

Los llamados contratos forzosos

LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON

Ayudante de Derecho Civil

SUMARIO: I. Introducción.—II. Crisis de la autonomía: contrato dictado y contrato forzoso.—III. La observación del fenómeno.—IV. El problema y sus posibles soluciones: a) Rectificación de conceptos.—b) Creación de nuevas figuras.—V. Distinción entre acto de constitución y relación constituida.—VI. Modalidades del acto de constitución.—VII. Constitución voluntaria: el negocio jurídico.—VIII. Constitución forzosa: concepto.—IX. Clasificación de la constitución forzosa: a) Constitución unilateral y bilateralmente forzosa.—b) Constitución directa e indirecta.—c) Constitución legal, administrativa y judicial.—X. Características generales de la constitución forzosa: a) La imposición como acto jurídico.—b) La imposición como acto vinculante.—c) La imposición como acto estatal.—d) La imposición como acto heterónomo.—e) La imposición como acto involuntario.—f) La excepcionalidad de la imposición.—g) El interés público y el interés privado en la imposición.

I.—INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que con mayor intensidad y hondura preocupa a la ciencia jurídica contemporánea es el de la intervención del Estado en el derecho patrimonial. Esta intervención del Estado, provocada por una serie de causas, tan conocidas que parece inoportuna su repetición, da lugar a una serie de fenómenos, de actos, de situaciones jurídicas de sorprendente novedad. Basta pensar, para comprobarlo, en alguna de ellas: empresas públicas, empresas de economía mixta (1), contratos autorizados, contratos reglamentados o dictados, contratos forzosos (2), régimen de tasas, de cupos, etc. Estas figuras jurídicas

(1) El tema de las empresas estatales y la forma en que trastorna la dogmática tradicional del Derecho Mercantil ha sido agudamente analizado por GARRIGUES: *La crisis actual del Derecho Mercantil*, Patronato de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1954. Sobre el tema de la empresa pública puede verse también GIRÓN TENA, *Las empresas públicas*, en «Estudios de Derecho Mercantil», pág. 319, Madrid, 1955.

(2) Sobre el tema general de los contratos forzosos, etc., aparte de la bibliografía que adelante se cite, véanse, sobre todo, JOSSERAND: *Le contrat dirigé*, Dalloz Hebdomadaire, 1933, Chron., pág. 91; *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: le contrat forcé et le contrat legal*, Digeste, 1940, Chron., pág. 1; *Considerazioni sul contratto regolato*, Archivio giuridico, julio, 1934; MOLITOR: *Zur Theorie des Vertragszwang*, Ihering Jahrbücher, tomo 73, 1924; MOREL: *Le contrat imposé*, en *Le droit privé française au*

nuevas resultan extravagantes en el marco del Derecho clásico, entendiéndose por tal el de los Códigos civiles; y lo resultan, porque no caben, porque no encajan, porque desbordan los moldes conceptuales que la ciencia jurídica, clásica también, había elaborado. Los moldes clásicos son inservibles para recoger esta realidad. Esta inservibilidad produce una honda confusión en la propia ciencia del Derecho y en seguida se oyen voces que pregonan su decadencia. En una obra reciente, Ripert ha denunciado esta decadencia (3). «Por declinar del Derecho—dice—no deben entenderse las manifestaciones de violencia y de fraude que alteran el orden establecido, cuya repetición e impunidad no significa otra cosa que la insuficiencia del poder político para mantener el orden» (4). El verdadero declinar del Derecho se produce cuando las leyes dejan de ser dictadas por la justicia. Hay una serie de principios jurídicos íntimamente ligados a nuestra civilización. El Derecho declina porque las leyes contemporáneas desconocen y niegan estos principios fundamentales (5). La conclusión parece excesiva. Existen efectivamente principios cuya vulneración produce, más que una simple decadencia, la desaparición del derecho y de la justicia y su sustitución por la fuerza y la injusticia. Son los llamados principios de derecho natural, consustanciales con el orden jurídico, porque «el derecho natural es la base del derecho positivo, y ha de informar todo el ordenamiento jurídico del Estado, por ser el reflejo de la ley eterna y corresponder a la verdadera naturaleza del hombre» (6). Junto a estos principios existen otros que tienen solamente carácter político y son la «expresión de la voluntad rectora del Estado», el modo de entender la organización de la comunidad, porque no hay inconveniente en admitir que todo derecho positivo intenta organizar la vida social conforme a la idea que se estime más adecuada (7). En este último sentido es cierto que las leyes contemporáneas desconocen los principios jurídicos del sistema liberal, obedientes a nuevas necesidades o a nuevas ideas de vida. La mutación de estos principios, por otra parte no tan aguda como se quiere hacer creer, produce indudablemente cambios en la estructura y en el orden jurídico, da paso a nuevos intentos, a nuevas fórmulas. Por ello sería más exacto hablar de la «decadencia de un derecho» o de un modo concreto de entender el derecho. Pero ni aún en este restringido sentido es exacta esa tesis, porque la mutación de los principios no se ha producido, ni han sido sustituidos por otros. Quizá haya cambiado la manera de entenderlos o se hayan pro-

