

CANO TELLO, CELESTINO A.: *La hipoteca de concesiones administrativas*.
Ed. Montecorvo, S. A. Madrid, 1973, 282 págs.

I. LA PERSONALIDAD DEL AUTOR

La única dificultad con que el crítico que suscribe se enfrenta a esta obra es la carga afectiva que le une con el autor desde hace más de veinte años.

Sin embargo, esa relación amistosa en el tiempo permite valorar la trayectoria seguida por el doctor CANO TELLO en nuestro campo jurídico.

Poco a poco se fue decantando la vocación de CANO TELLO hacia el campo universitario. Colaborador eficaz, bajo las sucesivas denominaciones habidas, de la cátedra de Derecho civil, hoy «departamento», con los profesores VIÑAS MEY, DÍAZ PICAZO y GITRAMA GONZÁLEZ, encontróse a sí mismo en la enseñanza universitaria.

Puede observarse claramente en esta tesis doctoral la obra de un jurista hecho, maduro, seguro de sí mismo. Brillan en ella las virtudes del autor, que no sus defectos: la concisión, la claridad, el rigor sistemático, la precisión terminológica y conceptual, los escasos alardes de erudición y de dogmatismo, el perfecto engarce entre los hilos directrices de la exposición, la sutil atracción del lector por el autor en su itinerante desbroce de problemas, la ponderada figura analítica de los puntos básicos de la obra, la contundencia de sus conclusiones.

Cabe fundadamente esperar del señor CANO TELLO nuevas aportaciones originales al progreso de la ciencia jurídica, en general, y del Derecho inmobiliario, en particular. Su sólida preparación jurídica así nos lo hace prever. Entre otras muestras, pueden verse en esta *Revista* sus estudios sobre el modo y sobre las pólizas mercantiles, y en otras revistas jurídicas nacionales otros estudios sobre inmuebles por naturaleza, responsabilidad civil, doble venta, etc.

Basten estas líneas para dar una pálida visión de *quién* es el autor, trazadas por quien es amigo suyo largos años.

II. LA IMPORTANCIA DEL TEMA

El autor es consciente de la dificultad de su tarea: tema poco tratado en la bibliografía jurídica, cuyo atractivo consiste precisamente en su dificultad. El tema es fundamentalmente de Derecho positivo. El tema, económicamente hablando, es importante, y nos lo demuestra la realidad de la vida económica nacional: hipotecas de concesiones de ferrocarriles, de aparcamientos, de autopistas, etc. Toda una serie de actividades prestadas por los particulares a través de una concesión, cuyo problema central es la financiación y la necesidad de obtención del crédito.

El autor ha pretendido elaborar una *teoría general* de la «hipoteca de concesiones». La dificultad fundamental del tema, a mi juicio, es el hallarse situado precisamente en una zona tangencial entre el Derecho civil y el Derecho administrativo, lo que hace presumible cierto abandono o desgana por los cultivadores de uno u otro campo. Que la elección del tema es acertada lo demuestra el que—según mis noticias—un ilustre administrativista está centrando su estudio en las «concesiones administrativas hipotecables». Sería así, de confirmarse, una visión conjunta—haz y envés—de un mismo tema por dos especialistas distintos.

Bien ha podido escribir el prologuista de la obra, doctor GITRAMA GONZÁLEZ, que el tema es difícil e importante, ya que «no existían en nuestra doctrina sino esporádicos trabajos monográficos, un tanto fragmentarios e inconexos, sobre alguna que otra hipoteca de concesión—en concreto, de ferrocarriles y de minas—, sin que nadie se hubiera decidido a emprender la tarea de plantear y construir una teoría general de la hipoteca de concesión administrativa».

Hemos así esbozado el *qué* de la obra, a modo de premisa introductora al objeto del libro.

III. EL CONTENIDO DE LA OBRA

El *cómo* de la obra aparece elaborada viene desarrollado por el doctor CANO TELLO en diez capítulos, que tratan de la concesión administrativa, de la hipoteca, de las concesiones hipotecables, de los sujetos de la hipoteca de concesiones, de la constitución de la hipoteca de concesiones, de la extensión objetiva de la hipoteca de concesiones, de la obligación principal, de los efectos de la hipoteca de concesiones, de la extinción de la hipoteca de concesiones y de la legislación comparada. Siguiendo unas conclusiones y bibliografías sobre el tema.

Dada la evidente trascendencia registral del tema, parece conveniente analizar cada capítulo de la obra con algún detenimiento.

CAPÍTULO I: LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA, SU NATURALEZA

1. El autor toma como punto de partida de su construcción el concepto de concesión administrativa elaborado por el profesor VILLAR PALASÍ (1). Advierte este administrativista que interesa construir el concepto de concesión administrativa sobre una base común, que acoja elementos que *prima facie* pueden parecer dispersos e incompatibles.

La unidad conceptual de la concesión administrativa se evidencia, además de por la traslación de funciones administrativas, por el engarce histórico con las facultades del príncipe. Históricamente es observable que la traslación de funciones públicas es lo típico, y no la traslación de poder público al administrado.

A pesar de las diferencias evidentes entre la *concesión de dominio* (demanial) y la *concesión de servicio*, se ha producido el hecho—desde la primera guerra mundial—de la primera a la segunda. El fundamento de esta atracción no es sino la idea de la función social de la propiedad, que se desarrolla mejor a través de las concesiones «de servicio» que en la forma puramente «demanial». La aparente novedad de la *concesión industrial*, que ha traído consigo la crisis de la noción clave del «servicio público», no es tal si se mira atentamente al Derecho de las regalías me-

(1) Véanse «Concesiones administrativas», Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX, Barcelona, 1952, tomo IV, págs. 696 y ss.

dievales (concesión de mercados, de posadería, etc.). Es, pues, la consideración histórica la que permite esbozar esta teoría unitaria de las concesiones administrativas.

Con todo, es fundamental la diferencia entre concesión «de dominio» y concesión «de servicio»: solamente la primera puede calificarse de «derecho real», por su proyección fundiaria, su inmediatividad y su carácter exclusivo y excluyente.

2. Examina después CANO TELLO la posibilidad de los llamados «derechos reales administrativos». La polémica doctrinal (2) ha girado en torno a dos ideas fundamentales: la incompatibilidad de los derechos reales con el principio de la inalienabilidad de los bienes de dominio público, y la circunstancia de que en la facultad reconocida a los particulares sobre los bienes de dominio público falla una de las características esenciales de los derechos reales (su eficacia *erga omnes*). Tales argumentos no son decisivos para el autor: porque el dominio público sí es susceptible de tráfico jurídico público (así, Decreto de 10 de octubre de 1952 y sentencia de 31 de octubre de 1962) y porque cabe la oponibilidad *erga omnes* de la titularidad del concesionario. Lo único de particular en el «derecho real administrativo», que lo distingue del «derecho real civil», es que aquél se halla disciplinado por un régimen jurídico especial, un régimen de dominio público (VILLAR PALASÍ).

El autor cuestiona la posibilidad de «derechos reales administrativos» cuyo objeto son cosas de dominio público. Analiza si se dan los tres elementos integrantes del concepto de derecho real: que sea un verdadero derecho subjetivo, que tenga carácter real y que recaiga sobre un bien de dominio público.

3. Examina, finalmente, CANO TELLO la concesión «de dominio» como derecho real. Distingue dos conceptos fundamentales: la concesión como acto y la concesión como derecho subjetivo a favor del concesionario nacido de dicho acto. La concesión como ACTO, actualmente, tras la Ley de Contratos del Estado de 1963, es un contrato. La concesión como DERECHO SUBJETIVO es un «derecho real administrativo».

CAPÍTULO II: LA HIPOTECA, SU NATURALEZA

Nuestra hipoteca es fundamentalmente romana, pero en cuanto a su configuración formal y otros aspectos se inspira en los principios del Derecho germánico. Todo ello justifica la breve exposición histórica que el doctor CANO TELLO le dedica.

Clasifica los caracteres que configuran la naturaleza jurídica de la hipoteca: por razón de su naturaleza intrínseca (derecho real, desconectado, accesorio y de garantía), por razón de su objeto (recae sobre bienes ajenos y enajenables), por razón de su fin (derecho de vinculación y realización de valor) y por razón de sus efectos (derecho de persecución y preferencia, caracterizado por la nota de adherencia e inseparabilidad).

Después de examinar todos estos caracteres, concluye CANO TELLO que los caracteres admitidos son aplicables a la hipoteca sobre concesiones, que no tiene especialidad en cuanto a su naturaleza jurídica, sino en cuanto al objeto sobre que recae (la concesión). La especialidad más importante en cuanto *objeto* es que la hipoteca, al gravar la concesión, recae, en definitiva, sobre lo que cabe llamar el «patrimonio concesional» en su significación de universalidad.

(2) Véanse, por todos: VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, pág. 702, y GONZÁLEZ PÉREZ, "Los derechos reales administrativos", en esta Revista, 1957, págs. 145 y ss.

CAPÍTULO III: CONCESIONES HIPOTECABLES

1. *Minas*

El doctor CANO TELLO hace una cuidada exposición histórica de la llamada «propiedad minera» y de la legislación en la materia en España desde la primitiva Ley de Minas de 11 de abril de 1849. Conforme al artículo 339 del Código civil («son bienes de dominio público... las minas, mientras no se otorgue su concesión»); distingue CANO TELLO entre las minas en general, y las minas que pertenecen privativamente al Estado en concepto de propiedad privada.

Es aquí importante hacer notar que la legislación minera de 1944 es la *actualmente* recogida en la legislación hipotecaria tras la reforma del Reglamento Hipotecario en 1959.

Hoy hay que estar a la novísima legislación minera, regulada por Ley de 21 de julio de 1973. Clasifica las sustancias minerales en tres secciones, de las que la *c)* comprende cuantos yacimientos minerales y recursos geológicos no estén incluidos en los anteriores. En cuanto a los recursos de la sección *c)*, la ley distingue entre permisos de investigación y de explotación y concesiones de explotación. Interesa especialmente el estudio de la *concesión minera*.

El otorgamiento de la concesión confiere al concesionario un derecho especial sobre la mina objeto de la misma. La concesión minera no transforma el carácter de bien de dominio público de la mina: este carácter de la concesión como acto que NO transfiere la propiedad al concesionario, sino un derecho a explotar la mina, ha sido aceptado por gran número de legislaciones.

Respecto a la *hipotecabilidad* de la concesión minera, la reglación del artículo 35 de la Ley de 1944 ha sido sustituida por los artículos 95 y siguientes de la Ley de 1973. Al admitir el artículo 97 el «gravamen» de concesiones mineras, admite implícitamente la hipoteca sobre las mismas, en íntima conexión con los artículos 334, 8.º, del Código civil, y 2, 2.º, de la Ley Hipotecaria.

