum*, susceptible, por ende, de ser eliminada por una prueba en contrario, no es menos cierto que esta prueba destructora de tal presunción legal, ha de ser eficaz, precisa y plenamente convincente.»

4. LA VOLUNTARIEDAD EN LAS FALTAS ADMINISTRATIVAS.

(Véase, además de la sentencia que sigue la de 18 de noviembre de 1965, en V, 1).

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.759).

«... en materia de faltas administrativas originadas por una conducta inbida o negligente del administrado, el elemento de voluntariedad en la acción u omisión hasta para sancionarlas, aunque no concurra el intencional»

5. LA PRUEBA DE LOS HECHOS SANCIONADOS.

(Véase, además de la sentencia que sigue, las de 27 de noviembre y 3 de diciembre de 1964, en V, 3).

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1964 (Arz., número 5 211)

«Que en lo atinente a la multa de 1.000 pesetas impuesta a don Antonio M. S., se asienta únicamente en escrito de 12 de marzo de 1962 del Jefe de la Sexta Brigada de Investigación al Jefe Superior de Policía, de Barcelona, en el que le participa que Antonio M. fué reconocido como uno de los que colocó en la verja del jardín de la Universidad la pancarta con la inscripción «Libertad» y se concentró el día 2 de marzo en las cercanías de la catedral con un grupo de más de cien estudiantes desalojados de la Universidad, cuya imputación negó M. al recurrir—pues no se le recibió declaración—, en versión de que no estuvo esa mañana en la plaza de la Universidad y de que no se enteró de lo allí ocurrido hasta que por la tarde se lo contaron en la Facultad los compañeros de clase.

Que así las cosas no cabe desconocer la insuficiencia de prueba y de consistencia de los cargos que se le formulan a este multado, puesto que sólo estriban, como se indicó, en una comunicación que impersonaliza la atribución, al expresar que fué reconocido, sin puntualización alguna de cómo y por quién; exigencia más lógica ante la negativa del interesado de su participación y aparte de las circunstancias o motivación con que se pusiera el letrado en la verja de la Universidad, ni de la actitud de la agrupación estudiantil, que al parecer fué expulsada de la plaza de la Universidad, y, en fin, que en contraste con el acaecimiento contemplado anteriormente, aquí falta la indispensable aportación de elementos mostrativos del proceder individual mencionado y de que, por ende, genere la vulneración de la Ley de Orden Público en que se funda, con cita de los incisos d) y f) de su artículo 2.º, la resolución de 16 de mayo de 1962 recurrida, en la que por cierto se sienta que a don Antonio M. le impuso el Gobierno civil de Barcelona la multa por haber tomado parte como dirigente en los desórdenes estudiantiles de 27 de febrero, lo cual no coincide en el detalle con el informe policial que se indicó, y que repetimos constituye el elemento sólo inculpador, conjugado como tal en los informes posteriores de la Jefatura Superior de Policía y Gobierno Civil.»

6. PROCEDIMIENTO.

El trámite de audiencia, suplido por el pliego de cargos.

SALA 4.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 411).

«El primero de los invocados vicios de nulidad descansa en una premisa errónea, cual es la de no haberse comunicado íntegramente el acto resolutivo, ya que las actuaciones revelan que éste fué modificado en su estricta y completa literalidad, tal como se emitió, y las razones que en contra se aducen con-

cernientes a no hacerse mención de los hechos probados y de los preceptos legales justificativos del pronunciamiento sancionador, más que a la nulidad formal de la notificación apuntan a otro tipo de infracción relativo al fondo, cual es la falta de motivación exigida por el artículo 43 en relación con el 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero incluso examinado bajo este inadecuado aspecto el argumento en cuestión se revela inoperante, teniendo en cuenta que el procedimiento sancionador es de los especiales regulados en el título sexto de dicha Ley, cuyos artículos 136 y 137 disponen que habrán de notificarse previa e independientemente a los encartados el pliego de cargos y la propuesta de resolución, de donde se infiere que no cabe reputar defectuosa la que se dicta con apoyo en los hechos y fundamentos jurídicos establecidos en las actuaciones expedientales que se aceptan sin reproducir, ya que el interesado tenía perfecto conocimiento de ellos y no se le despojaba de ninguna garantía procedimental al evitar su repetición y limitarse a una concreta e inequívoca referencia.»

7 PRESCRIPCIÓN.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.413).

«Que nuestro Ordenamiento legal admite la prescripción en materias Civil, Penal y Administrativa como forma de extinción de las acciones civiles y de las responsabilidades por razón de delito o por comisión de faltas sancionadas disciplinariamente en vía administrativa.»

VI.—FUNCIONARIOS

1. OPCIONES Y CONCURSOS.

A) *Las bases de la convocatoria.*

a) *Constituyen la Ley de la oposición o del concurso*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 109).

«La citada Orden ministerial posterior es la que realmente contenía las normas de la convocatoria del curso extraordinario de aptitud del que dimana el derecho al ascenso y en ellas no figura exigida la indicada circunstancia, habiendo quedado sometidos a dichas normas tanto los convocados como la propia Administración y debiendo acudir a ellas para decidir cuáles son los derechos emanados de las mismas y de los que los interesados no puedan ser privados tampoco por disposiciones o acuerdos posteriores como la circulada de 27 de agosto de 1963, que harían depender su eficacia de la voluntad de la Administración, la cual está, además, obligada a observar el principio fundamental de nuestro régimen jurídico de que no puede anular de oficio sus propios actos

cuando éstos son declaratorios de derechos con arreglo al artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico y al 110 de la de Procedimiento Administrativo, no pudiendo revisarlos más que si se tratase de rectificar errores materiales o de hecho o si existiese infracción manifiesta de Ley, previo informe favorable del Consejo de Estado y no hubiesen transcurrido cuatro años o, con este requisito también, acudiendo en los demás casos a la declaración de lesividad como previa a la acción jurisdiccional para obtener la declaración de nulidad, en ninguno de cuyos supuestos estará comprendido el caso que se contempla.»

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1965 (Arz. número 437).

«No es procedente la motivación de inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo alegada en la contestación a la demanda, al amparo del apartado f) del artículo 82 de la Ley jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, por entender presentado el escrito inicial de este procedimiento fuera del plazo establecido en la Ley, suponiendo transcurrido el término para hacerlo, al acudirse previamente a un recurso de alzada, que se afirme improcedente, por estimar que, según el apartado 4.º del artículo 36 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957, las resoluciones de la Dirección General, de 14 de enero de 1964, ponían fin a la vía gubernativa, al estar dictadas en materia de personal, cabiendo contra ellas sólo el recurso de reposición, como previo al contencioso-administrativo, pues para que fuera aceptable tal criterio sería preciso que esta norma de carácter general no se encontraría desvirtuada por algún precepto específico, concretamente referido a los concursos del personal de que se trata, en el que se indicará como procedente la alzada ante el Ministerio de la Gobernación contra las resoluciones que dictara la Dirección General de Administración Local, tanto en relación con las puntuaciones que se asigne a los concursantes como en cuanto a las adjudicaciones de plazas que a éstos haga, y como quiera que así ocurre, pues lo mismo en la convocatoria del concurso, efectuada por Orden de 21 de mayo de 1963 y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 7 de julio siguiente, como en los mencionados acuerdos del 14 de enero de 1964, resolutorios de aquél y sobre puntuaciones del mismo, respectivamente—*Boletín Oficial* de 24 siguiente—, se indican como procedentes y se otorgan recursos de alzada contra sus decisiones el debido acatamiento del artículo 199 del Reglamento de 30 de mayo de 1952, modificado por Decreto de 20 de mayo de 1958, es vista la existencia de norma aplicable, que constituye la Ley del concurso, vinculante para los concurrentes a él y la Administración—por imperativo del artículo 4º del Decreto de 10 de mayo de 1957—, que obligaba a la interposición de las alzadas que el actor formuló por lo que éstos fueron procesalmente procedentes.»

b) *No puede pretenderse, al impugnarlas, un simple cambio de redacción.*

SALA 4.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1965 (Arz. número 689).

«No puede estimarse como pretensión contencioso-administrativa de la actora, atendible jurídicamente, la de que se diese el anuncio de convocatoria del curso una redacción, no de distinto alcance en cuanto a sus efectos fundamentales

—en los que, como se ha visto, coincidían la Escuela y la demandante—, sino, en resumidas cuentas, una redacción con las palabras que ella estimaba preferibles; lo que como pretensión contencioso-administrativa es jurídicamente inaprehensible; hace irrecurrible en esta vía el acto de que se trata, y lleva la imposibilidad de dar lugar al recurso entablado.»