milieu du XX^e siècle, pág. 116 y siguientes. Etudes offertes a Georges Ripert; NIPPERDEY: *Kontrahierungszwang und diktierte Vertrag*, Iena, 1920; SAVATIER: *Le metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, 1952.

(3) RIPERT: *Le déclin du droit*, Paris, 1948, pág. V.

(4) RIPERT, obra citada, pág. VI.

(5) *Ibidem*, pág. VI.

(6) CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, tomo I, pág. 421.

(7) CASTRO, obra citada, pág. 42.

ducido figuras excepcionales, que, por el mismo hecho de serlo, suponen la regla general, el principio. Todas estas realidades nuevas no son producto de un derecho en declive, casi antijurídicas, como se quiere hacer creer, sino perfectamente jurídicas, aunque a primera vista extrañas, por lo cual la primera tarea que se impone es explicarlas jurídicamente.

Otra línea de pensamiento, mucho más extendida en la literatura jurídica, sin llegar a la angustiosa conclusión que el derecho dedina, ha afirmado, quizá con excesiva seguridad, la crisis de determinados conceptos o instituciones jurídicas. Es producto del mismo hecho: de aquella inservibilidad de los conceptos antiguos para las realidades nuevas—el contrato, en particular—. Los conceptos tradicionales se hallan en crisis y es urgente su reelaboración, se dice (8). Ocurre, sin embargo, que esta reelaboración, que tan urgente se estima, no llega a realizarse nunca. Importa, pues, ponerse con decisión frente al problema y extraer de él, por lo menos, un esquema de solución.

Estas líneas no pretenden plantearse toda la honda problemática que la repercusión de la inmisión estatal en el mundo del Derecho patrimonial provoca. Nacen con una finalidad limitada. Se ciñen al estudio del llamado contrato forzoso (9). Incluso respecto a él tampoco intentan llevar a cabo un análisis exhaustivo, ni resolver sistemáticamente todas las cuestiones que hace surgir, sino sólo señalar un problema y apuntar una solución cuyas consecuencias requieren, sin duda, un estudio más detenido y más reflexivo también.

II.—CRISIS DE LA AUTONOMÍA: CONTRATO DICTADO Y CONTRATO FORZOSO

Se ha repetido hasta la saciedad y ha adquirido ya rango de tópico: que tradicionalmente las relaciones privadas de tipo pa-

(8) La palabra «crisis» jamás ha sido tantas veces empleada. Si nuestra época no es efectivamente tiempo de crisis, tiene la sensación o la aprensión de serlo. Véase, por ejemplo, BARRAYRE, *L'évolution et la crise contrat*, 1937; ROCAMORA, *La crisis del contrato*, «Revista Crítica del Derecho Inmobiliario», 1942, pág. 569; OSORIO MORALES, *Crisis de la dogmática del contrato*, «Anuario de Derecho Civil», Tomo V, Fasc. 4, 1952, pág. 1175 y siguientes.