2. *Ferrocarriles*

Estudia el autor detalladamente la legislación ferroviaria española, básicamente inspirada en el sistema de construcción y explotación de ferrocarriles por empresas privadas en régimen de concesión.

Conviene tener en cuenta que son considerados también como «ferrocarriles» los tranvías y los ferrocarriles metropolitanos subterráneos o, en su caso, elevados.

El artículo 107, 6.º, de la Ley Hipotecaria considera hipotecable la concesión ferroviaria habida cuenta de su carácter de derecho real inmobiliario.

3. *Aguas*

Después de una brillante síntesis de los diferentes sistemas legislativos de regulación de las aguas, estudia CANO TELLO la normativa jurídica de las aguas en Derecho español: Código civil, Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y otras disposiciones administrativas complementarias.

Analiza las distintas clases de aguas, deteniéndose en las aguas mine

rales, que suelen ser objeto de concesión. La clasificación de las aguas en públicas y privadas, conforme al Código civil, es fundamental.

De todas las aguas interesa el estudio del aprovechamiento de las aguas públicas en interés de una concesión administrativa. Tiene esta concesión la particularidad de ser ejercicio obligatorio, de manera que el concesionario está obligado a utilizar el agua. Actualmente hay que estar a lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes de la Ley de Minas de 1973.

La hipotecabilidad de las concesiones de aguas públicas es una consecuencia, en definitiva, del carácter inmobiliario de las minas, que determina la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 69 del Reglamento Hipotecario). La concesión de aguas es hipotecable (artículo 106, 2.º, de la Ley Hipotecaria) siempre que sea enajenable.

4. *Obras y servicios públicos*

La legislación española ha estado constituida por la Ley general de 13 de abril de 1877 y Reglamento de 6 de julio de dicho año, y por la vigente Reglamentación de 1964 sobre Contratos del Estado.

De los distintos sistemas de ejecución de las obras públicas interesa el de *concesión*. En un principio, la concesión se construyó jurídicamente por la Administración como una modalidad de la realización de obras públicas, habida cuenta de que el concepto de «obra pública» fue configurado como institución administrativa antes que la noción de «servicio público». La asimilación de los conceptos «contrato de obras públicas» y «concesión de servicio público» se debe a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés para poder aplicar la jurisdicción administrativa. Ahora bien, conviene advertir que lo que nuestro Código civil y Ley Hipotecaria llaman «concesión de obra pública» es aquella que comprende la construcción de la obra y la explotación del servicio.

Modernamente, tras la Ley de Contratos del Estado, tanto las «concesiones de obras públicas», como las «concesiones de servicios públicos», se configuran como concesiones «de servicios». Plantea CANO TELLO la antinomia entre el artículo 201 de la Ley de Contratos del Estado y el artículo 336 del Código civil, que configura los «contratos sobre servicios públicos» como bienes «muebles». El artículo 336 del Código civil no puede referirse al contrato, sino más bien a los derechos o al derecho nacido de dicho contrato.

Por tanto, concluye CANO TELLO, atendiendo al espíritu de la ley, debe admitirse que la «concesión de servicios públicos» tiene carácter inmobiliario y, consiguientemente, inscribible e hipotecable.

CAPÍTULO IV: LOS SUJETOS DE LA HIPOTECA DE CONCESIONES

Estudia el doctor CANO TELLO en este capítulo los puntos referentes a la hipoteca a favor de españoles, la hipoteca a favor de extranjeros y lo relativo a la autorización administrativa.

1. *La autorización administrativa*

Diversos problemas examina el autor en relación con este tema de la autorización administrativa: el de si el consentimiento de la administración ha de ser previo o posterior a la constitución de hipoteca; el de los efectos de la falta de tal consentimiento en orden a la validez y eficacia del negocio jurídico de gravamen y la naturaleza del defecto imputable

al título, en su caso, y el de si tal autorización es un acto discrecional o reglado.

1. *Si la autorización administrativa es acto discrecional o reglado.*—La creación en el siglo XIX de la figura de «acto discrecional» vino a hacer que prácticamente se confundiera con la noción de «acto de gobierno», típico del poder ejecutivo. La tajante separación entre actos reglados y discrecionales fue duramente criticada por la doctrina administrativa.

Ha sido preciso llegar a nuestros días para que la doctrina deslinde claramente dicha oposición. GARRIDO FALLA (3) ha dicho que entender que el «acto» discrecional lo es por naturaleza conduce, inevitablemente, a su confusión con el «acto de gobierno»; la moderna técnica juridicoadministrativa llega a la conclusión de que el acto «discrecional» no es un *prius* por razón de su sustancia, sino un *posterius*, a que se llega una vez que cada acto administrativo en concreto ha sido puesto de acuerdo con la legislación vigente. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en sentencias de 3 de octubre de 1950, 24 de febrero de 1954 y 9 de marzo del mismo año.

Afirma CANO TELLO que en los actos administrativos puede haber elementos discrecionales y reglados. En concreto, la *aprobación o autorización administrativa* del contrato de hipoteca de concesión puede contener también elementos discrecionales y reglados. Serán *reglados* los relativos a la capacidad de los otorgantes o a la validez del negocio jurídico civil, pero puede haber otros elementos de la más variada naturaleza sometidos a la *discrecionalidad* administrativa, y, desde luego, la Administración deberá tener siempre en cuenta la conveniencia y oportunidad, de apreciación *discrecional* siempre. La autorización, como tal acto administrativo, podrá impugnarse ante la jurisdicción contenciosoadministrativa, la cual se limitará a declarar el derecho relativo a los elementos reglados y no entrará en los discrecionales.

2. *Si el consentimiento de la Administración ha de ser previo o posterior a la constitución de hipoteca.*—El problema de si debe exigirse *autorización*—o sea, un requisito previo—o si es suficiente *aprobación*—o sea, un asentimiento *a posteriori* del Ministerio correspondiente—ha dividido a la doctrina. LA RICA (4) se inclinaba—ante la dicción de la Ley de Minas de 1944—por la primera solución. ROCA SASTRE (5), por razones de tipo práctico, optaba por la segunda solución. PUYUELO (6) cree que es preciso determinar el alcance de la autorización en orden a las consecuencias que en el ámbito civil y administrativo pueda tener la omisión de tal requisito; entiende que la *transmisión* de la propiedad minera, en cuanto al aspecto civil de la cuestión, está sujeta a los preceptos del Código civil, ya que dicha transmisión se produce en virtud de un contrato (art. 64 de la Ley de 1944—idéntico al vigente art. 115 de la Ley de 1973—y arts. 1.091, 1.278 y 1.279 del Código civil); de todo ello deduce que la autorización es una formalidad de carácter administrativo, cuya omisión *no invalida* el contrato ni priva de eficacia inter partes a las obligaciones nacidas del mismo, aunque sí frente a la Administración. Por su parte, CANO TELLO entiende—dada la dicción del artículo 119 del Reglamento de Minas de 1946—que la intervención administrativa debe ser *PREVIA*, sin lugar a dudas, o sea, se trata de una «autorización», y dice que el incumplimiento de tal formalidad determina la ineficacia del contrato, tanto en el sector administrativo como en el civil (arts. 1.278 y 4 del Código civil).

(3) *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 5.ª ed., 1970, pág. 445.

(4) Véanse *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 2.ª parte, *Modificaciones*, Madrid, 1949, pág. 107.

(5) Véase *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., 1968, tomo III, pág. 813.

(6) Véase *Derecho Minero*, Madrid, 1954, pág. 96.

El verdadero problema se presenta cuando los contratantes de la hipoteca formalizan el contrato en escritura pública SIN el previo consentimiento de la Administración, y después lo presentan en la Delegación Provincial correspondiente a los efectos de la autorización. Parece que, en principio (7), el contrato será ineficaz por faltarle el requisito esencial de la autorización administrativa. Otros (GARCÍA ARANGO (8) y sentencia de 30 de octubre de 1954) hablan de que el contrato es de «eficacia suspendida» o subordinada a la autorización. CANO TELLO habla, en este caso, de contrato con eficacia «aplazada», de título «incompleto» en sentido hipotecario, y la *autorización administrativa* tiene el carácter de una manifestación de voluntad de la Administración, que puede adoptar una u otra forma (autorización-aprobación) según se da antes o después.

3. *Consecuencias registrales de la falta de autorización.*—Para CANO TELLO, de los dos últimos párrafos del artículo 98 del Reglamento Hipotecario, reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959, se deduce que el Registrador podrá practicar la inscripción con la RESERVA explícita de no haberse justificado la intervención administrativa; únicamente está obligado a denegar la inscripción cuando una ley sancione expresamente la omisión del requisito que se preceptúe con la nulidad absoluta del acto o de su inscripción.

2. Hipoteca a favor de españoles

En términos generales, para ser concesionario o titular de derechos reales sobre concesiones NO se requiere la nacionalidad española. Sin embargo, la *legislación minera* sí exige la nacionalidad española para ser titular de ciertas concesiones y, como consecuencia, para ser hipotecante. Debe añadirse que es preceptiva la autorización administrativa pertinente del Ministerio de Industria para los «gravámenes» de concesiones mineras a favor de españoles (arts. 95 y concordantes de la Ley de Minas de 1973).

3. Hipoteca a favor de extranjeros

En términos generales, tampoco existen limitaciones respecto de extranjeros. No obstante, existen restricciones en las *concesiones mineras*, acentuándose progresivamente el intervencionismo estatal en la materia.

Distingue CANO TELLO entre la constitución de hipoteca minera y por acto *inter vivos* o por acto *mortis causa*:

a) Si es por *acto inter vivos*: Tanto la legislación de 1944 (art. 35) como la de 1973 vigente (art. 89) son restrictivas en la materia. No cabe la concesión de minerales de la sección segunda (Ley de 1944) ni ser titular de derechos mineros (Ley de 1973) sin ostentar la nacionalidad española. Los actos de «transmisión» no podrán realizarse a favor de extranjeros.

b) Si es por *acto mortis causa*: El tema relativo a la *hipoteca testamentaria* ha gozado del favor de nuestros autores desde el conocido trabajo de CHAMORRO (9).

La admisión de la hipoteca *unilateral* (arts. 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario) es explícita e implícitamente está así admitida la llamada hipoteca «testamentaria», además del artículo 248 del Reglamento Hipotecario, que si bien referido a la hipoteca constituida en garantía de pensiones o prestaciones periódicas, cabe extenderlo a otros casos aparte de los que regula la ley.

