

II. NOTAS CRITICAS

1.—«El dogma de la reversión de concesiones» (1)

Un estudio de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

Los múltiples inconvenientes del actual auge del intervencionismo estatal, entre los que no son los menores la hipertrofia legislativa en manos de tecnócratas y arbitristas, la bucratización cada día mayor y el arbitristo de los funcionarios, puede tener si no un remedio total, sí un sedante, un amortiguador en el cultivo del Derecho administrativo por verdaderos juristas, que, de una parte, se hagan totalmente cargo de la realidad y de las necesidades actuales, económicas y sociales, y de otra parte, no hayan perdido el sentido de la justicia, base del Derecho, ni acepten el papel de meros corifeos de la Administración.

Al nombrar el Derecho Administrativo nos referimos, naturalmente, a algo más que a la colección, más o menos ordenada, de leyes, decretos y órdenes emanadas de la Administración. Hablamos de la ingente labor de aquellos juristas que han querido ordenar lo que sin su esfuerzo sería un caos y dotarlo con enfoque científico de una orientación jurídica.

Las disposiciones administrativas sin duda alcanzan la antigüedad de las primeras formas políticas. Hace 5000 años Urukagina se vanagloriaba de haber suprimido en Ningirsu (Mesopotamia) inspectores de granos, inspectores de buques, de pesquerías, de rebaño y cultivos... En cambio, el Derecho administrativo propiamente no nace hasta fines del pasado siglo, cuando se intenta la aplicación del método dogmático, entoces en boga en Derecho privado, para construirlo científicamente con el material acumulado por leyes y reglamentos.

En Francia marca un hito trascendental la publicación en 1886 de la primera edición de la obra de Eduard Laferrière *Traité de la Jurisdicción administrative et des recours contentieux*. Después los nombres de Hauriou, Duguit y Jéze han significado las cimas más importantes de esta construcción.

En Alemania, es Otto Mayer, que en 1896 publica su *Deutsches Verwaltungsrecht*, quien en una síntesis extraordinaria recoge toda la tradición cameralística de la burocracia prusiana, de una parte, y, de otra, la técnica pandectística. Pero antes, ya Laband hizo aplicación al Estado del concepto de persona jurídica y Jellinek había aportado al Derecho público el concepto de relación jurídica.

En Italia, Vittorio Emanuele Orlando, aproximadamente por los mismos años, inició esta orientación científica, que en Santi Romano tiene su máximo exponente, desde sus *Principi di diritto amministrativo italiano* (1901), hasta su *L'Ordinamento giuridico* (1918), que invadió la Teoría General del Derecho con nuevas concepciones.

Se construye el Derecho administrativo con la técnica del Derecho civil pero como exorbitante del Derecho común. Su base no puede ser la de enfocarse de frente las relaciones entre el Estado y los particulares, ya que ésto

(1) Publicado en «Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín. (Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1962.)

equivaldría a la negación de su carácter de derecho porque en su elaboración el Estado sería a la vez legislador y parte. El plano desde donde debe extenderse la visual es más elevado. La Administración no se sitúa como parte, sino como el instrumento para la realización de la justicia distributiva. No hay que olvidar que el Derecho administrativo contempla la justicia distributiva preferentemente a la justicia conmutativa. Y es esa función instrumental de la Administración la que el Derecho administrativo ha de reglar y acotar, cortando la arbitrariedad de los funcionarios encargados de ejecutarla, sin mengua de su eficiencia, manteniendo como garantía de justicia la debida separación de la función ejecutiva, realizadora, propiamente administrativa respecto de las funciones legislativas judicial y autenticadora dentro del mismo campo del Derecho administrativo.

* * *

En España una nueva generación de estudiosos del Derecho, percatados de la extraordinaria importancia actual del cultivo del Derecho administrativo, están luchando por la revisión científica de sus conceptos e instituciones fundamentales. La Revista de Administración Pública recoge gran parte de los espléndidos frutos de esta labor, y sólo es de desear y esperar, que ese entusiasmo se concrete en conseguir la decantación y purificación de toda la labor administrativa, ahondando con la máxima intensidad en sus problemas, pero sin pretender, con una inversión de perspectiva, acentuar ni acelerar el continuo ensanchamiento de la actividad administrativa, cuyo desarrollo debe depender de razones metajurídicas. Lo único que al Derecho corresponde es el encauzamiento y la disciplina de esa actividad.

Eduardo García de Enterría y Carande, es uno de los jóvenes juristas que más han destacado en tal laudable esfuerzo. Pero, tiene además, ciertamente, el relevante mérito de haber ensayado, en el trabajo objeto de nuestra reseña, la aplicación del método histórico al estudio del Derecho administrativo. He aquí la confesión del autor: «El fundente que la conciencia histórica de nuestro tiempo ha aplicado con éxito a tantas ricas construcciones debe ser ensayado con urgencia sobre el Derecho Administrativo clásico, cuya relativización, por lo demás, prueba cada día la crisis de estructura (ya no de mera coyuntura) que estamos viviendo. Personalmente pienso que es acaso en esta tarea donde el futuro encierra las más substanciosas posibilidades de nuestra Ciencia, que es, como todas las Ciencias del Derecho, pero más que ninguna, una Ciencia pragmática y no dogmáticas.