(9) Bajo la expresión «contrato forzoso» se engloban aquí todos aquellos casos en que el «contrato» ha sido impuesto a los contratantes. Para designarlos se han utilizado las expresiones «contrato forzoso» y «contrato impuesto» (MOREL, obra cit.). La elección de la primera no obedece a otro motivo que el de procurar, por el momento, fijar la terminología. Se trata, desde luego, de expresiones distintas de las de «contrato regulado» (JOSSEBAUD, *Considerazioni*, etc., cit.), «contrato dictado» (NIPPERDEY, obra cit.), con las que se hace referencia, más que a la imposición del contrato, a la determinación imperativa de su contenido. Lo curioso es que todas expresiones dispares, nacidas de distintas observaciones—de ahí su disparidad—han pasado a los tratados generales de derecho civil (Cfr. CASTÁN, 7.ª edición, Tomo 3.º, Madrid, 1951, pág. 305 y siguientes, donde se habla de las «nuevas categorías contractuales»; PUIG PEÑA, Tomo VI, vol. II, Madrid, 1951, pág. 8 y siguientes), con lo cual se favorece la confusión reinante.

rimonial han estado sometidas a la iniciativa particular, por qué se pensaba, no sin fundamento, que es a ella a quien corresponde regular el interés privado; que esta autonomía en la regulación de intereses privados discurría por el cauce general del negocio jurídico (10), y el particular del contrato (11); que más tarde se cayó en la cuenta de que con este libre juego de los intereses privados se perjudicaba el interés público, y se pensó que el gran tutor de este último, el Estado, debía intervenir, ordenar y regular las relaciones privadas, por que de su recta ordenación dependía el bienestar general y el interés del propio Estado; que la intervención del Estado en las relaciones privadas provoca una honda crisis en el principio de autonomía, que está en trance de perecer, y en el concepto de contrato, que es preciso revisar (12). Todo ello ha sido repetido tantas veces que pertenece ya a la región del tópico jurídico.

Contemplando más atentamente el hecho, se observa que esta ingerencia del poder estatal sobre la autonomía privada se produce en un doble sentido, porque es doble también el sentido de la misma autonomía. Indica Savatier que lo que él llama «estallido del contrato»—*l'eclatement du contrat*—puede producirse bien en la *formación de la voluntad*, cuando se contrae un vínculo obligatorio sin que las partes lo hayan querido (13), bien en los *efectos del contrato*, cuando el contenido de este vínculo, cualquiera que sea la manera como haya sido contraído, está preceptivamente señalado en la ley (14), o bien en ambos puntos conjunta-

(10) Por negocio jurídico se entiende aquí todo «acto de autonomía privada al que el Derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares», según la afortunada expresión de BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. española, pág. 47. En el mismo sentido, BRUGI, *Instituciones de Derecho Civil*, México, 1946, pág. 95; TRAFOCCHI, *Instituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1950, pág. 117; SAVATIER, *Cours de Droit Civil*, Paris, 1947, I, pág. 25.

(11) Por contrato se entiende, como tradicionalmente se ha venido aceptando, el acuerdo de voluntades creador de obligaciones; el negocio jurídico bilateral o, por lo menos, el negocio bilateral que incide sobre relaciones patrimoniales. Cfr. MESSEINEO, *Doctrina general del Contrato*, Buenos Aires, 1952, I, pág. 45; BRUGI, loc. cit., pág. 285; FERRARA, *Diritto privato attuale*, Roma, 1946, pág. 195.

(12) Además de las obras citadas en la nota 8, pueden verse: SARAIVA, *O problema do contrato*, «Jornal do Foro», Lisboa, 1949, donde además de tratarse de la consabida crisis del contractualismo, se distingue entre una crisis positiva producida por las innovaciones legislativas (crisis del contrato) y una crisis doctrinal (crisis de la teoría del contrato). También MORIN, *Les tendances actuelles de la theorie des contrats et les relations du reel et des concepts*, «Revue trimestral du Droit Civil», tomo 36, 1937, pág. 553 y siguientes. Sobre la necesidad de la revisión, RUGGIERO, *I dogmi del Diritto privato e la loro revisione*, Archivio giuridico, 1927, págs. 133 y sigs.

(13) SAVATIER, *Les metamorphoses...*, cit. pág. 61 y sigs., donde distingue como consecuencia de la «crisis por sustitución de la voluntad de las partes», el contrato autorizado, el contrato reglamentado, el contrato de adhesión, el contrato forzoso y el contrato ficticio.

(14) SAVATIER, loc. últimamente cit., pág. 69 y sigs.: La crisis por «sustitución o imposición de los efectos del contrato» puede hacerse bien ampu-

mente. De una manera semejante Morín (15), afirma que la transformación de la teoría contractual del Código civil se desenvuelve en dos sentidos: incidiendo sobre la *libertad contractual*—contratos que no han sido libremente realizados—o sobre la *fuera obligatoria del contrato*—contratos cuyo contenido no ha sido libremente determinado—. Y en análogo sentido Polo (16), señala que a los dogmas clásicos, libertad de conclusión del contrato y libertad de fijación del contenido del contrato, corresponde en la actualidad una doble crisis: crisis de la libertad de conclusión y crisis de libertad de fijación del contenido.