(7) Véase JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, pág. 342.

(8) Véase *Derecho Hipotecario Minero*, en esta Revista, 1956, págs. 51 y ss.

(9) Véase "El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral", en R. G. L. J., 1943, pág. 8.

En idéntico sentido que el expuesto, y con gran abundancia de argumentos, recoge CANO TELLO la opinión de ROCA SASTRE (10).

RESUMEN: el *hipotecante*, tanto si la hipoteca se constituye por actos *inter vivos* o *mortis causa*, debe ser un concesionario que tenga la nacionalidad española, si la concesión es minera; el *acreedor hipotecario*, si la concesión es minera, también debe ser de nacionalidad española.

CAPÍTULO V: CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA DE CONCESIONES

Estudia en este capítulo el doctor CANO TELLO la inscripción de concesiones en general; la inscripción de concesiones de minas, de ferrocarriles y de aguas públicas, con el Registro competente, título inscribible y circunstancias de la inscripción, para finalizar con la inscripción de la hipoteca de concesiones.

A) *Inscripción de concesiones*

El estudio de la inscripción de las concesiones, como paso previo a la constitución de la hipoteca de concesión, es de una lógica aplastante.

La inscribibilidad de las concesiones administrativas en el Registro de la Propiedad, en cuanto referidas a bienes inmuebles, resulta explícitamente admitida en los artículos 31, 44 y 60 del Reglamento Hipotecario, e implícitamente en los artículos 107 y 154 de la Ley Hipotecaria, además de comprendida en el precepto general del artículo 2, 2.º, de la ley, y por vía de interpretación, en el apartado sexto del mismo artículo 2. La concesión inicia folio registral; técnicamente se opera una inmatriculación: no es una inmatriculación de finca, sino de la creación del derecho subjetivo a favor de particular en virtud de la concesión.

1. *Minas*.—Las concesiones mineras se inscriben en el Registro como entidades hipotecarias propias. Ya dijo don JERÓNIMO GONZÁLEZ (11) que la mina *no* constituye una entidad hipotecaria independiente, sino que la entidad hipotecaria matriz es la concesión, que ha de inscribirse separadamente y sin relación alguna con el suelo, bajo número y folio diferente, y sin previa inscripción a favor del Estado. La concesión minera, registralmente hablando, es una firma de carácter especial, inscribible separadamente del terreno o suelo. Recoge CANO TELLO la conocida opinión de ROCA SASTRE de que «lo que se matricula es la mina en sí, como finca registral, pero lo que se inscribe es la concesión minera, formando todo una entidad compleja a modo de *corpus universitatis*».

En cuanto al *título inscribible*, la inscripción deberá practicarse con arreglo a los artículos 67 y 68 del Reglamento Hipotecario, reformado en 1959. El título lo expide el Ministerio de Industria.

El *Registro* competente es el correspondiente a la situación del punto de partida para la designación de rumbos (art. 67 del Reglamento Hipotecario). Las *circunstancias* de la inscripción se establecen en el artículo 67, 2.º y 3.º, del Reglamento Hipotecario.

2. *Ferrocarriles*.—Se inscribe el ferrocarril como entidad compleja, constituida por una pluralidad de elementos (vías férreas, estaciones, almacenes de material, etc.). La inmatriculación de la concesión tiene, pues, lugar como una sola finca: unidad orgánica y complejidad de elementos.

El *Registro* competente es el que corresponde al punto de arranque

(10) Véase *op. cit.*, tomo IV-1, pág. 617.

(11) Véase *Derecho Hipotecario Minero*, en esta Revista, 1926, pág. 662.

o cabecera de la línea, entendiéndose por tal el que señale la Dirección General del ramo (art. 62 del Reglamento Hipotecario). El *título* inscribible en la escritura pública correspondiente, con los requisitos exigidos en el artículo 60 del Reglamento Hipotecario. Las *circunstancias* de la inscripción las detallan los artículos 60 y 62 del Reglamento Hipotecario. Idénticas particularidades son aplicables a las concesiones *de canales* y demás obras públicas de análoga naturaleza (art. 61, 2.º, del Reglamento Hipotecario).

3. *Aguas públicas*.—La regulación de la inscripción de concesiones de aguas públicas viene detallada en el artículo 69 del Reglamento Hipotecario, en relación con el Real Decreto de 12 de abril de 1901, que crea un Registro Administrativo Central y otros provinciales. El *Registro* competente es el que corresponda al lugar de la toma de aguas en cauce público (art. 69 del Reglamento Hipotecario).

RESUMEN: Como norma general, la concesión administrativa *se inscribe* en el Registro correspondiente al lugar donde se encuentren los bienes de dominio público sobre que recae. El *título* inscribible está regulado, en general, en el artículo 31 del Reglamento Hipotecario, teniendo en cuenta hoy el artículo 70 de la Ley de Contratos del Estado (reformado por Ley de 17 de marzo de 1973) y el artículo 216 del Reglamento de Contratación, aprobado por Decreto de 28 de diciembre de 1967, en orden a los requisitos que debe contener con carácter mínimo el documento notarial o administrativo.

B) *Inscripción de la hipoteca de concesiones*

La hipoteca de concesiones se constituye en virtud de un negocio jurídico de disposición, que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad (artículo 145 de la Ley Hipotecaria).

El *Registro* competente es aquel o aquellos en que se practicó la inscripción de la concesión: artículo 154, 1.º, de la Ley Hipotecaria.

El *título* inscribible será siempre en escritura pública (a salvo el testamento del concesionario persona física), a la que debe añadirse el documento administrativo en que conste la autorización o aprobación administrativa. El título deberá contener las circunstancias necesarias para practicar la inscripción, y principalmente, la descripción del derecho del concesionario, plazo de la concesión en su caso, importe de la obligación garantizada, concedente, concesionario y acreedor hipotecario. Si la hipoteca es «de máximo», se harán constar en la escritura, en sus líneas generales, las características de la obligación asegurada. Si la hipoteca es «en garantía de obligaciones al portador», la escritura deberá contener las circunstancias del artículo 154, 2.º, de la Ley Hipotecaria.

Las *circunstancias* de la inscripción, además de las de los artículos 9 y 12 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario, serán las *especiales* derivadas de la propia índole del derecho real de hipoteca, con las limitaciones propias de la concesión administrativa sobre la que recaiga.

CAPÍTULO VI: EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA DE CONCESIONES

Analiza el doctor CANO TELLO en este capítulo los temas de la extensión objetiva de la concesión administrativa, la concesión minera y sus alteraciones, la concesión ferroviaria y sus alteraciones y, finalmente, los efectos de las alteraciones de la realidad objetiva en general.

A) *Alteraciones de la realidad objetiva*

1. En primer lugar, estudia CANO TELLO el problema de la DIVISION de la cosa hipotecada. En general, la Ley Hipotecaria afirma el principio de la intrascendencia de la división en orden al crédito hipotecario: para el acreedor opera como *res inter alios acta*. Sin embargo, si a la división sigue la enajenación de la porción segregada puede aparecer la figura de un tercer poseedor (arts. 126, 127 y 134 de la Ley Hipotecaria).

La indivisibilidad es un beneficio concedido por la ley al acreedor, que éste puede renunciar o no. Si el acreedor *consiente* la división deberá procederse como cuando la hipoteca afecta a varias fincas o concesiones originariamente (arts. 119 y 120 de la Ley Hipotecaria). Si el acreedor *no* consiente la división, ésta no le afecta, siendo frente a él inexistente (artículo 122 de la Ley Hipotecaria): la indivisibilidad hipotecaria funciona de modo absoluto respecto a cada concesión; pero si se produce la división nacerá una *hipoteca solidaria*, cuyos efectos están regulados en los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria.

2. La *extensión objetiva* de la hipoteca la estudia CANO TELLO distinguiendo los varios supuestos posibles. La hipoteca se extiende a los terrenos y construcciones adscritos a la explotación que forman parte de la concesión y que consten inscritos en el Registro de la Propiedad.

B) *Alteraciones de las concesiones*

1. Precisa CANO TELLO que el concepto normal de «extensión objetiva» de la hipoteca se refiere *sólo* a la finca hipotecada. La ley se refiere a esta extensión objetiva respecto de las fincas «normales». Aquí, el autor se detiene en el análisis de la *extensión objetiva de las concesiones administrativas*.

La hipoteca de concesiones *se extiende* a la concesión según los límites físicos y jurídicos que resulten de su inscripción en el Registro en virtud del principio de especialidad. Por tanto, es necesario el requisito de la previa inscripción de la concesión (resoluciones de 5 de septiembre de 1908 y 19 de noviembre de 1943) y también que los elementos patrimoniales a que se extiende la hipoteca de concesiones consten previamente inscritos. Esta «extensión» de la concesión es importante no sólo a los efectos hipotecarios, sino también para el Derecho público, tanto en sentido material como jurídico. Relevante, a tales efectos, es la noción de «patrimonio» como entidad compleja, *res universalis* distinta de los elementos que la componen.

2. Tratándose de la *concesión minera*, ésta atribuye al concesionario el derecho de explotar la mina, que tiene un contenido bastante amplio de derechos y obligaciones. Una vez inscrita la hipoteca, ésta grava el derecho real del concesionario sobre la mina. De modo que el *objeto* de la hipoteca, la concesión, estará integrado por el conjunto de derechos y obligaciones que constituyen los derechos y deberes del concesionario. En definitiva, afirma CANO TELLO que la hipoteca grava una universalidad de bienes y derechos reales, un complejo jurídico que cabría llamar «patrimonio real concesional».

Las modificaciones «objetivas» de las minas deben tener necesariamente un reflejo en el Registro de la Propiedad, en virtud del principio de especialidad (ver art. 67, 5.º, del Reglamento Hipotecario).

Si se trata de «concesión minera» hipotecada, la existencia de la hipo-

teca no impide la división de la concesión gravada, pues no se requiere el consentimiento del acreedor hipotecario para proceder a la división.

3. En cuanto a la *concesión ferroviaria*, cabe destacar que no sólo comprende una porción de terreno, sino algo más, una entidad patrimonial, una *res universal* formada por elementos múltiples, uno de los cuales es el terreno ocupado por el camino de hierro. Dentro de la concesión entra un conjunto de cosas o «elementos», que constituyen una sola cosa desde el punto de vista jurídico, un solo objeto de derecho, la concesión.

La concesión sufre «alteraciones» en su realidad física con el transcurso del tiempo, que se traducen en nuevas obras, segregaciones y agrupaciones de terrenos de la vía férrea (v. gr.: caso de variación del trazado de una línea). Cabe también el supuesto de agregación o segregación de fincas cuando resultan terrenos sobrantes de la obra pública o cuando se requiera la adscripción de nuevos terrenos (ver art. 61 del Reglamento Hipotecario).