Tiene razón Enterría al enfocar esta investigación con una visión dinámica de la Historia. Tal como es ésta, que jamás se para, que siempre sigue. Es algo más y muy distinto que una fotografía anticuada, tiene contrariamente la movilidad de un film. Por eso no hay que acudir a la Historia para resucitar lo que pasó y ya no es, sino para descubrir las raíces y las direcciones históricas aún vivas. Para captar la razón de los cambios de rumbo y orientación, saber si hoy deben corregirse o bien continuar, y en fin para hallar el por qué de ciertas concepciones a las que el presente no ofrece justificación y comprobar si su finalidad quedó ya cumplida, no siendo ya sino reliquias de un pasado, enquistadas en el sistema actual del que deben ser separadas como piezas desgastadas e inútiles.

Esta última labor, de derrocar un *mito jurídico*, el viejo dogma de la revisión de concesiones, es la que ha realizado con pleno éxito Eduardo García de Enterría en el trabajo a que nos referimos.

He aquí su tesis:

La reversión de las concesiones administrativas a los cien años, tuvo una finalidad preventiva, fué una precaución contra la llamada prescripción inmemorial, que fué pieza fundamental en el Derecho común. A las tres generaciones (*tria genscula*), según la racionalización escolástica, se ha perdido el testimonio directo de la memoria humana, fijándose en 33 años el promedio de una generación. Contra la posesión inmemorial o de cien años, que con presunción indestructible legitimaba la titularidad definitiva de cualquier particular sobre materia pública, ordinariamente atributo de la soberanía —regalías, franquicias, señoríos, cosas públicas, vinculaciones—, se estableció la cláusula de reversión, precisamente para ser efectiva a los noventa y nueve años, e impedir, así, que las cesiones reales—*privilegia principis*—pudieran llegar a consumir una pérdida definitiva del patrimonio jurídico del soberano, una enajenación perpetua de la soberanía. Pero, además, el uso de esa cláusula, vino impuesto por un principio fundamental que, como tal, debía sobreponerse incluso al interés y a la propia potestad del Rey: el principio de la inalienabilidad de los derechos mayestáticos.

Así pues—dice Enterría—, con la cláusula de reversión, el Rey trató de evitar la pérdida definitiva de los derechos propios que hubiese cedido, y, a la vez, coonestar la posibilidad de estas cesiones con la regla de la inalienabilidad, impuesta al mismo como ley fundamental del Reino. Su mecanismo consistió en una restitución predeterminada y automática con eficacia *ex nunc*, frente a la *ex tunc* propia de la restitución, que evitaba la violencia de una declaración revocatoria.

Pero hoy día en la moderna concesión administrativa, la cesión de funciones públicas, ya no implica una franquicia definitiva respecto del poder concedente, sino una mera cesión de la gestión sin pérdida por la Administración de la titularidad última. Además, la institución de la posesión inmemorial desaparece en su aplicación a los Derechos soberanos, estos ya no son regalías, potestades concretas y determinadas, sino contenido instrumental de una posición general y abstracta de superioridad, en que la soberanía consiste a partir de la forma política en desarrollo progresivo del Estado moderno.

En el Derecho moderno nadie puede ostentar una prerrogativa de función pública a título personal, ni por tanto conseguirla por tiempo de prescripción alguno.

Por tanto, la reversión no cumple ya los fines políticos que antaño llenara y en cambio está jugando un papel decisivo en la crisis actual de la concesión administrativa. Si un mismo remedio puede sanar o matar al mismo individuo, según el momento y la oportunidad, hoy la reversión separada de los principios que la justifican y explicaban, autónomamente ha jugado irracionalmente.

Las grandes concesiones de ferrocarriles, de gran eficacia para la instauración del servicio, entraron verticalmente en crisis cuando su fase final, es decir la reversión, se acercaba. Ante la imposibilidad de la amortización industrial, las necesidades diarias impusieron un proceso de decapitalización, en el cual

padecían no sólo el servicio público sino la propia economía nacional, a la que se restaban paulatinamente capitales ingentes invertidos para necesidades diarias del gasto. El mito de la reversión sacrificaba así, de una manera impresionante e imperturbable, acorde con su naturaleza mítica, toda suerte de intereses reales. La crisis de la concesión quedó sancionada a través de una experiencia presente aún en la generalidad de países.

Sin embargo despojada la concesión de sus ingredientes míticos—totalmente inactuales y, por tanto, perturbadores—y reconstruyéndola pieza por pieza con arreglo a los principios y a las necesidades nuevas, el esquema clásico de la concesión administrativa puede ser salvado. En unos casos, la concesión deberá afirmarse indefinida, en otros, limitadamente temporal, pero sin una reversión del establecimiento; en otros finalmente deberá construirse esta reversión en conexión con el concepto y las necesidades de la amortización industrial.