Esta dualidad parece exacta. La autonomía privada tiene un doble sentido: *a*), posibilidad de creación autónoma de relaciones jurídicas; *b*), posibilidad de determinación autónoma del contenido de estas relaciones. Por ello, parece también exacto que las limitaciones—no es este el momento de decidir si existe una auténtica crisis o decadencia de la autonomía privada o si se trata de un aumento de limitaciones—pueden producirse en dos sentidos: *a*), relaciones jurídico-privadas que no se constituyen autónomamente; *b*), relaciones que, con independencia del modo como hayan sido constituídas, no ven autónomamente determinado un contenido. En este segundo supuesto, que conviene apartar del primero para dar claridad al tema, caben los llamados contratos reglamentados, contratos dictados, contratos normados (17). El primero, objeto único de nuestra atención, es el llamado contrato forzoso.

El caso del *contrato dictado o reglamentado* ha sido examinado con más intensidad. Ha sido el que ha dado lugar a que se hablara de «crisis del principio de autonomía», pero es indudablemente el menos importante. Supone sólo la substitución del precepto privado que todo contrato normalmente contiene, por un «precepto público»—la norma jurídica, la ley—, en la reglamentación de las relaciones privadas. Este fenómeno es evidente y se produce en la actualidad en casi todo el Derecho privado. Ahí están los ejemplos que se van haciendo clásicos: las gentes pueden acordar voluntaria y libremente establecer entre ellas una relación de arrendamiento o de trabajo. El contenido de la relación de arrendamiento o de trabajo no lo determinan las partes. Los derechos y deberes de arrendador y arrendatario, de trabajador y de empresario están fijados en la ley. Todo ello no parece suponer una alteración de la esencia de la institución contractual. Aun existien-

tando las cláusulas queridas por las partes, bien injertando cláusulas no queridas, bien utilizando ambos métodos conjuntamente.

(15) MORIN, *La revolte du droit contre le Code*, «La revisión nécessaire des concepts juridiques». Paris, 1945, pág. 13 y sigs.

(16) POLO, *Del contrato a la relación de trabajo*, «Revista de Derecho Privado», 1941, págs. 1-17 y 80-95, especialmente pág. 5 y sigs.

(17) Sobre la distinción entre estas expresiones véase la nota 9 y los autores allí citados.

do una restricción de la autonomía, los llamados contratos normados son efectivamente contratos.

El fenómeno grave se produce cuando las relaciones jurídico-privadas no se constituyen voluntariamente, cuando aparece la constitución forzosa, el *contrato forzoso*; cuando, con independencia de quien sea el que determine el contenido de la relación, el hecho es que ésta no nace de un acto de las partes.

III.—LA OBSERVACIÓN DE LA REALIDAD

No es algo nuevo, ni radicalmente original. «Sería, sin duda, inexacto decir que este fenómeno jurídico sea producto exclusivo del «dirigismo»—de la economía dirigida—; existen en la legislación anterior y en el mismo Código civil casos en los cuales una persona se halla, sin haberlo querido, inmersa en una relación contractual» (18). Lo cierto es, sin embargo, que su existencia ha pasado inadvertida y que sólo cuando lo ha puesto de moda y lo ha colocado en primer plano la época actual, al extenderlo con amplitud alarmante a casi todo el Derecho patrimonial, se plantea el problema urgente de su calificación jurídica y de su situación sistemática.

Es conveniente, antes de pasar a resolverlo, realizar una minuciosa labor de observación del fenómeno. Y, para ello, quizá ningún camino mejor que enumerar los casos en que se produce, para examinarlos en toda su extensión y recoger de ellos las notas más salientes que presenten para utilizarlas después en su más adecuada solución científica.