CAPÍTULO VII: LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

Se estudian por el autor en este capítulo los temas de si cabe asegurar con hipoteca de concesiones una obligación ajena a la concesión, y el supuesto de hipoteca en garantía de obligaciones emitidas por sociedades anónimas.

1. Respecto de la *obligación garantizada*, la hipoteca de concesiones puede ser una hipoteca «ordinaria» (que garantiza un crédito constatado en el Registro de la Propiedad con todas sus particularidades), una hipoteca «de seguridad» (cuando el crédito sólo figura inscrito en sus líneas generales) o una hipoteca «de máximo» (constituida por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo constan en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios), «de capital» o «de renta».

2. Plantea CANO TELLO el problema de *si cabe asegurar* con hipoteca de concesiones *una obligación ajena a la concesión*, bien sea la obligación de un tercero, bien del concesionario, pero ajena a la concesión. Estima el autor que esta materia debe quedar sometida a la discrecionalidad administrativa y, como regla general, debe predominar el criterio restrictivo en aquellas concesiones—como las de «obras públicas» y «servicios públicos»—en que el interés público aparece en primer plano; sin embargo, en las concesiones «de dominio», en las que el interés público es sólo reflejo, parece que no hay inconveniente en mantener un criterio amplio.

3. *Hipoteca en garantía de obligaciones emitidas por sociedades anónimas*.—Sabido es lo frecuente del recurso de acudir a la emisión de obligaciones hipotecarias en las sociedades anónimas concesionarias. Gran trascendencia económica llegaron a tener en el pasado las obligaciones hipotecarias de ferrocarriles, que motivaron en su día un documentado trabajo de don JERÓNIMO GONZÁLEZ (12).

Actualmente existe una muy completa regulación de esta materia en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (arts. 111 y siguientes).

La hipoteca en garantía de obligaciones es una hipoteca «de seguridad» y se inscribe por la suma total de las obligaciones.

(12) Véanse «Las obligaciones hipotecarias de ferrocarriles», en esta Revista, 1942, págs. 532 y siguientes.

CAPÍTULO VIII: EFECTOS DE LA HIPOTECA DE CONCESIÓN

El doctor CANO TELLO se detiene en este capítulo en el estudio de los derechos del acreedor hipotecario, de la inmutabilidad de la concesión y la acción de devastación y de la posposición de la hipoteca de concesiones.

El *efecto fundamental* de la hipoteca consiste en dejar vinculado el valor económico de la cosa hipotecada en garantía de la efectividad de un crédito. En dicha vinculación cabe distinguir dos momentos: el *primero*, durante la existencia del crédito, en que se da el gravamen o carga con eficacia *erga omnes*; el *segundo*, vencida la obligación garantizada, con el ejercicio del *ius distrahendi*, mediante la ejecución, en que surge la «acción hipotecaria».

La «inmutabilidad» de la concesión.—En toda hipoteca es fundamental la conservación de la cosa hipotecada. En la hipoteca de concesiones hay dos interesados en que el valor de la concesión se conserve: el acreedor hipotecario y la Administración. Al otorgarse la concesión junto a los derechos y beneficios atribuidos al concesionario, se le imponen determinadas obligaciones, entre las que se encuentran las que cristalizan en la regla *ne varietur*, regla que supone la prohibición de las modificaciones de la concesión que pueda realizar el concesionario. Toda modificación esencial de las condiciones de la concesión necesita el consentimiento de la Administración, otorgado a través de una expresa autorización, y requiere iguales trámites que si tratara de una nueva concesión.

Ahora bien, además de las alteraciones «lícitas», cabe el supuesto de alteraciones que intenten desvalorizar la concesión voluntariamente, por dolo o por culpa del concesionario. Además del interés público, representado por la Administración, nos aparece aquí el interés privado, el del acreedor hipotecario. Estamos en el tema de la llamada acción «de devastación», contemplada en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. Plantea este precepto, a juicio de CANO TELLO, los problemas: 1) de si puede el acreedor hipotecario solicitar del Juez que ordene al concesionario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño, y 2) el de si se puede poner la «concesión» en administración judicial.

El problema primero es resuelto por CANO TELLO, en el sentido de que no hay inconveniente en que el Juez pueda aceptar la solicitud del acreedor hipotecario y dictar providencia ordenando al concesionario que se abstenga en sus actos u omisiones dañosas o culposas.

El segundo problema le parece al autor más espinoso. En principio, no cabe dudar de la competencia de los Tribunales civiles para resolver sobre esta materia, pero tampoco cabe desconocer la grave suposición administrativa que ello lleva consigo. La elección de la persona o entidad concesionaria se efectúa mediante un procedimiento administrativo (concurso o subasta), y se exigen rigurosas condiciones de capacidad y compatibilidad. El procedimiento analógico permite acudir al artículo 939 del Código de Comercio, cuya finalidad no es la del caso presente examinado: no parece posible sustituir al «administrador judicial» del artículo 117 de la Ley Hipotecaria por el «Consejo de incautación» de dicho precepto. Parece, por tanto, que la competencia del Juez de Primera Instancia *no* llega al punto de poder poner la concesión en «administración judicial», ya que ello supondría la invasión de un campo propio de la autoridad administrativa, cual es el de elegir la persona que debe administrar la concesión.

La posposición de la hipoteca de concesiones es una facultad que el acreedor hipotecario tiene de disponer del «rango» o prelación de la hipoteca, regulada en el artículo 241 del Reglamento Hipotecario.

CAPÍTULO IX: LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA DE CONCESIONES

De los distintos modos de extinción de la hipoteca en general, advierte CANO TELLO la importancia de la extinción de la hipoteca por extinción de la concesión, por extinción de la obligación y por ejecución de la concesión hipotecada.

A) *Extinción de la hipoteca por extinción de la obligación principal*

La hipoteca se extingue por el hecho de extinguirse la obligación principal, en virtud del pago o por cualquiera de los modos extintivos de las obligaciones. La cancelación de la hipoteca se ajusta a la norma del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

B) *Extinción de la hipoteca por ejecución de la concesión hipotecada*

CANO TELLO estudia en este apartado lo referente a la realizabilidad de la hipoteca y al procedimiento de ejecución.

Realizabilidad de la hipoteca.—Toda la regulación legal de la hipoteca se monta prácticamente en torno a la realizabilidad. La realización del valor de la cosa hipotecada se verifica normalmente a través de la enajenación de la misma; sin embargo, en tema de hipoteca de concesiones, no siempre se admite la enajenación de la concesión (v. gr., Ley de 12 de noviembre de 1869, respecto a ferrocarriles). Estudia el autor separadamente las concesiones de «obras y servicios públicos» y las concesiones «de dominio».

En las concesiones «de obras y servicios públicos», el artículo 155 de la Ley Hipotecaria, en orden a la ejecución, se remite al artículo 129 y siguientes de la Ley, con la salvedad del último párrafo, relativo a las obligaciones emitidas por las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas. Rige, en cuanto a estas obligaciones, el régimen anterior a la reforma hipotecaria de 1909 en materia de ejecución; de otro modo, el procedimiento normal será el ejecutivo ordinario (ver arts. 2 de la Ley de 12 de noviembre de 1896 y 190 del Código de Comercio).

Cuando la hipoteca recae sobre concesiones otorgadas a empresas de ferrocarriles y demás obras públicas, la ejecución se realiza sobre los rendimientos líquidos de la empresa concesionaria.

En las concesiones de dominio, en general, recuerda CANO TELLO que una cosa es la inalienabilidad e inembargabilidad de los bienes de dominio público, y otra la enajenación de la concesión sobre dichos bienes. La dificultad proviene de la incidencia sobre el problema de instituciones públicas y privadas. Cita el dictamen del Consejo de Estado de 14 de febrero de 1965 (expediente núm. 33.630), que en este punto reconoce la existencia *in nuce* de una pugna de principios generales, a resolver mediante la justa jerarquización de los mismos en cada caso concreto.

RESUMEN: La ejecución de la hipoteca de concesiones debe ser examinada haciendo una previa distinción entre concesiones de obras y servicios públicos y concesiones demaniales, aunque ningún principio científico fundamenta la diferencia de trato. El autor cree sería conveniente una normativa general que disciplinara las consecuencias prácticas del principio de realizabilidad en las hipotecas de concesiones, a través de la enajenación de las mismas con las garantías necesarias para el funcionamiento del servicio público en su caso. Resultaría así fortalecido el crédito inmobiliario.

C) *Extinción de la hipoteca por extinción de la concesión*

1. *Modos de extinción de la concesión.*—Sigue CANO TELLO a VILLAR PALASÍ, el cual clasifica los modos de extinción en tres grupos: los relativos a los sujetos (por voluntad del concesionario y por declaración de caducidad, caso de incumplimiento de sus obligaciones por el concesionario), los relativos al objeto (por desaparición, física o jurídica—«desafectación»—, del bien de dominio público) y los relativos al título (transcurso del plazo).

En relación con el tema destaca el autor los modos de extinción referentes a la reversión (transcurso del plazo), al rescate por la Administración o a la caducidad.

a) *Reversión.*—La reversión es el modo normal de extinguirse las concesiones temporales y se produce automáticamente por ministerio de la ley: supone que la parcela de actuación administrativa cedida al particular vuelve al sujeto concedente o al beneficiario de la reversión (si es distinto de aquél) (13). Nuestra jurisprudencia configura la reversión como la consolidación del «dominio útil» concedido en el «dominio directo» reservado. A diferencia de otros contratos civiles, todas las mejoras realizadas por el concesionario quedan a favor del dueño directo.

La experiencia histórica ha demostrado que el sistema de «reversión»—configurada como un elemento «esencial» de la concesión administrativa—fue inexacto en su planteamiento por falta de previsión, desajuste económico y total desequilibrio de las compañías concesionarias, lo que originó el mal estado de las instalaciones en el momento de revertir. Hoy se configura la reversión como un puro elemento «accidental» de la concesión.

La reversión *no* da lugar a indemnizaciones a favor del concesionario. La reversión no afecta a los bienes del concesionario ajenos al servicio. Pero la Administración deberá indemnizar el valor del material de «no concesión» útil para la prestación del servicio.

b) *Rescate.*—Supone la transferencia a la Administración concedente de la explotación del servicio, por acto de imperio, antes del transcurso del plazo de concesión. Su fundamento se encuentra en el concepto de «precariedad». La «precariedad» administrativa tiene un sentido propio: el hacer posible que la Administración, por razones de oportunidad, modifique o extinga unilateralmente una situación jurídica administrativa, siempre que previamente haya incluido esta cláusula en el negocio jurídico creador de la concesión.