B) *Procedimiento.*

a) *Finalidad: lograr la provisión.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1964 (Arz., número 5.507).

«Que en relación al recurso contencioso-administrativo número 12.235, interpuesto por don Aniceto de C. A., basta esté su demanda en la interpretación que deba darse al artículo 27 del Reglamento de Oposiciones a Cátedras Universitarias, aprobado por Decreto de 25 de junio de 1931, ratificado por Ley de 4 de noviembre del mismo año y adaptado, mediante la Orden de 30 de septiembre de 1957 a los preceptos del Decreto de fecha 10 de mayo inmediato anterior, de régimen general de oposiciones y concursos, en cuyo texto literal se establece que ultimados los ejercicios, para efectuar el Tribunal su designación, "la votación será pública y nominal, y se necesitarán tres votos conformes para que haya propuesta, cualquiera que sea el número de votantes", y que "si ninguno de los opositores obtuviere dicho número, se procederá a segunda y tercera votación entre los que hayan alcanzado más votos, y si tampoco en ésta los lograse ninguno, se declarará no haber lugar a la provisión de la cátedra o cátedras y el Gobierno volverá a anunciar su provisión en el turno que reglamentariamente corresponda", estribando la disparidad de criterios entre el recurrente a la Administración, en el caso controvertido, en que, mientras el primero entiende que la segunda votación debió sólo repetirse entre él o dejar desierta la cátedra, por ser el único opositor que alcanzó dos votos, aquélla, en cambio, estima que pudieron concurrir a la votación referida no sólo el opositor de dos votos, sino también los tres que lograron un voto.

Que para resolver esta cuestión debe tenerse presente no sólo el sentido gramatical del texto jurídico a aplicar, sino también el propósito o espíritu de la disposición, y a tales efectos, en el primero de los aspectos, si bien es claro que el párrafo 2.º del artículo 27 citado se refiere al caso concreto de la existencia de más de un opositor con igualdad de votos—cinco con un voto o dos con dos votos cada uno—, en los que entraría en juego su normativa sin duda alguna, con exclusión de los opositores de menor votación—ningún voto en el primer supuesto, o uno sólo en el segundo—, no cabe entender comprendida en sus preceptos la circunstancia de un único opositor con dos votos, pues no contempla esta situación individualizada, no siendo en su consecuencia de aplicación en estos casos, que quedan sin regular en su segunda votación y sin la limitación referida en cuanto a quienes puedan ser objeto de ella, debiendo además, entenderse así el precepto y sin que literalmente el término "entre los que hayan alcanzado más votos" entraña en todos los supuestos una relación comparativa y plural, dado que "entre" significa, según el Diccionario Ideológico de la Lengua Española, "situación en medio de dos o más cosas" o personas en el caso controvertido, por lo que no puede adaptarse a un solo sujeto, por la falta del

otro u otros elementos de comparación, lo que reafirman las palabras "los que hayan", términos contrarios a toda participación exclusivamente individual y sin que quepa sólidamente sostenerse que el plural comprende también la situación singular, pues si la voluntad del legislador hubiere sido aceptar un solo opositor en las segundas votaciones, estaría así expresamente consignado, ordenando que ésta se refiriera "a quien o quienes hubieran alcanzado más votos".

Que si de la redacción gramatical del precepto se pasa a investigar su espíritu, dado que como dice la Ley 13 del título 1.º de la partida 1.ª "el saber de las leyes no es tan solamente en aprender a decorar las letras de ellas, mas el verdadero entendimiento de ellas", para indagar cuál fuera la *mens legis* o la *intentio legislatoris*, es fundamental determinar cuál sea la *ratio legis*, o sea, su finalidad, y ésta no puede ser, como se pretende en la demanda, el eliminar a los opositores de menores votos en todos los casos, a fin de facilitar la elección del que deba proponerse, sino que el objeto de todo el Ordenamiento jurídico, regulador de las oposiciones a cátedras universitarias, no es otro que el procurar la mejor selección posible entre los candidatos aspirantes a la plaza de que se trate, por lo que las normas limitativas a este propósito deben aceptarse restrictivamente, sin que pueda darse prevalencia a una de dicha índole y de carácter adjetivo, que regula la práctica de determinado trámite de la oposición, aunque sea esencial, frente a los principios inspiradores u objetivos finales de la norma.»

b) *La demora no implica nulidad.*

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 437).

«El hecho de que la resolución del concurso tardara más de los seis meses a que se refiere el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo—fundamento 5.º del demandado—, no significa la existencia de defecto alguno en las actuaciones seguidas en el Departamento ministerial y menos aún de entidad suficiente para viciarlas, sino simplemente una demora, que de no estar justificada podría ser causa de exigencia de responsabilidad, como expresamente establece el párrafo 2 de dicho artículo, pero que en nada afectaría a la validez del trámite y la resolución.»

2. POTESTAD ORGANIZATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN Y DERECHOS ADQUIRIDOS DE LOS FUNCIONARIOS.

SALA 5.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 110).

«Sin que aparezca señalada, ni por parte de la Administración ni por parte de los interesados, que deriven tales gratificaciones de una consignación expresa en el presupuesto de la Comisaría para un empleo o plaza determinado, deduciéndose, por el contrario, por su forma de otorgamiento, que su asignación a los recurrentes derivó de un acto discrecional, que con igual carácter fué confirmado al ser trasladados los funcionarios a otro distinto, y en tal sentido tal

facultad discrecional de la Administración no puede ser enervada por la invocación de unos supuestos derechos adquiridos por tales empleados, puesto que la decisión anulatoria de su percibo en nada ha afectado a su categoría escalafonal, ni a su inamovilidad y sueldo, derechos éstos que en todo momento tienen que ser reconocidos y respetados por la Administración, de conformidad con las disposiciones contenidas en el Estatuto de Funcionarios de 1918 y en el Reglamento para su aplicación de 22 de septiembre del mismo año, que constituyen el Ordenamiento jurídico aplicable a la materia en el momento de adoptarse las resoluciones impugnadas, sin que por ello pueda reconocerse igual categoría legal a las gratificaciones graciosas que, no reglamentadas en forma expresa, han podido reconocerse a los recurrentes»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 110).

«No puede ser declaratorio de derecho el acto de fijar una gratificación, ni el de suprimirla contraría derechos adquiridos por los funcionarios al prestar sus servicios a la Administración, que son los que han sido enumerados en el Considerando precedente, sin que pueda extenderse su garantía a aquellas otras percepciones derivadas de unos supuestos distintos a los que regulan la percepción del sueldo en estricto sentido.»

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 112).

«La única cuestión que se plantea en este recurso está limitada a resolver si el recurrente que había sido retirado del servicio en el Cuerpo de Policía Armada al cumplir la edad de cincuenta y un años, por resolución de la Dirección General de Seguridad de 7 de febrero de 1963, al amparo de la legislación entonces vigente, sobre esta materia, puede volver al servicio activo después de publicada la Ley de 8 de julio de 1963, que elevó en dos años la edad para el retiro para los Suboficiales de dicho Cuerpo, categoría que aquél ostentaba, a este respecto, es preciso reconocer que la Ley últimamente citada y cuya aplicación se pretende a este caso, carece de toda disposición que ordene tenga efectos retroactivos, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.º del Código civil no es posible reconocerle este carácter, razón por la cual, entrada en vigor la expresada Ley, en ocasión en que ya no figuraba el recurrente en el servicio activo, los preceptos de la misma no pueden aplicársele en manera alguna, toda vez que sólo afectan a quienes se encontraban en dicho momento en situación de actividad en el servicio.»

4. POTESTAD DISCIPLINARIA.

A) *Su compatibilidad con la penal.*

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 5 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 105).

«La sentencia que le absolvió lo fué del delito de cohecho, declaración judicial que pudiera tener eficacia si en el expediente disciplinario que fué seguido

se le hubiera imputado la comisión de dicho delito como determinante de su destitución, y no la realización de los hechos recogidos en el pliego de cargos que obra al folio 255 del expediente administrativo de que dimana el presente recurso calificados de falta grave.»

B) Valor de la propuesta del Juez Instructor

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 436).

«La circunstancia de que la propuesta del Juez Instructor no mereciera la conformidad del Ministerio, por estimar que no fueron debidamente apreciados los hechos a efectos de su calificación y castigo, en modo alguno determina la nulidad de la resolución dictada, como pretende el actor fundado, según dice, en el carácter de firme inherente a dicha propuesta, por lo que no puede ser agravada; porque el mismo carácter de simple propuesta que corresponde a la que ha de formular el Juez Instructor pone de relieve, sin necesidad de argumento alguno, que la decisión definitiva corresponde a la Administración, no vinculada, al parecer, de dicho funcionario.»

C) Prescripción.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 136).