Morel (19) reconoce que bajo el nombre de contrato forzoso se sueñen englobar situaciones diferentes; es necesario excluir de este concepto los casos en que una persona se halla forzada a contratar porque ella misma se obligó—caso de la promesa de contrato—, así como aquéllos en que la imposición procede de una determinada situación de hecho—como el depósito miserable—, que denomina *contratos necesarios*, y las expropiaciones por causa de utilidad pública, porque son actos unilaterales de la autoridad cuidando de un interés general o por causa de interés privado—como la enajenación de los bienes del deudor ejecutado (sin que comprenda claramente la razón de esta última exclusión)—. Fuera de estos supuestos, que no son, según él, auténticos contratos forzosos, éste puede presentarse en tres formas: a), la restricción es mínima cuando a una persona libre de abstenerse, se le impone, si se decide a contratar, hacerlo con una persona determinada (caso de los derechos de tanteo y retracto). Tampoco se ve clara la inclusión de este supuesto porque en él no hay verdadero contrato forzoso. No es forzoso el contrato, sino un elemento de él, y tampoco necesariamente. b) En otros casos, hay una obligación de contratar impuesta a una

(18) MOREL, *Le contrat imposé*, cit. pág. 116 y sigs., aunque admite que es cierto que se han multiplicado los casos en razón de la intervención siempre más acentuada de la autoridad pública en las relaciones privadas.

(19) Obra y lugar citados.

persona incluso contra su voluntad (auténtico contrato forzoso). c) Por último, una persona puede verse de pleno derecho implicada en una relación contractual sin haber formulado la menor declaración de voluntad, ni aun obligado; hay en tal caso, una «relación contractual de origen legal».

Dualde (20) ha realizado una larga enumeración de los que llama «contratos imperativos» (21): 1.º El depósito necesario (art. 1.762 del Código civil), en sus dos modalidades de depósito miserable (art. 1.781, 2.º) y depósito efectuado en cumplimiento de una obligación legal (art. 1.781, 1.º). 2.º La expropiación forzosa a que alude el artículo 349 del Código civil, que es una venta necesaria y sus diferentes modalidades (22). 3.º Las servidumbres forzosas de paso (art. 564), de saca de agua y abrevadero (art. 555) y de acueducto (art. 558). 4.º La adquisición forzosa del dominio en los casos de especificación (art. 383), y de accesión de bienes muebles (artículo 375). 5.º La venta forzosa de bienes del deudor. 6.º La venta de bienes de menores. 7.º El régimen de tasas y la política de precios (23). 8.º Los arrendamientos forzosos, para los cuales el artículo 7 de la L. A. U. impone una prórroga obligatoria, y la L. de A. R. una duración mínima (24). 9.º El contrato de trabajo (25). 10. El contrato de mandato en todos los casos de administraciones legales.

En esta enumeración, un tanto confusa y falta de sistema, se

(20) DUALDE, *Los imperativos contractuales*, «Anuario de Derecho Civil», Tomo II, Fasc. II, 1949, págs. 527 y sigs.

(21) La inclusión que hace del matrimonio entre los contratos imperativos (ob. cit., pág. 528) es menester considerarla como una pincelada de humor. Aun en este caso se ha producido una confusión: al hablar de contrato forzoso no se hace referencia a los casos en que la voluntad por motivos internos no se determina libremente—casos para los que vale el antiguo aforismo «voluntas tamen coacta etiam voluntas est»—, sino a los casos de coacción externa, de imposición en una palabra. Cfr. MOREL, loc. cit., pág. 116 y sigs.: SAVATIER, *Les metamorphoses*, cit. pág. 70.

(22) La inclusión de expropiación forzosa (ibidem, pág. 531) tampoco parece adecuada. El fenómeno sólo debe abarcar, a mi juicio, aquellos casos en que se cree o constituya forzosamente una relación jurídica de naturaleza privada. La relación de enajenación que surge entre el expropiado y el Estado es una relación de derecho público. Sólo a los casos de derecho privado puede dárseles tratamiento homogéneo. De ahí la importancia de la distinción.

(23) El régimen de tasas y la política de precios (ibidem, pág. 533) no dan lugar a contratos forzosos. Con anterioridad se ha querido señalar la diferencia entre toda restricción de autonomía privada (vid. supra, pág. 5.º), distinguiendo entre constitución voluntaria o forzosa de una relación y determinación voluntaria o forzosa del contenido de la relación. El contrato forzoso contempla el primer término de esta distinción. El régimen de tasas, el segundo; más que de un contrato forzoso se trata de un contrato voluntario—valga, por ahora, la expresión—con precio forzoso.