El precario administrativo es una figura recibida—como tantas otras—del Derecho civil, aunque transformándola hasta el punto de que actualmente apenas existe entre ella y el precario civil (art. 1.750 del Código civil) otra identidad que la puramente terminológica.

La cláusula de «precario» aparece con frecuencia en las concesiones «de dominio público», hasta el punto de que algunos autores estiman que la precariedad es una característica esencial de toda concesión, a modo de corolario del principio de inalienabilidad del dominio público.

En orden a las causas y efectos de la «precariedad» no existen criterios uniformes informadores de *nuestra legislación* (art. 110 de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877; art. 63, 10.º, del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales; art. 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo; art. 117 de la Ley de Patrimonio del Estado, etc.). *El Tribunal Supremo*, en una línea netamente civilista, equipara el precario a la tolerancia. *La doctrina* cree que la Administración no goza de facultades

(13) Véase VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, pág. 756, y GARRIDO FALLA, «Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de servicios», en *Revista de Administración pública*, 1964, pág. 239.

ilimitadas para introducir las cláusulas de «precario», debiendo venir autorizada para ello expresa o implícitamente; sin embargo, la *práctica* administrativa española muestra muy poco respeto por este principio elaborado por la doctrina, utilizando dicha cláusula de manera desnaturalizada y extensiva.

El «rescate» viene a ser una especie de expropiación forzosa de la concesión, cuyos *efectos económicos*, para GARRIDO FALLA, son: indemnización al concesionario por el «lucro cesante» durante las anualidades que falten hasta completar el plazo de la concesión, indemnización por el material e instalaciones de reversión gratuita a la Administración que no han podido amortizarse por acortarse el plazo, pago de los bienes y materiales útiles a la concesión que no son elemento de reversión gratuita e irrelevancia en orden a los bienes del concesionario no adscritos o no destinados a la concesión.

c) *Caducidad*.—El concepto de caducidad se vincula a la noción de «lo injusto administrativo», equiparado a la infracción de una obligación administrativa. Los deberes de los concesionarios pueden clasificarse en deberes de prestación y deberes de fidelidad. La infracción de los *deberes de prestación* pueden producirse por la no realización de las obras previas al servicio, por abandono o deficiente prestación del servicio o por falta de pago del canon de la concesión. La caducidad supone, pues, el quebrantamiento de obligaciones implícitas en la concesión que se otorga para satisfacer determinadas necesidades. Entre las *causas* de caducidad estudia CANO TELLO la mora, el abandono de la concesión, la inadecuada prestación del servicio y la infracción del principio *ne varietur*.

Una cosa es que una concesión esté incurrida en caducidad, y otra que sea declarada caducada. Muchas veces la Administración no declara la caducidad y prefiere optar por la continuidad del servicio público. La primera consecuencia de la declaración de caducidad es la extinción *ex nunc* de la posición privilegiada del concesionario, y caso de incumplimiento culpable comporta la pérdida de la fianza definitiva.

Señala GARRIDO FALLA que el derecho a percibir indemnización en los casos de *caducidad* es uno de los principios lógicos de nuestra dogmática concesional, expresamente reconocido en nuestro Derecho positivo.

2. *Consecuencias sobre la hipoteca de los modos de extinción de la concesión. La subrogación real*.—Cabe resumir que se producen indemnizaciones a favor del concesionario cuando se extingue la concesión por rescate y por caducidad-sanción, no en caso de reversión. Veamos ahora el derecho que el acreedor hipotecario pueda tener sobre las indemnizaciones a percibir por el concesionario.

Rige, en general, el artículo 110, 2.º, de la Ley Hipotecaria. Aunque dicho precepto se refiere concretamente a las indemnizaciones por seguro o expropiación, entiende CANO TELLO es aplicable a TODAS las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados (arg. art. 109 de la Ley Hipotecaria). La amplitud de la fórmula del artículo 109 permite que dentro de ella puedan entrar las más variadas indemnizaciones, como, entre otras, las que debe percibir el concesionario cuando se resuelve su derecho sobre la concesión hipotecada (art. 175, 3.º, del Reglamento Hipotecario).

La sujeción de tales indemnizaciones a los derechos del acreedor hipotecario se explica, dice ROCA SASTRE, más que por razones de equidad, por consideraciones fundadas en motivos institucionales de la doctrina de la SUBROGACION REAL. El juego de la subrogación real tiene en nuestro caso adecuada aplicación. Actúa a base de cierta «alteración» respecto de la relación jurídica afectada. El problema, para CANO TELLO, es que habrá

que admitir la transformación del derecho de hipoteca en un derecho de prenda sobre el crédito indemnizatorio (pendiente de cobro la indemnización) y en una prenda «de dinero» (hecha efectiva la indemnización).

CAPÍTULO X: LEGISLACIÓN COMPARADA

Estudia con brevedad CANO TELLO las normas hipotecarias relativas a la hipoteca de concesiones en Alemania, Argentina, Uruguay, Brasil, Francia, Italia, México, Panamá y Portugal. El propósito del autor es el de *situar* nuestro ordenamiento sobre esta materia en el marco de los distintos ordenamientos americanos y europeos.

CONCLUSIONES: Finaliza el doctor CANO TELLO su trabajo con una enumeración casi exhaustiva de XXI conclusiones, entre las que destaco las siguientes:

- *La concesión*, como derecho subjetivo, es un derecho real administrativo, no catalogable entre los derechos reales civiles tradicionalmente conocidos.
- *Los caracteres de la hipoteca* se dan en la hipoteca sobre concesiones administrativas, con dos *limitaciones*: el principio de realizabilidad debe adaptarse a las características especiales de ejecución de hipotecas sobre concesiones «de obras y servicios públicos» (recae sobre los rendimientos líquidos).
- El contrato de hipoteca *requiere* autorización administrativa. Si falta ésta se trata de un contrato a la espera de un requisito esencial para su obligatoriedad.
- *La falta* de autorización o aprobación administrativa *no impide* la inscripción del contrato de hipoteca, pero el Registrador deberá hacer la oportuna reserva explícita.
- La hipoteca de concesiones se *extingue* por las causas generales, y especialmente a través de la extinción de la concesión por reversión, rescate o caducidad. Caso de indemnización por razón de la concesión hipotecada, aquélla queda subrogada en el lugar de ésta, pero el derecho del acreedor hipotecario se transforma en una prenda de dinero o de crédito, según haya sido o no satisfecha la indemnización.
- El Derecho español puede situarse entre aquellos que de modo *explicito* admiten la hipoteca de concesiones administrativas.
- Con una cuidada *bibliografía* finaliza esta obra.

IV. LAS LINEAS DIRECTRICES DE LA OBRA

Lo que cabría llamar «líneas directrices» de esta obra pueden resumirse en las siguientes:

1.ª La noción clave de «derecho real administrativo», en la línea de nuestra mejor doctrina: VILLAR PALASÍ y GONZÁLEZ PÉREZ, entre otros. Las características normalmente asignadas a los «derechos reales» también se dan en los «derechos reales administrativos», si bien éstos están disciplinados por un régimen jurídico especial de Derecho administrativo.

2.ª La configuración unitaria de la idea de «concesión administrativa», siguiendo la fundamental aportación del profesor VILLAR PALASÍ. La base común en que descansa esta construcción es la idea de que en la concesión hay una «cesión de gestión» y no una «cesión de poder» por parte de la Administración.

3.ª La distinción entre la concesión como ACTO y la concesión como DERECHO SUBJETIVO nacido de dicho acto en favor del concesionario, y la consiguiente conceptualización jurídica como «derechos reales» de las concesiones demaniales y de las concesiones de obras públicas y de servicios públicos que supongan un derecho real sobre bienes inmuebles de dominio público. En cuanto reúnen dichos caracteres de «derecho real» son inscribibles y, por tanto, hipotecables.

4.ª El encuadre de la HIPOTECA en nuestro ordenamiento siguiendo el pensamiento de ROCA SASTRE, con las matizaciones pertinentes del autor en orden al llamado principio de «realizabilidad» de la hipoteca y sobre el principio de inscripción constitutiva de la hipoteca.

5.ª La consideración de la AUTORIZACION ADMINISTRATIVA como requisito necesario para la obligatoriedad del contrato de hipoteca. La situación de «pendencia» del contrato se produce en cuanto a sus efectos, no en cuanto a su perfección. La «autorización» como voluntad de la Administración puede manifestarse antes o después del consentimiento contractual de los particulares, y contiene, como tal acto administrativo, elementos discrecionales y reglados.

6.ª La admisión de la posición de ROCA SASTRE en orden a la inscripción de las distintas concesiones con acceso al Registro de la Propiedad. Lo cual, en cuanto a las MINAS, se traduce en la aceptación por el autor del famoso axioma de Roca de que «lo que se matricula es la mina en sí como finca registral, pero que lo que se inscribe es la concesión minera».

7.ª La no sujeción de la inscripción del contrato de hipoteca a la autorización administrativa (o aprobación, en su caso). Sigue el autor la línea moderna doctrinal, en orden al artículo 98 del Reglamento Hipotecario, actualmente vigente: se podrá inscribir CON la reserva explícita pertinente a efectuar por el Registrador.

8.ª La extensión de la hipoteca a la concesión según los límites físicos y jurídicos que resulten de su inscripción en el Registro, o sea, con sus mismos límites físicos y jurídicos como *res universa* o «patrimonio concesional».

9.ª La incidencia de la regla *nevarietur*, en cuanto a la acción de devastación, cuyo desarrollo procesal, ex artículo 117 de la Ley Hipotecaria, permite al autor poner en duda la posibilidad de que el Juez de Primera Instancia decreta que la concesión se ponga en administración judicial.

10.ª Respecto a la extinción de la hipoteca cabe sentar dos principios básicos: uno, en tema de ejecución de la hipoteca, que si ésta recae sobre concesiones DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, la ejecución se realiza sobre los rendimientos líquidos de la empresa deudora; otro, en tema de extinción de la hipoteca, por extinción de la concesión, el juego de la «subrogación real» respecto de las indemnizaciones a percibir por el concesionario, cuya sujeción a los derechos del acreedor hipotecario determina, para CANO TELLO, la transformación del derecho de hipoteca en un derecho de prenda sobre el crédito indemnizatorio (pendiente éste) o en una prenda de dinero (satisfecha mediante depósito la indemnización).