«La institución jurídica de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad disciplinaria del funcionario público, requiere a su viabilidad, como en toda prescripción, el transcurso de un determinado tiempo, que ha de estar caracterizado por inactividad administrativa, luego de conocida la infracción»

D) Procedimiento.

La demora no implica nulidad.

SALA 5.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO.—SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1965 (Arz., número 136).

«La infracción por la Administración del precepto que señala tiempo de duración a la tramitación del expediente disciplinario pudiera dar lugar a responsabilidad administrativa correccional contra el Instructor que no hubiere obrado con el debido celo, pero no es motivo de nulidad lo actuado, porque ningún precepto legal establece tan drásticas consecuencias de esta infracción reglamentaria, afirmación que se hace reiterando la repetida doctrina de esta Sala, últimamente mantenida en su sentencia de 9 de diciembre de 1964, según la cual la nulidad por defectos procesales en el expediente administrativo disciplinario sólo procede cuando la supuesta infracción implique indefensión del inculpado; indefensión que no se produce por la excesiva duración del trámite.»

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
y SALVADOR ORTOLÁ NAVARRO.

P R O C E S A L

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1965.—*Proceso declarativo especial de desahucio: sumariedad (limitación de la cognición).*

Estima el recurso de casación por infracción de Ley contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia territorial que, revocando la del Juzgado de Primera Instancia, absolviera a los arrendatarios del desahucio.

«Considerando (1.º) que con reiteración viene declarando esta Sala que dentro del juicio especial de desahucio no cabe la discusión de cuestiones complejas relativas a la naturaleza de los contratos y obligaciones que de los mismos puedan derivarse, doctrina que, en relación con los de arrendamiento, es aplicable cuando en ellos se comprenden contraprestaciones que exceden del contenido común y normal del negocio locativo...»

SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1965.—*Sentencia: «congruencia» (Ley de enjuiciamiento civil, art. 359). Recurso de casación por infracción de Ley: «incongruencia» (Ley de enjuiciamiento civil, art. 1.692, 2.º): incongruente el fallo declaratorio de validez del supuesto negocio «disimulado» («simulación relativa») con la pretensión de nulidad por «simulación absoluta».*

Estima el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia dictada en apelación (también por ella interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolviera de la demanda.

«Considerando (1.º) que, por ser rogada la Jurisdicción civil, los Tribunales no pueden resolver más cuestiones de hecho y de Derecho que las que las partes someten a su conocimiento, planteándolas, discutiéndolas y fijándolas en los escritos fundamentales del pleito, debiendo acomodarse la sentencia a las pretensiones deducidas en forma y razón adecuadas, por exigencia del artículo 359 de la Ley de enjuiciamiento civil, acomodación y conformidad que se denomina "congruencia", y para apreciarla es preciso atenerse al contenido de dichas pretensiones, esto es, a lo que la doctrina llama "identidades fundamentales", derivadas de la adecuación o conformidad de lo pedido y lo resuelto en relación con las personas, con el objeto del proceso y con la causa de pedir, o sea, con los fundamentos de la pretensión misma, y cuando hay discrepancia entre lo declarado y lo que ha sido objeto del debate, al no concordar el Juzgador... su decisión con las cuestiones de hecho y de Derecho que los litigantes someten a su conocimiento, bien por alterar la causa de pedir o por transmutar el problema controvertido en otro distinto del planteado, entonces hay "incongruencia", lo que ha de estimarse en la relación del fallo, o parte dispositiva, de la sentencia con los términos de la demanda y de la contestación.

Considerando (2.º) que en el pedimento primero del "suplico" de la demanda se insta la declaración de nulidad absoluta y su ineficacia jurídica, por ser simulada, de la escritura de compraventa otorgada el 22 de agosto de 1952, y la demandada sostiene que tal venta existió y es válida, concretándose el problema litigioso a precisar si dicho contrato es "inexistente" o es "válido", del que se aparta la Sala sentenciadora al apreciar que en la referida venta hay simu-

lación relativa, pues lo querido—dice—por los contratantes fué otorgar una donación *inter vivos*, que es válida, configurando así el tema a decidir en otro distinto del planteado, y contra ello se interpone el motivo primero, el que, amparado en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, denuncia incongruencia con violación del artículo 359 de dicha Ley, que es forzoso apreciar, pues, como ninguno de los litigantes hizo alegación sobre la validez de tal venta como donación *inter vivos* ni se discutió si en aquélla existía un negocio disimulado distinto del aparente de compraventa, el apreciarlo de oficio el Tribunal *a quo* y basar en esta transmutación el fallo absolutorio supone una discrepancia radical entre lo pedido por los litigantes y tal fallo, y, como en esta discrepancia consiste la "incongruencia" denunciada en este motivo, es forzosa su estimación, puesto que, como declara la sentencia de 1 de junio de 1943, ejercitada la acción de inexistencia por "simulación absoluta", el Tribunal no puede declarar una "simulación relativa".»

SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1965.—«Excepciones dilatorias»: *falta de personalidad en el Procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad del poder (Ley de enjuiciamiento civil, art. 533, 3.ª): es suficiente para representar a los asociados a la Sección de Servicios en la «Cámara Oficial de la Propiedad Urbana» el otorgado por el Presidente de ésta para representar a tales asociados cuando a él acompaña certificación del Secretario de la «Cámara» acreditando el derecho de los litigantes a utilizar los servicios jurídicos de la «Cámara».* «Recurso de injusticia notoria»: *infracción de normas procesales: no puede ser alegada como motivo del recurso al amparo de la causa 3.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956).*

Desestima (con costas) el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por el demandado (arrendatario) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, que estimara la demanda de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio por subarriendo no autorizado y desestimando la excepción de falta de personalidad alegada por el demandado.

«Considerando (1.º) que el primer motivo ... se ampara en la causa 4.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos (de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), basándose en supuesto "manifiesto error en la apreciación de la prueba", pero la sentencia recurrida declara probado que el poder con que compareció el Procurador demandante está otorgado por el Presidente de la "Cámara Oficial de la Propiedad", a la que aparecían adscritos los actores y a la que habían éstos solicitado para que, en su nombre, se ejercitasen (*sic*) los juicios convenientes a sus intereses de propietarios, y como lo declarado por la Sala de instancia se deduce de certificaciones obrantes en autos, las que no revelan que aquélla haya incurrido en "manifiesto error", procede la desestimación de este primer motivo; debiendo correr la misma suerte el segundo, que se ampara en la causa 3.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos y se basa en "falta de aplicación" del número 3.º del artículo 533 de la Ley de enjuiciamiento civil, desestimación que debe hacerse tanto por apoyarse este motivo en el anterior, que se rechaza, cuanto porque se denuncia en el mismo una infracción procesal, y es improcedente hacerlo al amparo de la causa 3.ª que se invoca.

Considerando (2.º) que al amparo de esta misma causa (3.ª del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos) se formula el tercer motivo, por "falta de aplicación" del artículo 1.280 del Código civil, en relación con el número 3.ª del artículo 533 de la Ley de enjuiciamiento civil; motivo que también es rechazable desde el momento en que se aportó a los autos un poder notarial otorgado por el Presidente de la "Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de la provincia de Madrid" a favor de Procuradores, entre los que se encuentra el que ha comparecido, en nombre de los actores, en concepto de asociados a la Sección de Servicios de dicha "Cámara", facultándoles para que, solidariamente, en nombre y representación de los asociados a la Sección de Servicios, ejerciten cuantas acciones ... correspondan a dichos asociados, y se ha aportado también certificación del Secretario de la mencionada "Cámara" justificativa del derecho de los actores a utilizar los servicios jurídicos del mismo, y, por lo que respecta a la supuesta infracción del número 3.ª del artículo 533 de la Ley de enjuiciamiento civil, se reproduce lo expuesto en relación con el mismo en el "considerando" que precede.»

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1965.—*«Recurso de casación por infracción de Ley: Ley de enjuiciamiento civil, art. 1.692, número 7.º: no puede basarse en él la infracción del Código civil, art. 1.285; es inadmisibile el recurso cuando, al amparo del artículo 1.692, número 1.º, se cita como infringido un artículo que contiene tres normas diferentes sin especificar cuál de ellas se entiende infringida (Ley de enjuiciamiento civil, artículo 1.729, número 6.º).*

Desestima (con costas) el «recurso de casación por infracción de Ley» interpuesto por el actor (arrendador) contra la sentencia dictada en apelación (también por él interpuesta) por la Audiencia territorial declarando inadecuado el procedimiento de «juicio de desahucio» de «industria», por entender que lo arrendado era un local de negocio.