(24) La observación ha de ser muy semejante a la realizada en la nota anterior. El contrato de arrendamiento, en el sentido en que DUALDE lo toma, no es auténticamente forzoso. Se trata de un contrato voluntario—voluntariamente contraído—con contenido forzoso. Ello no significa negar la existencia de verdaderos arrendamientos forzosos (vid. infra, pág. 11).

(25) Son verdaderas, igualmente, las observaciones de las dos notas anteriores.

engloban supuestos de distinta naturaleza, comprendiendo, junto a relaciones con contenido forzosamente determinado, aquéllas que en realidad se constituyen forzosamente. Conviene hacer una separación escrupulosa de los supuestos de una y otra índole. En nuestro actual Derecho positivo pueden constituirse de modo forzoso las siguientes relaciones jurídico-privadas:

a) *Servidumbres*.—Junto a las servidumbres voluntarias admite nuestro Código civil la existencia de servidumbres forzosas, legales según su terminología, «impuestas por la ley, por causa de utilidad pública o interés de los particulares» (art. 549):

Estas servidumbres son de tres maneras:

1.ª La ley crea directamente la servidumbre, en cuyo caso ésta puede, en rigor, denominarse legal (26).

2.ª La ley no crea directamente la servidumbre, sino que se limita a disponer que en determinadas circunstancias podrá crearlas las administraciones (27). La servidumbre en este caso más que auténticamente legal será administrativa (28).

3.ª La ley concede a una persona un derecho a exigir la constitución de la servidumbre y paralelamente impone a otra persona el deber de crearla (29). En este caso la servidumbre nacerá bien mediante el ejercicio del derecho seguido del cumplimiento voluntario, por parte del deudor de la constitución, o bien, cuando esto último no ocurra, por el ejercicio del derecho ante los tribunales, siendo

(26) Normalmente se denominan «legales» todas las servidumbres que el Código civil define como «impuestas por la ley»; Cfr. CASTÁN, *Derecho civil* (7.ª edición), Madrid, 1950, Tomo II, pág. 499, aunque advierta que «indudablemente no ha de entenderse que todas las servidumbres legales se impongan tan sólo por declaración de la ley; algunas presuponen también una declaración de voluntad o un procedimiento civil o administrativo instado por el que quiere obtenerlas». En rigor, sólo las primeras, las que se impongan por declaración de la ley, pueden denominarse legales: tal es el caso de la servidumbre natural de aguas que regula el artículo 552 del Código civil.

(27) Tal es el caso de la servidumbre de acueducto, a que se refieren los artículos 557 y siguientes del Código civil. El Código civil concede el derecho de hacer pasar el agua por los predios intermedios. Pero no es la pura declaración de la ley lo que da existencia a la servidumbre. La servidumbre se constituye mediante un acto administrativo. Según el art. 78 de la Ley de Aguas, corresponde al Gobernador de la provincia decretar y otorgar la servidumbre de acueducto en los casos en que sea de interés privado.

(28) El carácter administrativo de la servidumbre se predica de su origen o de la naturaleza del acto constitutivo por contraposición al legal. No se olvida que con ello se hace posible la confusión con las llamadas por el derecho administrativo «servidumbres públicas o administrativas» (Cfr. GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo* (11.ª edición), Madrid, 1950, Tomo I, pág. 413), pero no se encuentra otra manera de subrayar aquella nota.

(29) El artículo 564 del Código Civil dice que «el propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización». Obsérvese que el Código no concede «derecho a pasar», sino «derecho a exigir paso», esto es, que no concede los derechos que asistirían al dueño de un predio dominante (como ocurriría en el caso de servidumbre creada «ex lege»), sino derecho a la constitución de la servidumbre. Y la constitución no tiene otros modos de llevarse a cabo que un acuerdo de las

entonces la decisión que ponga fin al proceso, el acto creador de la servidumbre.

b) *Usufructos*.—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 468 del Código civil, existen dos clases de usufructos: los constituídos por voluntad de los particulares y los impuestos por la ley.

1.º El padre o la madre, titulares de la patria potestad, tienen el usufructo de los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido con su trabajo, industria o por cualquier título lucrativo (artículo 160 del Código civil), con las limitaciones que establecen el propio artículo 160 y los siguientes.

2.º El marido es usufructuario de los bienes que componen la dote inestimada (art. 1.357 del Código civil).