V. COMENTARIOS CRITICOS

Unas ligeras consideraciones críticas de la obra comentada nos permiten observar:

A) En cuanto a la forma

Son muy cuidadosa la exposición, análisis y condiciones de los distintos puntos y problemas. Lenguaje claro y precisión conceptual permiten a CANO

TELLO una fácil singladura por los procelosos cauces de tanto fárrago normativo.

Quizá cabría exigir al autor algo que es la otra cara de la moneda. Su mismo afán de claridad y concisión le han hecho *no* dejarse llevar de apasionamiento alguno en temas registrales de seguro éxito (inscripción constitutiva de la hipoteca, falta de la autorización administrativa a efectos de la inscripción, la inmatriculación de la mina o de la concesión minera, etc.). No estaría de más quizá «apasionarse» un tanto por alguno de ellos...

B) *En cuanto al fondo*

El dominio de una técnica privatística brillante ha permitido a CANO TELLO sortear con habilidad los escollos en que confluyen, y no calmosamente, las aguas del Derecho privado y el Derecho público. En esta obra se «siente» y se vive la unidad armónica del Derecho.

Los puntos de partida o «líneas directrices» de la obra han permitido al autor analizar fría y serenamente cada problema, y obtener por rigurosa INDUCCION una serie de principios generales que configuran por virtud propia una «teoría general» de la hipoteca de concesiones.

La *importancia* de este logro podrá contrastarse en el futuro. La era actual, con la preponderancia de la revolución científicotécnica, determinará la aparición de nuevas necesidades colectivas y la atribución por la Administración, por vía de concesión, de la facultad de regir la gestión de un servicio público. Pensemos, por ejemplo, en las autopistas, aparcamientos, carriles elevados sobre espacio aéreo urbano y tantas otras fantasías de ciencia-ficción que pronto serán realidad. La necesidad de recurrir al crédito fomentará la proliferación de obligaciones hipotecarias emitidas por el concesionario con el fin de contribuir a la financiación de la obra o servicio público.

La *incidencia en el ámbito registral* de las nuevas figuras administrativas, todas ellas englobadas bajo la capa de la «concesión» por nuestra mejor doctrina administrativa (VILLAR PALASÍ, GARRIDO FALLA, etc.), va a ocasionar una erosión en la normativa hipotecaria. El actual Reglamento Hipotecario, reformado en 1959, ha quedado desfasado ya con respecto a la nueva Ley de Minas. La cuestión es grave y trascendental: o admitimos que ese deterioro de la norma con el tiempo origina una incesante suerte de «aporías» o nos contentamos con poner al día, tarde y mal, preceptos que dejaron de tener vigencia. Cualquiera que sea la solución, parece seguro afirmar que sería precisa y urgente la actuación «en equipo» de privatistas-administrativistas, formulando cada x años las propuestas de reforma adecuadas en orden a la normativa hipotecaria. En otro caso, cabría preguntarnos si no deberíamos volver a la idea inicial de nuestros codificadores del siglo XIX y confeccionar un completo LIBRO III del Código civil, dejándonos ya de tanto «parche» reglamentario por vía registral.

La obra de CANO TELLO comentada pone al descubierto la orfandad de nuestro ordenamiento respecto a un tema actual, candente y trascendental. La danza normativa en la materia es obvio no puede trasladarse toda ella a la regulación del Reglamento Hipotecario. El fenómeno de la proliferación legislativa, denunciado por DÍEZ PICAZO (14), seguirá incidiendo en el campo registral, pero entonces podremos ya tener a mano unos «principios generales», elaborados por el doctor CANO TELLO, que nos permitan solucionar los problemas hallados.

(14) Véase DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 1973, págs. 163 y siguientes.

VI. CONCLUSIONES

Creemos posible sentar unas personales *conclusiones* tras la lectura detenida de la obra del doctor CANO TELLO:

1.^a La obra nos proporciona una «teoría general» de la hipoteca de concesiones, cuyos principios podrán ser extendidos a los supuestos nuevos que el futuro nos depare.

2.^a La confluencia de los Derechos privado y público obliga a replantearnos el tema de la unidad esencial del Derecho y a sugerir la inmediata tarea de actuaciones «en equipo» de especialistas varios que formulen sus propuestas de reforma hipotecaria.

3.^a La actual «crisis de la ley» se incrementará y determinará una falta de vigencia de numerosos preceptos del Reglamento Hipotecario. Quizá no sería ocioso volver al pasado y *recomenzar* la interrumpida obra codificadora, olvidando «leyes especiales» cuyo contenido cabe de sobra en un adecuado libro III del Código civil.

4.^a El tema de la «inmatriculación» de fincas, al que CANO TELLO hace objeto de cuidadoso análisis, es importante en orden a las *minas*. La idea de ROCA SASTRE, quizá discutible, es práctica. Ahora bien, ¿qué es lo que abre o inicia folio registral, la mina o la concesión? Parece que es la concesión lo que inicia el folio registral.

5.^a El actual artículo 98 del Reglamento Hipotecario deberá ser interpretado por nuestros hipotecaristas-administrativistas con cierta frecuencia para su perfecta puesta a punto en orden a la multitud de preceptos, vía reglamentaria o vía mandato concreto, que invaden el ámbito contractual privatístico.

6.^a La *importancia económica* de la hipoteca de concesiones obliga a ser exigentes en el análisis de los problemas que se planteen y a disponer de un instrumento de consulta. Eso es lo que representa la obra comentada.

7.^a La *importancia jurídica* de la obra del doctor CANO TELLO es inestimable. Merece la pública felicitación de amplios sectores, muy en especial de la gran familia notarial-registral, a la que ha proporcionado una insustituible obra de consulta.

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario

CASTELLS, MANUEL: *La cuestión urbana*. Siglo Veintiuno de España Editores, S. A. Primera edición española, 1974, 430 págs.

Con la presente es la tercera obra que Siglo XXI de Editores publica de este joven español, profesor de sociología de Ecole Pratique des Hautes Etudes (Sorbonne, París).

A lo largo de cuatro apartados y una conclusión, de texto apretado y lectura difícil para los que nos confesamos legos en sociología, trata CASTELLS de la problemática urbana y sus repercusiones sobre los movimientos sociales y los procesos políticos. Hemos de advertir que se estudia la cuestión urbana en su interpretación capitalista, tratando de indagar, como se dice en la contraportada final del libro, las contradicciones que aquella problemática presenta en el capitalismo actual.

Empieza el autor con unas observaciones a la edición castellana, en las que explica que el libro no es sino una crítica sistemática del conjunto de teorías sociológicas urbanísticas sobre lo urbano y la ciudad. «*La cuestión urbana*—dice—trata de contribuir a una mayor comprensión por parte de las clases populares de procesos sociales que constituyen en gran medida la base material de su vida cotidiana.»

Estamos, pues, ante una visión del problema urbano no como juristas, sino como sociólogos. Esto es, analizando los problemas urbanos como afectantes al hombre y su entorno. Sobre este punto es muy interesante ver la distinta concepción de la cuestión urbana que tienen las dos grandes ideologías que dividen el mundo: El capitalismo ve el problema desde una posición urbanística, con especialidad propia y con prioridad teórica y política sobre la determinación económica y la lucha de clases. El marxismo, por su parte, niega que estos problemas tengan peculiaridad propia; no son—dice—sino manifestación de la genérica oposición entre capital y trabajo.

CASTELLS pretende poner orden en el estudio de la materia a través de un tratamiento teórico e histórico de la política urbana.

La primera parte está dedicada a la delimitación conceptual e histórica del fenómeno urbano.

Si bien lo urbano se resume en el hecho del sistema cultural característico de la sociedad industrial capitalista, contraponiéndose así rural-urbano y ocupación agrícola-ocupación industrial. «En realidad—dice CASTELLS—, no es por la vía de las definiciones como puede llegarse a una delimitación válida de los conceptos, sino que se impone un análisis rápido de las relaciones históricamente establecidas entre espacio y sociedad, las que permiten fundar objetivamente el estudio perseguido.»

De las investigaciones arqueológicas (Mesopotamia, Egipto, China e India, 3500 a 2500 a. de J.C.) se demuestra que la población humana se asienta donde las condiciones sociales, técnicas y naturales permiten a los agricultores producir más de lo que ellos mismos necesitan para subsistir. Las ciudades aparecen así como la forma de residencia adoptada por aquellos miembros de la sociedad cuya permanencia directa sobre el lugar de cultivo no era necesaria. La ciudad, y ello se ve claro en Roma, no es lugar de producción, sino de gestión y dominación, ligado a la primacía social del aparato politicoadministrativo.

La ciudad medieval nace de la existencia de una fortaleza en torno a la cual se había organizado un núcleo de habitación y de servicios y un mercado. Lo peculiar de esta ciudad surge con el nacimiento de una burguesía mercantil luchadora por su emancipación de la nobleza feudal y del poder central. El triángulo burguesía-nobleza-poder real viene a condicionar la evolución del sistema urbano, lo que explica, a juicio del autor, el gran desarrollo de las ciudades alemanas o italianas de los siglos XVI y XVII, frente a las ciudades comerciales españolas de igual época, dado el papel que éstas desempeñaban de «mera correa de transmisión entre la Casa Real y el comercio de Indias».

Estima CASTELLS, frente a la opinión más generalizada, que el desarrollo del capitalismo industrial no provoca el fortalecimiento de la ciudad, sino su casi total desaparición, y ello porque la aparición de la mercancía como base del sistema económico, la división técnica y social del trabajo y la diversificación de los intereses económicos y sociales ocasionan la desaparición de la fusión de una forma espacial, la ciudad, y la esfera de dominación de una determinada clase social, la burguesía.

En el marco de la primera revolución industrial, la urbanización es un proceso de organización del espacio, que encuentra su base en dos hechos fundamentales: 1.º) La previa descomposición de las estructuras sociales agrarias y la emigración de su población a los centros urbanos ya existen-

tes proporcionando mano de obra. 2.º) El paso de una economía doméstica a una economía de manufactura, y de aquí a una economía de fábrica, lo que supone concentración de mano de obra, la creación de un mercado y la constitución de un medio industrial.

Entre los datos que modernamente influyen en la problemática de la urbanización cabe destacar la aceleración del ritmo de urbanización, la aparición de nuevas formas de articulación social nacidas del sistema de producción capitalista y el nacimiento de Areas Metropolitanas en las sociedades industriales capitalistas.

Dedica CASTELLS la segunda parte de su obra al estudio de la ideología urbana, considerando como tal aquella ideología específica que capta los modos y las formas de organización social estrictamente ligadas a las condiciones tecniconaturales de la existencia urbana y a su marco vital.

Sobre la base del pensamiento de la escuela sociológica alemana (TÖNNIES, SIMMEL, SPENGLER), la sociedad urbana es definida como una cultura, la cultura urbana, esto es, como sistema de valores, normas y relaciones sociales que poseen una especificidad histórica y una lógica propia de organización y de transformación.