«Considerando (1.º) que el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciamiento civil, atribuye a la sentencia recurrida error de derecho en la apreciación de la prueba, cuyo error se pretende poner de manifiesto alegando que dicha sentencia, en vez de hacer una interpretación total de las cláusulas del contrato base del litigio, omite el análisis de las estipulaciones que perfilan la naturaleza de lo que se cede en uso y disfrute, que fué—en tesis del recurrente—una industria de mercería, y no unos elementos físicos aislados, con lo cual—insiste el recurrente—"se viola, por no aplicación, el artículo 1.285 del Código civil, que exige que, para interpretar adecuadamente un contrato, hay que tener en cuenta la totalidad de las cláusulas".

Considerando (2.º) que basta atenerse a la propia argumentación del recurrente y a la cita de los artículos que invoca en defensa del motivo para comprender que éste no puede prosperar, porque, en realidad, lo que ataca no es la apreciación errónea de la prueba, en que pudiera haber incurrido el juzgador, sino que lo que combate es la interpretación que le ha dado al documento base del litigio; tanto, que la norma que se reputa infringida y que a tal fin se invoca es el artículo 1.285 del Código civil, que no es un precepto valorativo de prueba que vincule al juzgador, cuya vulneración, además, no puede atacarse por la vía del número 7.º del artículo 1.692, como reiteradamente tiene declarado esta Sala.

Considerando (6.º) que en el motivo tercero, con apoyo también en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, se imputa a la sentencia recurrida infracción, por aplicación indebida, de varios artículos de la Ley de arrendamientos urbanos; pero tampoco este motivo puede prosperar:

Segundo, porque la simple circunstancia de que el artículo 3.º, invocado .. como infringido, contenga tres normas completamente diferentes y no se especifique cuál de ellas es la que se supone vulnerada, es suficiente para imponer la desestimación...»

SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1965.—«*Recurso de injusticia notoria*»: causa 4.ª, artículo 136 (*Ley de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956*): «*manifiesto error en la apreciación de la prueba*».

Desestima el «recurso de injusticia notoria» interpuesto por la demandada (arrendataria) contra la sentencia dictada en apelación (interpuesta por los actores: arrendadores) por la Audiencia territorial revocando la del Juzgado de Primera Instancia, que absolvió de la demanda de resolución del contrato al estimar la excepción dilatoria de «falta de legitimación pasiva».

«Considerando (1.º) que los tres primeros motivos del recurso, al amparo de causas distintas del artículo 136 de la Ley (de arrendamientos urbanos de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956), abordan el mismo problema: que don J. Parra M. era arrendatario individual del local, desde abril de 1960, por novación del contrato, en contra de lo declarado por la Sala, de que actuaba en él como Director Gerente de la "Empresa Parra, S. L.", sin que sea posible aceptar el primero, amparado en la causa 4.ª (del artículo 136 de la Ley de arrendamientos urbanos, citada), porque los recibos nada dicen de la condición del deudor, y la contradicción entre el dicho de la Sala y el contenido de los recibos girados a don J. Parra M. se hace depender de la novación alegada, es decir, que la contradicción ha de derivar de tal novación, y no es clara y patente, sino deducida con un juicio previo, no es más que una interpretación de la parte contra la del Tribunal, y lo que la causa 4.ª ampara no es la pugna de dos interpretaciones, sino un hecho evidente, contrario al dicho de la Sala, que, olvidándolo, lo contradice.»

JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ LÓPEZ,

Abogado.

Profesor Ayudante de Derecho Procesal.

Jurisprudencia Fiscal

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1964.

Sienta la doctrina de que comprado un solar para la construcción de viviendas de renta limitada y declarada exenta tal compra, esta exención queda sin efecto si el adquirente la enajena antes de haber obtenido la cédula de calificación definitiva, porque si bien el número 59 del artículo 3.º de la Ley del Impuesto concede la exención a los actos y contratos referentes a tales viviendas, conforme a las Leyes de 15 de julio de 1954, 12 de noviembre de 1957 y Decreto-Ley de 3 de abril de 1956, los dos últimos párrafos de dicho número 59 determinan que las exenciones se entenderán siempre concedidas con carácter provisional y condicionadas al cumplimiento de los requisitos que en cada caso se exigen, y en consecuencia, los inmuebles quedan afectos al pago de las liquidaciones que hubieran debido girarse de no mediar la exención.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1964.

EN UN CONTRATO DE SUMINISTRO DE PAJA, LEÑA Y PRODUCTOS ANÁLOGOS A LA INTENDENCIA MILITAR ES EXIGIBLE EL IMPUESTO SI MEDIAN MANDAMIENTOS DE PAGO PARA EL COBRO DEL PRECIO, AUNQUE SE TRATE DE CONTRATOS VERBALES, A TENOR DEL APARTADO 4.º DEL ARTÍCULO 48 DEL REGLAMENTO.

Antecedentes.—Levantada acta en 5 de mayo de 1960 por la Inspección de Hacienda contra una Entidad por no pago del Impuesto

en un contrato de suministros a la Intendencia Militar, la Oficina liquidadora giró la liquidación correspondiente por el concepto suministros, con fundamento en la existencia de diversos libramientos satisfechos a la entidad contratista.

La entidad recurrió la liquidación ante el Tribunal Provincial, alegando que se trataba de un contrato puramente verbal y, por tanto, exento del Impuesto, siendo desestimado el recurso, en razón de que la existencia de los aludidos libramientos justificaba plenamente la constancia por escrito de los mentados suministros.

El Tribunal Central confirmó el acuerdo del inferior, y planteado el recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, ésta empieza por invocar la doctrina de la misma en sentencias de 9 de octubre y 11 de noviembre de 1963 y 19 y 30 de noviembre de 1964, según la cual la existencia y cobro de los libramientos para hacer efectivo el importe del precio convenido de la paja, cebada, leña, etc., suministradas a la Intendencia Militar, es suficiente para que sea improcedente la exención, a tenor del artículo 48 del Reglamento de 15 de enero de 1959 y para que los contratos verbales pierdan la condición de tales, porque tales mandamientos, según el apartado 4.^o de dicho artículo, implican la manifestación escrita acreditativa del convenio.

Comentarios.—La tesis de la sentencia que nos ocupa plantea, una vez más, el problema de la vigencia del apartado 4.^o del artículo 48 del Reglamento del Impuesto, ante el texto terminante del número 9.^o del artículo 3.^o de la Ley y del mismo número del artículo 6.^o del propio Reglamento, los cuales, como es sabido, dicen literalmente que están exentos «los contratos verbales cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito, sin que la mera existencia en libros de contabilidad dé lugar a la exención del Impuesto».

La interpretación de esta anomalía o contradicción entre ambos textos, el legal y el reglamentario, ha sido ampliamente tratada, así en la doctrina como en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Central Económico-administrativo, con la particularidad de que mientras la doctrina es unánime en cuanto a que la exención del número 9.^o, C), del artículo 3.^o de la Ley y el correlativo del Reglamento es terminante al proclamarla, y que el apar-

tado 4.º del artículo 48 del Reglamento no puede desvirtuarla, dado su inferior rango jurídico, cuando dice que en ciertos contratos, como los de venta de bienes muebles al Estado y Corporaciones u Organismos autónomos, «basta para que el Impuesto sea exigible que exista mandamiento de pago o cualquier diligencia o actuación administrativa escrita, aunque sólo sea para hacer efectivo el importe del precio convenido».

Ante ello es indiscutible que el texto categórico de la Ley queda desvirtuado y ampliado, dice la doctrina, en contra del supremo principio que enseña que una norma legal no puede ser enervada por otra categoría inferior, como es el Reglamento que desarrolla una Ley, el cual ha de quedar en todo caso supeditado a ella.

Esta doctrina la desenvuelve directa y categóricamente la Circular de la Dirección General de lo Contencioso de 3 de agosto de 1950 (página 243 de nuestro libro sobre la legislación del Impuesto), publicada con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de ese mismo año de 1950.

En esa Circular se leen conceptos como estos: «... no puede olvidarse que la mecánica especial del Impuesto, en cuanto a los actos *inter vivos* se refiere, exige como elemento esencial la existencia de documento público o privado en el que se plasme el contrato de que se trate», y en su consecuencia, hace saber a los Inspectores que su función en relación con el Impuesto se reduce a «tomar nota exclusivamente de aquellos contratos escritos, bien públicos o privados, en que conste un acto o cantidad o derecho valubles, que son los únicos documentos de forzosa presentación..., pues no puede olvidarse lo determinado en el artículo 44 del Reglamento, según el que para que sea exigible el Impuesto se requiere la existencia de un hecho que jurídicamente origine el Impuesto, de una convención expresamente consignada por los contratantes, o de otro acto que, con arreglo a los principios de derecho, pueda lógica y legalmente deducirse de la voluntad de las partes, manifestada en las cláusulas o disposiciones del contrato, rectamente interpretadas».