* * *

Este es el resultado que logra García de Enterría gracias a una estudiada perspectiva histórica. Pero, más que ese resultado espléndido y sin duda fructífero, interesa la magnífica lección que nos ofrece de cómo debe realizarse la valoración histórica de la realidad jurídica con método realista, es decir no encerrado cronológicamente en una visión estrecha, que limitada al hoy sería miope, sin perspectiva, sin percepción dinámica, sino al contrario precisamente con amplia visión de su panorama intertemporal, con percepción del suceder y de las causas que lo han motivado. Precisamente por eso, por remontarse a las más hondas raíces de la institución estudiada, el diagnóstico de Enterría ha sido tan certero, tan exacto, tan eficaz.

La investigación de Enterría aparece sólidamente cristalizada en el trabajo que comentamos. Los peldaños están firmemente apoyados y ordenados hacia la conclusión lograda. Están formados por el estudio sagaz, certeramente enfocado a su momento histórico en textos y leyes: de la prescripción inmemorial; de la cláusula de reversión vista como reserva frente a ella; de la *lex fundamentalis* de la inalienabilidad de los derechos mayestáticos, como fundamento de la reversión, y de la misma cláusula de reversión examinada como garantía de la inalienabilidad, con sus aplicaciones en Derecho real y en Derecho internacional.

* * *

Para los privatistas es especialmente interesante el estudio que hace Enterría de la posesión inmemorial (*vetustas*).

No hay inicialmente en ella—explica—sombra de mecanismo prescriptorio, sino singularmente, una extensión particular de la virtud legitimadora de la posesión como presunción *iuris tantum* de título, que si en general debe ceder cuando existe una vigencia positiva de título formal y directo, en cambio, alcanza la posibilidad extraordinaria de suplir a éste si la posesión llega a ser inmemorial. Es del Derecho común—como hemos visto—la tasación en cien años del límite donde se inicia la inmemorialidad. Sólo el título contradictorio de antigüedad menor a los cien años puede oponerse a la posesión centenaria.

De ese modo, sutilmente, sin perder su carácter de prueba, *iuris tantum*, la posesión inmemorial de hecho se transforma en una verdadera prescripción que suple al título. Gregorio López y Antonio Gómez dan testimonio de que esa

possessio per tempore immateriale habet vim legitime tituli concessionis por que *tunc ex tali tempore immemorialis probaretur titulus*. Aunque presenta ciertos matices diferenciales respecto de la verdadera prescripción en cuanto sus requisitos y a la circunstancia paradógica de que su campo de aplicación es precisamente el de los derechos imprescriptibles, así como el de las *res extra commercium*, que no podían ser objeto de las prescripciones ordinarias, ni extraordinarias—*omnia, exceptio libero homini, usucapientur centum annis*, dice Gregorio López, respaldado con citas de la Glosa y de los autores—.

Así por la prescripción centenaria podían adquirirse las cosas eclesiásticas, los señoríos, regalías, cosas públicas, los mayorazgos—ley 41 de Toro—, se daban por extinguidos los privilegios de franquicia y exenciones, y por modificados—incluso en cuanto la alteración del orden o las líneas de sucesión—o extinguidos los mayorazgos, como certifica el testimonio de Antonio Gómez, del Doctor Luis de Molina y de Gregorio López.

* * *

En suma, en unas pocas páginas, Enterría nos ha ofrecido una lección de método histórico-crítico aplicado al Derecho, ha resuelto certeramente una trascendental cuestión de Derecho administrativo, de palpitante interés económico social, nos ha brindado el estudio de una interesante cuestión de Derecho común y nos ha expuesto la doctrina de nuestros clásicos y la de los más modernos tratadistas de Derecho administrativo. Todo en forma diáfana de grata lectura, con prosa clara, sugestiva y bella.

Juan VALLET

2.—En torno al «Trattato del nuovo diritto commerciale: Società a responsabilità limitata»

1. Al escribir la recensión del vol. II, de su monumental Tratado, hacíamos nosotros fervientes votos porque el prof. Mossa pudiese dar cima a la gran labor comenzada en 1942, y he aquí, ahora, que tenemos la satisfacción, como discípulos y amigos, de recibir este nuevo volumen, dedicado a las sociedades de responsabilidad limitada; el cual, según dice el autor en la *prefazione*, constituye dentro de sus planes el puente de unión entre el dedicado a las sociedades personales y aquel otro en que se estudiarán las anónimas. Este suponemos que habrá pasado, desde ahora, a su telar infatigable de investigador y publicista. Dios ha de querer, sin duda, que el Profesor Lorenzo Mossa acabe pronto la publicación de su Tratado. Este quedará en la historia del Derecho mercantil como ejemplo de una de las obras científicas más amplias que haya intentado un solo hombre; ¿será este Tratado de Mossa, por cierto, uno de los últimos de tipo «unipersonal» que conozca la ciencia del Derecho privado como

(*) LORENZO MOSSA: *Trattato del nuovo diritto commerciale*. Vol. III. «Società a responsabilità limitata». Padova. 1963. Ed. Cedam. (479 págs.)