LOUIS WIRTH, discípulo de SIMMEL, define los rasgos característicos de una cultura urbana y explica su proceso de producción a partir de esa forma ecológica particular que es la ciudad.

Para CASTELLS, la concepción así surgida, muy querida de las *élites* dirigentes occidentales, es un mito, ya que cuenta ideológicamente la historia de la especie humana. Y la verdad es que el tema ideológico de la «sociedad urbana» puede ser de «izquierda» o de «derecha», según las preferencias y el contenido que se aporte.

La tercera parte de la obra se dedica al estudio de la estructura urbana bajo la premisa que una delimitación conceptual de lo urbano ha de hacerse dentro de una teoría del espacio, que, a su vez, no es sino una especificación de una teoría de la estructura social.

El considerar a la ciudad como la proyección de la sociedad en el espacio es algo elemental, aunque fundamental. Es elemental, porque equivaldría a configurar la naturaleza como una página en blanco sobre la que se inscribe la acción de los grupos y de las instituciones, sin más salvedad que la huella de las generaciones pasadas. En realidad, la problemática social tiene su origen en la indisoluble unión de dos elementos, naturaleza y cultura, a través del proceso dialéctico mediante el cual el hombre se transforma, y transforma su medio ambiente en su lucha por la vida y por la apropiación diferencial del producto de su trabajo. De aquí deduce CASTELLS que no se pueda montar una teoría del espacio al margen de una teoría social general. Y contempla esta estructura social a través de sus elementos integradores: producción, consumo, distribución, instituciones, gestión e ideología.

Dedica CASTELLS la cuarta parte de *La cuestión urbana* a teorizar sobre el tema de la política urbana, que descompone en dos elementos ligados en la relación social: la planificación urbana y los movimientos sociales urbanos.

El estudio de la planificación urbana se plantea por el autor sobre la base de encuestas sobre las ciudades inglesas llevadas a cabo por él personalmente en 1966, o bajo su dirección, en el aspecto histórico, en el marco del Seminario de Investigación de la Universidad de Montreal, por Mlle. ROBITAILLE y M. LEDUC.

Los movimientos sociales urbanos se tratan circunscribiendo el estudio a la región de París, a los hechos históricos de los comités de ciudadanos de Quebec y al movimiento social de Chile en 1970.

Concluye CASTELLS su meditado trabajo haciendo un resumen de sus tesis, considerándolas como bases que permitan un estudio científico de

la cuestión urbana, partiendo siempre del hecho de que todo problema urbano exige un tratamiento general del hombre y su entorno vivencial, de lo social. CASTELLS trata de orientar los estudios urbanos partiendo de una base bien clara: la crítica del capitalismo.

JOSÉ ANTONIO GONZALO RODRÍGUEZ
Registrador de la Propiedad

ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, LUIS M.: *Naturaleza y alcance de la expropiación por razón de urbanismo*. Instituto de Estudios de Administración Local, 1973.

La obra que hoy traemos a recensión está sustancialmente basada en la tesis doctoral leída por su autor, en julio de 1971, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. En ella se afronta el estudio de la institución expropiatoria en su proyección urbanística, como medio que se ha demostrado eficaz, a la vista de la imposibilidad material de los Ayuntamientos para crear grandes patrimonios municipales de suelo, en el quehacer de acometer la creación de infraestructuras urbanas, los proyectos de reforma interior y la política de habilitación de suelo para viviendas de carácter social, objetivos todos éstos que al carecer, por lo general, de una rentabilidad adecuada al afán crematístico de los particulares no ha revelado espíritus filantrópicos al respecto.

Después de un corto recorrido a través de las legislaciones francesa e italiana, aborda el tema de la naturaleza y alcance, en nuestro Derecho, de la expropiación urbanística, precisando, en primer lugar, las normas por las que se rige la materia. En este punto—advierte el autor—, el artículo 102 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa ha autorizado, en la interpretación más corriente, un sistema especial, el de las expropiaciones por razón de urbanismo, que quiebra la pretensión de la Ley de Expropiación de dar definitivamente un tratamiento unitario a la expropiación, cualquiera que fuese su motivación o finalidad.

En nuestro actual Código urbanístico, la expropiación—expone ENRÍQUEZ DE SALAMANCA—tiene tres significaciones básicas:

- a) Como sistema de actuación para la ejecución de los planes parciales.
- b) En cuanto tiene carácter subsidiario, para el caso de que los particulares no actúen cuando el sistema de actuación fijado sea alguno de los que respeten la propiedad privada (compensación y cooperación).
- c) Como instrumento de sanción.

Refiriéndose a las peculiaridades del procedimiento expropiatorio por razón del urbanismo, señala cómo en el momento de la aprobación de los planes generales de ordenación, proyectos de urbanización y delimitación de polígonos de expropiación se produce la declaración de utilidad pública y el acuerdo de necesidad de ocupación de los terrenos. Los criterios de valoración son exclusivamente los contenidos en la Ley del Suelo o si no los contenidos en los Índices Municipales de Valoración del Suelo o en los cuadros de precios máximos y mínimos. En la fijación de justiprecios, el procedimiento es, doble: el contradictorio, con intervención del Jurado Provincial de Expropiación, y el denominado de tasación conjunta. En lo que atañe al pago, éste puede verificarse en efectivo, por permuta con

otras parcelas del beneficiario en la expropiación, y mediante la llamada indemnización *ad valorem* o pago con asignación de cuotas indivisas de valor.

Ofrece indudable interés el tratamiento a que el autor somete el segundo de los documentos, que lleva inherente la legitimación expropiatoria: los polígonos de expropiación, y esto por cuanto pone de manifiesto cómo la Ley del Suelo regula la delimitación de aquéllos, posibilitando la actuación sobre los mismos sin el requisito de la previa existencia del Plan General correspondiente. La novedad no radica sólo en este punto, pues la Ley de 21 de julio de 1962, implantando lo que algún autor ha llamado «sistema evasional», ha hecho factible, sin Plan de Ordenación previo alguno, delimitar un polígono expropiatorio para la ejecución del Plan Nacional de la Vivienda y de los de Urbanismo. Con razón dice el autor de la obra que esta anomalía, que no impide, sin embargo, la imposición de los criterios de tasación urbanística a tales polígonos, produce una auténtica extorsión de los principios ordenadores de la Ley del Suelo, situando en débil posición las garantías del administrado.

Nos gusta especialmente la solución que da al problema planteado por el artículo 3.º de esta Ley de 1962, que al hablar de «proyectos de servicios urbanos de inmediata ejecución» hace dudar de si la intención del legislador, cuyo atrevimiento no ha llegado al punto de plantear la cuestión abiertamente, fue la de posibilitar la expropiación por razón de urbanismo, con toda su instrumentación legal y económica, a los proyectos de urbanización municipales no amparados en un previo Plan parcial. Su juicio es claro: Hay que interpretar restrictivamente dicho artículo 3.º, y entender que tales proyectos son los del artículo 11 de la Ley del Suelo, sin validez ni legitimación expropiatoria, por tanto, si no están ejecutando un Plan parcial preexistente.

Al referirse ENRÍQUEZ DE SALAMANCA a las obras municipales en relación con la legitimación expropiatoria inherente a los Planes de Ordenación, sienta la afirmación, basada en el artículo 143 de la Ley de Régimen Local, de que es inviable diferenciar las de urbanización de las ordinarias, según precisen o no de la expropiación, pues el citado precepto atribuye legitimación expropiatoria a los «planes y proyectos de toda clase de obras y servicios municipales, fórmula bien criticable y suficientemente amplia, que permite incluir en su esfera las obras municipales ordinarias.

Otro de los puntos más importantes de la obra que comentamos es el de la potestad expropiatoria en relación con el principio de subsidiariedad, que debe imbuir la actuación pública. Puede abordarse su examen desde dos perspectivas: la de la iniciativa de los particulares y la de los órganos urbanísticos locales.

En relación con los primeros, el espíritu de la Ley del Suelo es bien claro y, además, explícito (art. 4, 2.º, de la Ley del Suelo). La iniciativa privada ha de ser debidamente estimulada y dirigida, siendo sustituida cuando falte por la actividad del Estado. Pues bien, la virtualidad de este principio aparece puesta en tela de juicio por el apartado 2.º del artículo 113 de la Ley del Suelo, entre otros preceptos. El autor reconoce la dificultad de fijar los límites y casos de la intervención de la Administración y preconiza un control jurisdiccional de los elementos causal y final de los actos administrativos, que ponga coto al desmesurado crecimiento de la discrecionalidad de la Administración.

En segundo lugar, la posición subsidiaria de los órganos urbanísticos centrales frente a los locales, que se deriva de una forma evidente de los artículos 5, apartado 4.º, y 202 de la Ley del Suelo, no parece haber sido bien comprendida por aquéllos, como se demuestra en muchas de las actuaciones de la antigua Gerencia de Urbanización (1).

(1) Hoy Instituto Nacional de Urbanización por Decreto/Ley 4/1972, de 30 de junio.

En efecto, la Ley del Suelo no creó un sistema de competencias compartidas, cuyo ejercicio se resolviera bajo el signo de la prioridad temporal o de la duplicidad de actuaciones. Tan sólo en materias concretas que afectaban a la tutela urbanística, la Ley del Suelo admitía, en su artículo 197, y respecto a los órganos centrales, un régimen de competencias indistintas.

A la vista de estas consideraciones resulta de difícil comprensión el Decreto 2.096/1959, de 26 de noviembre, sobre liberación de expropiaciones, dado que, como acertadamente escribe el autor, el papel de la Administración en la gestión de la obra urbanizadora (gestión directa, con o sin órgano especial, o gestión indirecta a través de una fórmula que ENRÍQUEZ, en contra del parecer de GONZÁLEZ PÉREZ, reputa como verdaderamente concesional) no es el estimar si le conviene o no una oferta voluntaria de colaboración del particular. En efecto, la expropiación excluye la iniciativa privada en cuanto que o no la tiene en cuenta por existir razones extraordinarias que aconsejen prescindir de ella o surge precisamente para suplir la ausencia de la misma.

A mi juicio, sin embargo, el mayor peso de la obra radica en las consideraciones que dedica el autor al tema de las valoraciones del suelo. Rechaza la aplicación indiscriminada y sin ningún correctivo de los criterios de valoración de la Ley del Suelo a cualquier tipo de expropiación por razón de urbanismo, ya que el sentido minusvalorador que comporta la utilización de tales criterios, que desconocen la existencia de otras plusvalías que no sean las que producen la obra urbanizadora, puede tener significado en la expropiación subsidiaria, supuesta la desobediencia del particular a los requerimientos de la Administración, y en la expropiación sancionadora, pero resulta absolutamente injusta en los supuestos de expropiación extraordinaria, en que la citada Administración ignora y pospone la iniciativa particular por considerar más necesaria la intervención pública de modo directo e inmediato.