Fuera de esta argumentación, es de notar que si bien es exacto, como dice la sentencia que comentamos, que las sentencias que ella cita, de 9 de febrero, 15 de octubre y 11 de noviembre de 1963 y 19 y 30 de noviembre de 1964, establecen doctrina contraria, a favor de la vigencia del artículo 48 del Reglamento, junto a las cuales po-

drían citarse otras en el mismo sentido, no es menos cierto que en otras sentencias del mismo Alto Tribunal, como, por ejemplo, las de 2 de abril de 1958, 29 de septiembre de 1951 y 2 de febrero de 1955, el mismo Tribunal confirma la tesis y la doctrina de la precitada Circular.

Así como también es verdad que el mismo Tribunal Central Económico-administrativo sostiene el mismo criterio de la Dirección General en varias Resoluciones, como son las de 2 de febrero de 1955, 2 de mayo y 15 de noviembre de 1960, 6 de julio de 1962 y 13 de enero de 1963.

De todo ello se desprende el criterio vacilante de ambos Tribunales sobre el tan debatido apartado 4.º del artículo 48 del Reglamento en cuanto a la exención de los contratos verbales, al decir, en cuanto a los contratos que anota, que bastará que exista «mandamiento de pago o cualquier otra diligencia o actuación administrativa escrita, aunque sólo sea para hacer efectivo el importe del precio convenido» para que el Impuesto sea exigible, y que estos mandamientos, diligencias o actuaciones se considerarán, a los efectos del Impuesto, como la manifestación escrita de la existencia del contrato, o lo que es igual, que pierden su cualidad de verbales.

Para nosotros es claro que tal texto amplía y desnaturaliza el contenido del número 9.º de los artículos 3.º de la Ley y 6.º del mismo Reglamento, y que tal ampliación se aparta de la interpretación auténtica contenida en la Circular arriba mencionada y en parte transcrita.

En el caso es de notar, además, que tratándose de un contrato de abastecimiento de víveres a la Intendencia del Ejército, está exento, a tenor del número 12 del artículo 3.º de la Ley, ratificado en el Decreto-Ley de 15 de diciembre de 1960, y, por tanto, parece que este extremo no debió ser silenciado, aunque el acta inicial de la Inspección sea de 5 de mayo de 1960.

Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central de 24 de abril de 1964.

LA EXENCIÓN CONCEDIDA A LA COMPRA DE TERRENOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA EN EL NÚMERO 59-A DEL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY DEL IMPUESTO, QUEDA SIN EFECTO, SEGÚN EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL MISMO NÚMERO, EN CUANTO AL TODO O PARTE DE ELLOS QUE SE CEDA A TÍTULO ONEROSO ANTES DE OBTENER LA CÉDULA DE CALIFICACIÓN DEFINITIVA, Y ESTA PÉRDIDA DE LA EXENCIÓN ES APLICABLE AL CASO EN QUE LOS TERRENOS SE APORTEN A UNA SOCIEDAD INMOBILIARIA CONSTITUÍDA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA MISMA CLASE DE VIVIENDAS.

Antecedentes.—Una Sociedad inmobiliaria adquirió del Ayuntamiento de Valencia un solar con destino a la construcción de viviendas de renta limitada, y presentada a liquidación la escritura de compra provisionalmente exenta del Impuesto, consignándose en la nota de la Oficina liquidadora la obligación de presentarla nuevamente al obtener la calificación definitiva de las viviendas.

La inmobiliaria compradora y otra inmobiliaria constituyeron posteriormente una nueva Sociedad también inmobiliaria, con el fin de construir la misma clase de viviendas, con arreglo a la Ley de 15 de julio de 1954 y demás disposiciones sobre la materia, y a esa nueva Sociedad aportó la compradora el solar antes dicho, siendo aplicada la exención de la escritura de constitución de la nueva Sociedad.

Al mismo tiempo se presentó de nuevo la primitiva escritura de compra del solar al Ayuntamiento de Valencia a liquidación, y la Oficina liquidadora la liquidó haciendo caso omiso de la exención antes aplicada, con fundamento en que al ser aportado el solar a la nueva Sociedad, había perdido el beneficio de la exención, con arreglo al último párrafo del número 59 del artículo 3.º de la Ley del Impuesto, que dice que la exención queda sin efecto si los solares o las viviendas se transmiten a título oneroso antes de haber obtenido la cédula de calificación definitiva.

La liquidación fué recurrida por la compradora del solar adquirido del Ayuntamiento de Valencia, fundada en que los contratantes, al constituir la nueva entidad inmobiliaria, habían tenido en

cuenta que sus aportaciones respectivas consistían en los terrenos adquiridos para edificar las repetidas viviendas de renta limitada, y habían obtenido las reglamentarias autorizaciones del Ministerio de la Vivienda, con la salvedad de que, una vez constituida la nueva Sociedad, se formalizara el cambio de titularidad, igualmente aprobado.

A esto añadian el argumento fundamental, consistente en que la citada norma del número 59, al establecer la pérdida de la exención provisional, se refiere a la cesión a «título oneroso», y no a concepto distinto, como es el de «aportación» a una Sociedad, que es el regulado en el artículo 19 del Reglamento, al ocuparse de la constitución de las Sociedades.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación, diciendo sustancialmente que la exención invocada del citado artículo 3.º de la Ley del Impuesto tiene carácter condicional y sometida a las circunstancias de cada caso, y en éste el de *cesión*, el cual es asimilable al de *aportación*, puesto que ésta se hace a cambio de las acciones correspondientes y además antes de obtener la cédula de calificación definitiva.

El Tribunal Central, ante el que se planteó la alzada, dice que la única cuestión a estudiar consiste en determinar si la exención provisional concedida en la escritura de adquisición de unos terrenos para construir viviendas de renta limitada se pierde por haberse aportado después a una Sociedad constituida con la misma finalidad, una vez que se da la particularidad de que la adquisición de los terrenos por la inmobiliaria aportante había sido declarada exenta en razón de ser destinadas a la construcción de las repetidas viviendas.

Dice, pues, la Resolución comentada, confirmando el acuerdo del Provincial, que una transmisión de terrenos para construir las mencionadas viviendas no encierra una limitación para que puedan transmitirse posteriormente a título oneroso, y que el adquirente no puede obtener los correspondientes beneficios fiscales si los destina al mismo fin, en las condiciones reglamentarias, pero con las consecuencias fiscales de perder el transmitente anteriormente favorecido con la exención el beneficio de la misma, al desaparecer el motivo legal que la justificó.

Así lo determina el citado número 59 del artículo 3.º de la Ley

del Impuesto, en su último párrafo, y también el artículo 10 de la Ley de 15 de julio de 1954, en relación con el artículo 31 del Reglamento de 24 de junio de 1955.

Y, por fin, en cuanto al argumento de que el número 59 dice que la pérdida de la exención tiene lugar cuando se *ceden* los terrenos o edificaciones favorecidos con la exención, antes de la calificación definitiva, no comprende el caso de su *aportación* a otra Sociedad, constituida con los mismos fines de construcción de viviendas protegidas, porque el concepto «cesión» es jurídicamente distinto del de «aportación» a una Sociedad, el Tribunal Central lo rechaza y dice que el concepto «cesión» es genérico y comprende toda transmisión de dominio de una cosa o de su uso y goce, y que puede ser a título oneroso o lucrativo; lo cual significa que en el concepto cesión se comprende el de aportación de bienes o derechos a una Sociedad, como lo sería si se tratase de una aportación de bienes a una Sociedad a favor de una ya constituida. Son, por consiguiente, dos matices de la cesión, siquiera sean liquidables con distinto tipo de la tarifa.

Como único comentario diremos por nuestra parte que el argumento esgrimido por la recurrente nos parece baladí, porque, como la Resolución comentada dice, no hay diferencia sustancial entre los conceptos de cesión y aportación.

Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central de 14 de mayo de 1964.

LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS EN GENERAL SON CONTRATOS ONEROSOS, EN LOS QUE EL ESTADO, COMO SUJETO DE DERECHO, LAS CONCEDE A CAMBIO DE DETERMINADAS PRESTACIONES; Y CUANDO EL AYUNTAMIENTO ES UN CONCESIONARIO QUE REALIZA LAS OBRAS POR SÍ MISMO, EL ACTO ESTÁ EXENTO, COMO LO ESTÁ TAMBIÉN A TENOR DEL NÚM. 2.º, C), DEL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—En 4 de diciembre de 1959 la Dirección General de Obras Hidráulicas autorizó al Ayuntamiento de Jiloca para derivar del río Jiloca un determinado caudal de agua destinado al abastecimiento del pueblo, ejecutando las obras la misma entidad con

arreglo al proyecto aprobado por el Ministerio, fijando las condiciones de la concesión.

Con base en la comunicación dirigida al Ayuntamiento sobre la concesión, la Abogacía del Estado giró la liquidación correspondiente por el concepto concesiones, número 16 de la Tarifa, con multa e intereses de demora, y contra la liquidación el Alcalde formuló reclamación ante el Tribunal Provincial, fundándose en que el Ayuntamiento había aportado los auxilios económicos, encargándose el Ministerio de Obras Públicas de la ejecución de las obras, redacción del proyecto, subasta de las obras y demás trámites hasta la recepción de las obras, todo sin intervención del Ayuntamiento, y que el Tribunal Central tenía reconocida, en Resolución de 12 de abril de 1960, la no sujeción al Impuesto en un caso en que el Ayuntamiento era adjudicatario y contratista de las obras de saneamiento de un pueblo, teniendo en cuenta que en tal supuesto la intervención de la Corporación al solicitar la concesión administrativa respondía al simple formalismo de una cuestión de personalidad, al tratarse de un abastecimiento de aguas para el vecindario; y en todo caso le alcanzaba la exención del artículo 3.º, C), número 2.º, de la Ley del tributo, puesto que la concesión administrativa implica una adquisición operosa; y de no entenderse así, debía prevalecer la más amplia exención, reconocida a favor de los Ayuntamientos en el artículo 673 de la Ley de Régimen Local, al ser ésta de superior rango legal que el Decreto de 21 de enero de 1958, aprobatorio del texto de la Ley fiscal.

Para el caso de no prosperar los precedentes razonamientos, alegaba la improcedencia de la base fijada en el total importe de las obras de captación y abastecimiento, ya que la concesión se refería solamente a la captación del agua, cuyo presupuesto era evidentemente inferior; y por fin, se pedía la improcedencia de la multa por presentación del documento fuera de plazo, dado que se presentó dentro de los treinta días hábiles, a contar desde su recepción por la Corporación.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso, diciendo que el artículo 3.º, letra C), número 2, de la Ley del Impuesto, además de derogar la exención invocada y consignada en la Ley de Régimen Local, limitó la exención a las adquisiciones a título oneroso, y entre ellas no están comprendidas las concesiones, puesto que son actos dis-

crecionales en los que se impongan ciertas condiciones, no implican contraprestaciones ni alteran la naturaleza graciable de las mismas; y, por último, el Provincial dice que la invocada Resolución del Tribunal Central no es pertinente, porque hacía referencia a un contrato de ejecución de obras, cosa distinta de una concesión administrativa.

Respecto a la multa, dice dicho Tribunal que procede mantenerla por no haberse justificado la fecha en que fué notificada al Ayuntamiento la concesión; y finalmente, que carecía de eficacia, a los efectos de la discusión, la renuncia de la concesión ejercitada por el Ayuntamiento.

Ante el Tribunal Central el Ayuntamiento insistió en los antedichos razonamientos, y aquél revocó el acuerdo del inferior, y dice que el recurso se apoya esencialmente en el artículo y número citados de la Ley del Impuesto, a lo que añade la Corporación recurrente que si ese precepto no fuera eficaz, sería aplicable la exención más amplia, establecida en el artículo 673 de la Ley de Régimen Local, añadiendo que ésta es de superior rango al Decreto aprobatorio de la del Impuesto, cuyo argumento rechaza el Central, porque una y otra Ley fueron aprobadas por Decreto; y además, es de tener en cuenta, dice, que la Ley de Reforma Tributaria autorizó al Ministro de Hacienda para revisar cuantas exenciones y bonificaciones venían rigiendo, aun por Leyes especiales, y para determinar las que hubieran de subsistir, y además, en la disposición final C, para publicar y recoger las modificaciones introducidas, de lo cual resultó la publicación del Decreto de 21 de marzo de 1958, que aprobó con fuerza de Ley el texto legal sobre la materia.

Como consecuencia, el caso debatido se rige exclusivamente por dicho texto legal, y partiendo de la premisa de que la concesión administrativa es el título de adquisición del aprovechamiento en cuestión, conforme al artículo 409 del Código civil, el problema se reduce a resolver si la adquisición es de carácter oneroso y como tal disfruta de la exención amparada en el artículo 3.º de la Ley del Impuesto, citado, que establece la exención a favor de los Ayuntamientos, Diputaciones y demás entidades infrasoberanas por las adquisiciones onerosas en que recaiga directamente sobre ellas la obligación del pago del Impuesto.

Eso dicho, el Central entra en el problema y dice que la conce-

sión administrativa es acto de soberanía por el que el Estado cede a los particulares o derechos específicos suyos como sujeto de derecho público, fijando los derechos y obligaciones del concesionario, referidos en el caso actual al aprovechamiento de un caudal de agua a cambio de construir las obras abonando el canon correspondiente, permitir que la Administración disponga del caudal de agua que pueda precisar para obras públicas y otras obligaciones que el título de la concesión consigna; de donde se deduce que el vínculo creado es de evidente carácter oneroso, y en conclusión, que el recurso es viable, con la consiguiente exención del Impuesto y la revocación del Acuerdo impugnado.

Comentarios.—Está razonado el Acuerdo reseñado con completa claridad, primero, en cuanto a la calificación de la concesión como contrato oneroso, y después, en cuanto a la vigencia exclusiva de la Ley del Impuesto frente a la Ley de Corporaciones Locales, la cual, en verdad, no es de rango superior a aquélla, dados los preceptos invocados de la Ley de Reforma Tributaria, máxime si se tiene en cuenta que la exención de la Ley Municipal es más amplia que la de Derechos reales, ya que mientras esta segunda limita la exención a las adquisiciones onerosas, en que recaiga sobre la Corporación la obligación de satisfacer el Impuesto, la Ley Municipal la extiende en su artículo 673 «a las adquisiciones que se realicen por donación, herencia o legado», lo cual implica que el campo de la exención es mucho más restringido en la Ley del Impuesto.

José María RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado.

LIBROS

Curso de Derecho de Sociedades Anónimas de Jesús Rubio García-Mina, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Editorial Derecho Financiero. Un tomo. 470 páginas.

El Profesor Rubio y García-Mina estudia en este libro, de un modo completo, el Derecho de las Sociedades Anónimas, abordando en él los más latentes problemas.

El libro, en un solo tomo, está dividido en nueve capítulos, de los que vamos a señalar en esta recensión los aspectos más importantes.

El primer capítulo trata de la evolución histórica de la Sociedad, estudiando al final de la misma la gran influencia que los movimientos políticos de nuestro siglo han tenido sobre la Sociedad Anónima. Al final de este capítulo se refiere el autor al concepto legal, en donde es de destacar el acierto al señalar, junto a las notas que ordinariamente asigna la doctrina a este tipo de Sociedad, otras dos no deducidas del artículo primero de la Ley vigente y que son las de tratarse de una Sociedad de organismo de terceros y el de ser una Sociedad abierta.

El capítulo segundo, que trata de los conceptos fundamentales, analiza el capital, la acción y la responsabilidad limitada. Con respecto al capital precisa el autor, con gran claridad, su significado y la distinción capital-patrimonio. Con un criterio original y a su vez riguroso, en lo que al estudio del derecho positivo se refiere, analiza los medios de aumento y disminución de capital, así como las reservas.

Al tratar de la acción distingue sus tres aspectos fundamentales: como parte de capital, fundamento de la condición de socio y como título.

Creemos debe destacarse la forma de tratar los derechos limitativos sobre la acción y su reflejo en los derechos del socio, y en especial el usufructo de acciones, pues el autor, después de un cuidadoso

estudio del artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas y de los correspondientes del Código civil, llega a la conclusión de que el usufructuario puede reclamar del nudo propietario los dividendos correspondientes a las ganancias sociales en proporción a los días del ejercicio económico—o de los ejercicios económicos—que duró el usufructo, sin consideración a cuando estos dividendos se han repartido. Termina este apartado refiriéndose a la acción como título, no sin denunciar previamente los reparos doctrinales que surgen a la consideración de la acción como título-valor, estudiando con gran detenimiento las cláusulas restrictivas a la transmisión de acciones.

Concluye el capítulo con el estudio de la responsabilidad limitada, y se analizan dentro del mismo los expedientes jurídicos a que puede recurrirse para limitar la responsabilidad, formándose como última conclusión que las deudas de la persona jurídica Sociedad siguen siendo a la vez deudas de los socios, aunque el sistema de ejecución sea distinto.