Finalmente, señala como imprescindible llegar a una unificación entre Catastro, Registros fiscales, índices municipales de valoración y justiprecios expropiatorios, sobre la base de aplicar con criterios uniformes los principios valorativos establecidos por la Ley del Suelo con carácter imperativo general, con las debidas garantías de información pública y posibilidad de impugnación, postulando una política de intervención pública en el mercado del suelo, vertebrada en torno a unas líneas maestras que excluyen el papel preferente de la expropiación a cambio de una mayor flexibilidad en los planes, sobre todo en las zonas de previsible crecimiento urbano, y de la adquisición anticipada de suelo por parte de los entes urbanísticos, con el fin de facilitar el planeamiento futuro y captar los aumentos de precio del suelo ocasionados por la expansión urbana.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

VERGEZ, MERCEDES: *El Derecho de las cooperativas y su reforma*. Editorial Revista de Occidente. Monografías CIVITAS.

El libro parte de la necesidad de una nueva consideración del fenómeno cooperativo, tradicionalmente manipulado por sus derivaciones políticas y despedido del Derecho mercantil por negarse a la sociedad cooperativa el carácter de sociedad mercantil.

Pero en la actualidad, las tendencias socializadoras y la política jurídica, encaminadas al interés de los consumidores, hacen de la cooperación un elemento potencialmente muy útil en el equilibrio económico de los diversos sectores de la sociedad. Naturalmente que la amplia gama de actividades sobre las que puede incidir la cooperación prejuzga del pluralismo jurídico de la misma, trasunto del cual es el artículo 3.º de la Ley de Cooperativas de 1942, que consagra una plena autonomía interna para estas sociedades en los Estatutos, si bien las sujeta externamente a la disciplina de la Organización Sindical del Movimiento y a la superior del Estado.

El pluralismo socioeconómico de las cooperativas (su variada multitud de objetos) puede hacer dudar de la conveniencia de una legislación unitaria, pero la autora se muestra partidaria de la misma siempre que en ella se establezcan cauces adecuados que atiendan lo específico de cada actividad.

En el segundo capítulo de la obra, dedicado al régimen jurídico de la cooperativa en el Derecho español, MERCEDES VERGEZ afirma que «la Ley de Sociedades Cooperativas de 1942, fruto de la imposición de un principio de jerarquía y de la influencia clara del de caudillaje sobre el de representación, como expresión democrática del movimiento cooperativo, representa una opción llena de fuertes implicaciones políticas, que constituyen el aspecto decisivo de su consideración crítica».

La ansiedad por contener las sociedades cooperativas en los moldes políticos del momento supuso el olvido por el legislador de los controles internos que convenía establecer en las mismas. De este modo, las normas relativas a la constitución del capital y del patrimonio social, el régimen de las aportaciones, la contabilidad o la responsabilidad de la Junta Rectora evidencian la preterición del significado económico de las cooperativas.

Censura también la autora la deficiente plasmación del «principio de puerta abierta», según el cual pueden ingresar en las cooperativas, con posterioridad a su constitución, otros miembros diferentes a los que inicialmente la constituyeron, lo que supone la configuración de un tipo de sociedad de capital variable. Esta crítica no se dirige al principio, sino a la inseguridad que se desprende de las normas técnicas que debían de ampararlo, las cuales se abstienen de regular un sistema de garantías en la admisión de nuevos socios por la Junta Rectora, dando una base movediza y arbitraria a las resoluciones sobre las solicitudes de ingreso.

El nuevo Reglamento de 13 de agosto de 1971 ha venido a paliar alguna de las deficiencias señaladas, pero su implantación es medida insuficiente para la reforma del sistema, que demanda una modificación de la misma Ley, amén de las dificultades de compatibilidad entre una Ley y un Reglamento complementario, dictados cada uno con un espíritu tan distinto como el propio tiempo en que fueron promulgados.

La constitución de la cooperativa sigue regida por los antiguos criterios, omitiéndose las garantías formales y de publicidad necesarias para un correcto funcionamiento: la posibilidad de su inscripción en el Registro Mercantil no constituye garantía suficiente (art. 34 del Reglamento del Registro Mercantil); la igualdad de derechos entre los socios (principio democrático) se ve alterada al viabilizar desequilibrios de poderes en supuestos de sociedades de mayor importancia social y económica (artículos 4, e), y 35, 4.º, del Reglamento de Cooperativas); aunque se ha tenido el acierto de regular un sistema de aportación voluntaria, beneficioso como instrumento de financiación de cooperativas, falta una vía técnica que garantice la integridad del patrimonio social, presupuesto decisivo, en un caso como el que nos ocupa, para limitar la responsabilidad; en el mismo sentido cabe situar la genérica expresión del artículo 4, c), del Reglamento, que impide, sin medidas concretas y a través de una

fórmula abstracta, las variaciones de capital que perjudiquen los derechos de los acreedores. Tampoco son satisfactorios para la autora, por la escasez de garantías que conllevan, el sistema de contabilidad y la libertad concedida a la Junta para la constitución del fondo de reserva y obras sociales.

El nuevo Reglamento regula aceptablemente los problemas organizativos, por lo que se refiere a la Junta General, cuya convocatoria y asistencia están impregnadas del principio democrático; pero la normativa referente a la Junta Rectora adolece de graves defectos, no sólo por referirse a la responsabilidad de la Junta y no de los miembros que la componen, sino también por eludir la legitimación de los sujetos capaces de exigirla. Al mencionar los actos por los que se pedirá responsabilidad, no se alude a los meros actos de mala administración que, dolosos o culposos, no infrinjan los Estatutos, ni los acuerdos sociales, ni las normas legales respectivas. El nombramiento de los miembros de la Junta se ha pensado sobre la base de una autonomía bastante amplia, aunque se omite el régimen de retribución y revocabilidad de los mismos; pero tal vez el primer problema que plantea la estructura de los órganos gestores de la cooperativa es la ausencia de tecnificación, sin la cual es difícil llegar a un fortalecimiento de la función ejecutiva, que no es incompatible con la existencia del principio democrático.

El Consejo de Vigilancia tiene unas facultades generales de fiscalización y control que no han recibido un desenvolvimiento adecuado, pues si, por una parte, la obligación de informar en las Juntas no se realiza con el rigor escriturario conveniente, por otra, tampoco sirve de órgano de intermedición entre los demás de la cooperativa, quedando desvinculada su tabla de la propia estructura interna de la sociedad.

En cuanto a los controles externos de la sociedad cooperativa, suprimidos algunos de los más irritantes en el nuevo Reglamento, no se ha producido por ello una garantía de independencia y autodeterminación operativa, permaneciendo todavía confinada en las fronteras de su casilla en la Organización Sindical. En definitiva, «el problema del control externo de la sociedad cooperativa debe responder a aquellas orientaciones que, en la línea establecida en su momento por el Comité Internacional, rechazan tanto la intervención de tipo político y oficial excesiva, como la protección también excesiva de subsidios y concesiones que sofoquen en esta sociedad todo esfuerzo autónomo y responsable».

En el capítulo tercero, «Presupuestos para una reforma legal», se parte de la importante idea de que la sociedad cooperativa es «una forma especial de organizar la titularidad de la empresa...», que en su estructura jurídica ha tratado de ser siempre una institución contraria a las utilidades netamente capitalistas, y en ese sentido no parece aventurado considerarla como una de las fórmulas jurídicas más aptas para servir de contrapeso a los abusos de la empresa capitalista».

Los fines que la cooperativa debe cumplir como instrumento de socialización necesitan de unos principios inspiradores, que les sirvan de base apropiada en su desarrollo, a través de una interpretación flexible y preventiva de los efectos nocivos que la aplicación rigurosa de los mismos ha provocado en la economía de las cooperativas. Desde este prisma se aceptan ciertas matizaciones dulcificadoras de su severidad al principio de no remuneración del capital, al de limitación de la sociedad a contratar con los propios socios, al de irrepartibilidad de los fondos de obras sociales y «la devolución desinteresada», aunque deben de permanecer intactos el de «puerta abierta» y el de igualdad de voto.

La autora considera la cooperativa como una sociedad mercantil. El punto segundo del artículo 1 del Reglamento de 1971 advierte que «el lucro, a que se refiere el artículo 1 (de la Ley), es el que supone un beneficio

exclusivo para la intermediación», con lo cual queda excluido el lucro que deriva de la especulación, pero «no el ánimo de lucro en general ni el concreto de obtener una ganancia, y se abre camino a su calificación como sociedad mercantil». Al lado de esta argumentación dogmática alude a modernos razonamientos (GIRÓN, URÍA) basados en un concepto amplio del ánimo de lucro comprensivo de cualquier ventaja económica que pueda derivarse para los socios, así como a la consustancial idea de la cooperativa de obtener beneficios y repartirlos entre los socios, una vez que estén cubiertas las reservas establecidas. Insiste también en una idea importante: si la actividad de la cooperativa se desarrolla en el mercado de bienes y servicios está haciéndose acreedora al Estatuto del comerciante, calificación sumamente útil por suponer un mayor fortalecimiento de la cooperativa y someterla a controles de técnica jurídica más acordes con la naturaleza de su actividad. Esta calificación debe extenderse a todas las cooperativas no sólo de producción, sino también de consumo, y a las agrícolas. Por otra parte, su consideración como sociedad mercantil no supone asimilación a las restantes sociedades mercantiles. Por ser anticapitalista se opone tanto a las sociedades de personas (colectiva y comanditaria), como a las propias de capital. Sus principios, democráticos y anticapitalistas, configuran sus peculiaridades frente a los demás tipos existentes, sin que exista tampoco una diferencia de ser tan aguda como para justificar su desplazamiento del campo del Derecho mercantil.

Con este libro se abre una nueva colección de monografías jurídicas, dirigida por DÍEZ PICAZO, GARCÍA AÑOVEROS, GARCÍA DE ENTERRÍA y AURELIO MENÉNDEZ, que ya está dando a la luz importantes trabajos, entre los que se puede incluir el que nos ocupa.

El libro, y también el comentario, han sido escritos antes de publicarse la nueva Ley (21 de diciembre de 1974), por lo que queda al margen la cuestión de saber hasta qué punto el legislador ha recogido o no los criterios del estudio que nos ocupa.

FERNANDO MALO