Al tratar de la constitución de la Sociedad Anónima, después de analizar las reglas generales de fundación en sus diversas clases, se enfrenta el autor con el problema, tan debatido en la doctrina de la determinación de la mayoría al momento de la modificación, inclinándose por una tesis intermedia de conservar el *quorum* de asistencia de los titulares de acciones nominativas y unificar el de capitales de los dos grupos de acciones.

La última parte del capítulo se dedica a la inscripción de la Sociedad. Sienta el principio de imposibilidad—hoy—de Sociedad Anónima irregular. Con respecto al valor que puedan tener los actos de los promotores en la fundación sucesiva señala que se trata de una situación análoga a la ratificación en la gestión de negocios. Se analiza también en este apartado la disciplina de la Sociedad no inscrita en la Ley de Sociedades Anónimas y en el Código de Comercio, señalando al final la determinación de las personas obligadas a inscribir y la función del Registrador.

El capítulo cuarto se refiere a los órganos de la Sociedad Anónima. Al referirse a la Junta general se estudia con gran minuciosidad el sistema de aprobación del acta, así como su eficacia; en cuanto a la certificación del artículo 66, se inclina el autor por una interpretación amplia del precepto.

Merece una mención especial los epígrafes dedicados a los acuerdos, en donde con gran rigor científico se distingue entre motivos y efectos de la impugnación de los acuerdos y en donde vuelven a compararse y a ponerse en correlación los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas con los generales del Código civil, concluyendo que la interpretación de aquéllos no debe hacerse de manera que suponga un sistema autónomo ni menos contradictorio respecto del civil.

Al tratar del interés social, se estudia la forma de su determinación y la función esencial que en ellos deben jugar los Tribunales.

El capítulo quinto trata del contenido y ejercicio de los derechos de socio, clasifica éstos en derechos materiales y derechos instrumentales. Entre los primeros incluye el derecho a las ganancias sociales y a participar en el patrimonio de liquidación; en los segundos, el derecho de voto, información y suscripción preferente.

El capítulo sexto trata de los libros y la contabilidad. En el apartado **tercero** de este capítulo estudia lo relativo a la distribución de beneficios. Al analizar la naturaleza del dividendo, se inclina por su carácter de frutos industriales y la posibilidad de aplicación a los mismos de los artículos 354, 355 y 451 del Código civil. En este punto la tesis del autor es puesta en perfecta correlación con el análisis que anteriormente hace—y ha quedado muy someramente expuesto más arriba—del artículo 475 del Código civil.

Los últimos capítulos, cuyo análisis nos haría extendernos más de lo debido, se refieren a las obligaciones, transformación, fusión y liquidación. Incluye al final de la obra índices de textos legales, y al principio de cada capítulo las notas bibliográficas de la abundante doctrina extranjera y española consultada.

En suma, el estudio del Profesor Rubio sobre las Sociedades Anónimas es un tratado completo, profundísimo y muy fundamentado, en donde siempre se tratan de buscar soluciones prácticas de alto nivel científico, que pueden servir como medio de consulta al profesional y orientadores de nuestra jurisprudencia.

S. DE F.

VIEHWEG, Theodor: *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez-PICAZO. Prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. Ed. Taurus, S. A. Madrid, 1964; 143 págs.

La obra de VIEHWEG es de una muy considerable importancia para un mejor entendimiento de los fundamentos de la Ciencia del Derecho, y su versión al castellano, realizada con pulcritud y claridad por el Profesor Díez-Picazo, es, a no dudarlo, de inapreciable utilidad para el jurista que inquietamente profundice en las raíces del Derecho.

Claramente se pueden apreciar en la obra tres partes sustanciales, que comprenden sucesivamente una proyección filosófica como teoría de la tónica, una proyección histórica como aplicación de la tónica a la jurisprudencia en su devenir histórico y, por último, una conclusión sobre la virtualidad de la tónica en la Ciencia del Derecho.

A) *Teoría de la tónica.*

La tónica es una técnica del pensamiento orientada hacia el problema, nos dice el autor al iniciar el análisis de la misma (capítulo III). El *problema* puede inordinarse dentro de un sistema lógico-deductivo, en el que se descende de verdades primarias mediante cadenas de deducciones, pero en tal caso el problema pierde importancia en una mecánica lógico-deductiva. Es precisamente la exaltación del problema, rebelde ante el sistema, lo que caracteriza a la tónica, la cual opera con puntos de vista a veces reunidos en catálogos de tónicos, que tienen la suficiente elasticidad para amoldarse a la realidad mutable. La función de los tónicos, ya sean generales o especiales, consiste en servir de medios auxiliares para la discusión del problema, pero también puede cumplir como meditación pre-lógica buscadora de premisas con los que la lógica-deductiva opera en un momento posterior. Ahora bien, aun en este supuesto, las resonancias de la tónica son decisivas, porque el modo de buscar las premisas influye en la índole de las deducciones; porque los catálogos de tónicos exigen una interpretación, en cierta medida arbi-

traria, y porque las premisas propuestas requieren una aceptación generalizada. Todo ello lejano a una estricta mecánica lógico-deductiva.

La tónica como método científico es tan antigua como el pensamiento filosófico. Aristóteles la atribuye a retóricos y sofistas en su razonar dialéctico y pretende integrarla como método filosófico. Cicerón ofrece un catálogo de tónicos, del cual se extrae el material para la demostración. Y Vico contrapone la tónica retórica a la crítica cartesiana, propugnando la interrelación entre ambos métodos (capítulos I y II).

B) *Aplicación de la tónica en el Derecho histórico.*

El *ius civile* (cap. IV) rehuye las deducciones de tipo sistemático: concede preeminencia al problema sobre el sistema; la interpretación flexibiliza las fijaciones primarias; ofrece catálogo de tónicos, cuya legitimación deviene de su aceptación generalizada. En forma similar, el *mos italicus* (cap. V) presenta estas mismas características. Pero especialmente utiliza técnicas tónicas como medios auxiliares en la interpretación de textos antiguos, sobre todo cuando se da contradicción en éstos, solucionándolo mediante la subordinación de autoridades; y al establecer la correlación de situaciones para la aplicación de un texto. Leibniz pretendió concordar la tónica con el método deductivo-sistemático de la matemática mediante su *ars combinatoria* (cap. VI), mas fracasó tal intento de matematizar la tónica ante la multivocidad del lenguaje espontáneo.

C) *Valor de la tónica en la Ciencia del Derecho.*

La pretensión de la moderna cultura jurídica de sustituir la tónica por el sistema sólo puede hacerse ordenando lógicamente los conceptos y proposiciones elaborados por la tónica hacia un método deductivo, en el cual se den las notas de integridad, compatibilidad e independencia de los axiomas. Mas la consecuencia de un formalismo riguroso así obtenido conduciría a un distanciamiento inexorable de la realidad. Pero, además, muy difícilmente puede pensarse en una erradicación total del método tónico, toda vez que éste se hace imprescindible para la interpretación del sistema, para la apli-

cación del Derecho, para la expresión de conceptos mediante el uso del lenguaje espontáneo y para la interpretación del simple estado de cosas. En consecuencia, un ensayo de sistematización de la Teoría del Derecho ha de tomar en consideración a la tónica (cap. VII).

Por último, estudia el autor la tónica en la doctrina civilista (capítulo VIII), ensayando la estructura de la tónica que conviene a la jurisprudencia. La conexión de una y otra se pone de manifiesto al observar que la estructura total de la jurisprudencia sólo se puede aquilatar desde el problema; que los conceptos y proposiciones de la jurisprudencia han de quedar ligados al problema y sólo se comprenden desde él (no basta con la simple deducción, sino que es necesaria la pericia para la ligazón de conceptos), y que los principios han de permitir ser limitados y modificados. Por último, nos dice el autor, el Derecho civil ha de consistir en la diferenciación de un catálogo de tónicos jurídicos, lo que significa un desarrollo de la jurisprudencia conforme a la configuración tónica.

En suma, una obra decisiva para la Ciencia del Derecho, no sólo por los problemas en ella analizados de forma magistral, sino también por la cantidad de sugerencias que su grata lectura produce, unas de índole jurídica, que ha resaltado GARCÍA DE ENTERRÍA en el prólogo a la versión castellana (sobre los principios generales del Derecho y sobre el Derecho natural), otras de índole metajurídica (como la influencia que puede tener la Sociología jurídica en la formación de los estereotipos mentales).

José Manuel ALMANSA PASTOR.

Doctor en Derecho.

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Tomo XVII, fascículo IV, octubre-diciembre de 1964.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS:

Cuestiones de preferencia en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, por Antonio Gullón Ballesteros.

Estudia el autor diversas cuestiones de preferencia en dicha Ley compulsando las opiniones de los principales autores que han tratado esta materia (Cossío, Gómez Acebo, Poveda Martín, Vallet, Viola Sauret), para emitir después su parecer.

Parte del estudio de la Ley, su Exposición de Motivos y la naturaleza jurídica de las distintas instituciones.

Se ocupa, en primer lugar, de los embargos. El problema matriz es si el embargo impide la prenda o hipoteca solamente cuando está anotado. La Exposición de Motivos parece inclinarse por esta solución. El artículo 2.º de la Ley no precisa. El autor estima que este artículo se refiere al embargo anotado. El practicado de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil se constituye sin anotación registral, pero sin ella no tiene virtualidad para impedir

la Hipoteca Mobiliaria que tiene preferencia sobre aquél.

En cuanto a la Prenda sin Desplazamiento, predica la misma solución «mutatis mutandis». La solución dependerá de que el embargo haya ocasionado la desposesión del deudor, en cuyo caso la prenda será nula, o no lo haya ocasionado, en cuyo caso será válida y preferente.

El embargo posterior a la hipoteca o prenda es válido, pero éstos tendrán preferencia sobre aquél.

Con respecto a la pluralidad de embargos sobre el mismo bien hipotecable o pignorable se plantean dos problemas:

— La extensión de la prohibición de hipotecar o pignorar por segunda vez del artículo 4.º de la Ley Hipotecaria Mobiliaria, a los casos de segundo embargo. El autor, siguiendo a Cossío, niega dicha posibilidad.

— Preferencia entre sí de los acreedores embargantes. Viola Sauret estima aplicable el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, dada la remisión de la disposición adicional tercera de la Ley Hipotecaria Mobiliaria, Gullón, por el contrario, afirma que acudir al régimen de la Ley Hipotecaria supondría hacer caso omiso de los artículos 1.922 y 1.924 del Código civil. La colisión entre acreedores embargantes encuentra su solución fuera del mar-

co de la Ley Hipotecaria Mobiliaria.

Estudia después las colisiones entre la Ley Hipotecaria Mobiliaria y la Ley Hipotecaria, colisiones que caben en caso de extensión de la hipoteca a las pertenencias con arreglo al artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

Si la primera hipoteca fuere mobiliaria, será preferente a la inmobiliaria, de acuerdo con el artículo 75 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria, extendida la nota marginal que dicho precepto establece. En el caso contrario será nula la prenda sin desplazamiento por imperio del artículo 2.º La doctrina de este precepto se completa con los artículos 85, 4.º; 86, y 93, 4.º, que establecen como causas de suspensión del procedimiento el gravamen anterior del objeto, así como el artículo 1.862 del Código civil.

Seguidamente se ocupa del concurso de hipotecas mobiliarias, problema que se da en el ámbito de la hipoteca de establecimiento mercantil, ya que tratándose de bienes individualizados la aplicación del artículo 2.º es clara. Esta concurrencia, según el autor, puede también resolverse sobre la base del artículo 85, 4.º

Con respecto a la concurrencia de prenda ordinaria de hipoteca mobiliaria, siendo anterior la primera, la doctrina, atenuando el rigor del artículo 2.º, entiende que la hipoteca posterior sería nula cuando la prenda desplazada fuese oponible a terceros conforme al artículo 1.865 del Código civil. Si la prenda fuera posterior a la hipoteca, es válida, pero con preferencia subordinada a ésta.

Si la colisión se presenta entre prenda ordinaria y prenda sin desplazamiento, los artículos 2.º y 55 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria establecen la nulidad de la posterior. Gullón, después de exponer la opinión de Vallet, establece determinados temperamentos en ciertos supuestos, según que el titular de la prenda ordinaria pruebe que tenía su posesión al constituirse la prenda sin desplazamiento, o, por la dificultad en la identificación de los bienes que ha sido objeto de los dos gravámenes.

A continuación se ocupa de la preferencia de los créditos laborales, terminando con el estudio de la del vendedor por el precio aplazado y la armonización de los artículos 2.º y 13, 1.º de la Ley Hipotecaria Mobiliaria.

Determinación del empresario responsable en la indemnización de enfermedades profesionales. Competencia de la jurisdicción civil, por Ramón García de Haro.

La retroactividad de la condición, por Rafael Alvarez Vigaray.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO:

Las uniones de empresas en la reforma alemana del Derecho de Sociedad por Acciones (conclusión), por Justino F. Duque.

DICTÁMENES:

Dictamen sobre el abuso de la facultad prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código civil y otras cuestiones, por Juan B. Jordano Barea.

**REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL
Y AMERICANO**

Número 6, octubre-diciembre de 1964.

ESTUDIOS:

Ontología de la conducta jurídica.
por B. Mantilla Pineda.

La tradición en la transmisión de los Derechos reales, por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio.

El ámbito subjetivo de la previsión social administrativa, por Juan Antonio Sagardoy y Bengoechea.

NOTAS:

Alrededor de la legítima defensa,
por Julián Pereda.

El falso testimonio en causa criminal, por José Ricardo Palacio.

Situación jurídica de la mujer casada que trabaja, por el doctor Jur. F. Klimpel-Alvarado.

Aspectos jurídicos de la solicitud de concentración parcelaria, por Fernando Baz Izquierdo.

**REVISTA DE DERECHO FINAN-
CIERO Y DE HACIENDA PÚBLICA**

Número 56, diciembre de 1964.

ESTUDIOS:

Discusión de una propuesta: El impuesto sobre el gasto personal,
por Gabriel Solé Villalonga.

NOTAS:

La imposición mínima en el impuesto sobre Sociedades, por M. Rozas Zornoza.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Febrero de 1965.

El impuesto sobre el aumento de valor en las fincas rústicas y urbanas, por Federico Bas y Rivas.

La indignidad por incumplimiento de deberes legales. por Félix Hernández Gil.

Marzo de 1965.

Reconocimiento de hijo natural en testamento, por J. Beltrán de Heredia.

La plusvalía y la tasa de equivalencia, por Ernesto Bellvé.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 246, marzo de 1965.

SECCIÓN DOCTRINAL:

Arrendamientos urbanos. Reglas de la buena fe: el abuso o ejercicio anormal de un derecho y el fraude de la Ley como actos que la contrarian (conclusión),
por Francisco Soto Nieto.

SECCIÓN PRÁCTICA:

Aspectos sustantivos e instrumentales de algunos preceptos fiscales en relación con la Ley de Re-

forma del sistema tributario (conclusión), por José Menéndez.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Número 2, febrero de 1965.

Jefatura del Estado y Presidencia del Gobierno, por José Antonio Vaca de Osma.

Solares e inmuebles de edificación forzosa (en torno a la legislación vigente), por José Trujillo Peña.

Se rige la materia por la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, especialmente en cuanto concierne a la edificación forzosa, por su capítulo IV. La disposición final segunda de la Ley del Suelo autoriza al Gobierno para que determine mediante decreto cuáles son las disposiciones vigentes sobre las materias regladas por la Ley que han de continuar en vigor.

No habiéndose promulgado el decreto aludido con la generalidad prevista en la disposición final citada, el Ministerio de la Vivienda presentó al Consejo de Ministros un Reglamento de edificación forzosa y Registro Municipal de Solares que fué promulgado el 5 de marzo de 1964.

El trabajo reseñado se ocupa con detenimiento de estas disposiciones.

Estudia sucesivamente el concepto de solar, los plazos para edificar y sus prórrogas, el Registro

Municipal de Solares y otros inmuebles de edificación forzosa, el incumplimiento de la obligación de edificar, adquisición directa de las fincas, procedimiento para la enajenación forzosa, reversión y construcciones clandestinas o ilegales.

No es necesario resaltar la importancia de la materia, cada día de más actualidad.

Interesa destacar sus contactos con el Registro de la Propiedad. Se manifiestan principalmente:

— En la nota al margen de la inscripción, en la cual se transcribirá literalmente el acuerdo de inclusión en el Registro Municipal de Solares. En las certificaciones de cargas se relacionará dicha nota.

— Si la finca no estuviese inmatriculada o no constase inscrita a nombre de su propietario se tomará anotación preventiva que caducará a los cuatro años de su fecha.

— En la nota al margen de la última inscripción de dominio, en la que se hará constar la resolución de incumplimiento de la obligación de edificar.

— En las certificaciones se hará constar, como carga real, la situación de venta forzosa en que quedan las parcelas como consecuencia del incumplimiento de la obligación de edificar.

— En la inscripción de la escritura de venta de las fincas en situación de venta forzosa, cancelándose, en su caso, las cargas. En la inscripción se harán constar las condiciones y plazos de edificación a que quede obligado el adquirente.