3.º El viudo o viuda que al morir su consorte no se hallare divorciado o lo estuviere por culpa del cónyuge difunto, tendrá derecho a una cuota en usufructo (art. 834 del Código civil).

c) *Hipotecas*.—La Ley Hipotecaria admite junto a las hipotecas voluntarias, creadas por medio de negocio jurídico, una serie de hipotecas forzosas que se denominan legales. Es de advertir que no todas ellas son legales en sentido estricto. Sólo excepcionalmente—caso de las llamadas hipotecas tácitas (30)—son establecidas por la ley. Por lo general, en las que se denominan legales, la ley no establece directamente la hipoteca, sino que otorga a los favorecidos el derecho de exigir la constitución (31). La constitución se lleva a cabo mediante el cumplimiento voluntario del deber de constituir (art. 159 de la Ley Hipotecaria) o judicialmente por medio del procedimiento que al efecto se establece (art. 165 de la Ley Hipotecaria) (32). Lo que parece fuera de toda duda es que en cualquier caso tienen para el deudor carácter forzoso.

d) *Compraventas*.—Hay en el Derecho actual varios supuestos de ventas forzosas, es decir, de creación forzosa de una compraventa entre particulares (33), sin que medie entre ellos un acuerdo de voluntades.

partes o el ejercicio del derecho a la constitución ante los Tribunales. (Cfr. CASÁN, ob. cit., pág. 500, donde se dice que en estos casos la servidumbre «se constituye en realidad por adjudicación», aunque no se explique—sería sin duda difícil—la naturaleza de este acto de «adjudicación» o acto de la autoridad judicial.)

(30) Tienen este carácter las hipotecas establecidas por los artículos 194 y 196 de la Ley Hipotecaria.

(31) El artículo 158 de la Ley Hipotecaria emplea una expresión muy semejante a la del artículo 564 del Código civil que antes examinábamos. «Las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrá otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca suficiente para la garantía de su derecho». La frase tiene esta vez mayor pureza técnica—«derecho de exigir la constitución», pero indica lo mismo.

(32) Parece también digna de ser observada la terminología de este artículo 165, donde se habla «constituir judicialmente cualquiera hipoteca».

(33) Al hablar de compraventas entre particulares se quiere excluir de este análisis toda confusión con las posibles «ventas forzosas» originadas en los expedientes administrativos de expropiación forzosa. Sobre ello, vid. supra la nota 22.

1.º Venta mediante cupo.—Las circunstancias económicas han obligado en los últimos tiempos al Gobierno a intervenir y regular la distribución de determinados productos y mercancías. Una de las vías por donde la intervención en la distribución de productos discurre es el sistema de cupos establecido principalmente en las industrias del acero, del cemento y del carbón (34). El Estado distribuye, mediante cupos, los productos intervenidos, sin tener en cuenta al fabricante vendedor. La operación se ajusta, poco más o menos, al siguiente esquema. A, comprador, solicita del Estado la concesión de un cupo de cualquiera de los productos intervenidos. El Estado, por medio de la oficina administrativa que en cada caso sea competente, puede denegar o conceder el cupo. Ahora bien, una vez concedido, el fabricante B, ajeno a toda esta operación, se encuentra obligado a entregar a A la mercancía y recíprocamente el comprador lo está a pagar el precio. Entre A y B ha surgido una compraventa y, sin embargo, no ha habido entre ellos acuerdo alguno.

2.º Venta de solares.—La Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945, decretó su venta (35), siguiendo para ello un sistema que parece lejanamente inspirado en las leyes desamortizadoras (36). Declara en venta todos los solares del territorio nacional que podrán ser adquiridos por cualquiera que desee edificar viviendas en ellos (art. 4) sin otros límites que un derecho de «retención» que se concede al propietario, durante un plazo de dos años, para que construya por sí mismo (art. 5) y un derecho de reversión, otorgado también al propietario, en el caso de que el adquirente no lo haga (art. 11). La venta forzosa se tramita ante la Autoridad municipal que es quien dirige y aprueba toda la operación (37), cualquiera que sea su naturaleza; lo que parece cierto es que la compraventa se traba y perfecciona sin tener en cuenta para nada la voluntad del propietario del solar.

3.º Venta judicial de bienes del deudor.—La venta judicial en

(34) Véanse el Decreto de 19 de diciembre de 1940, el Decreto de 31 de diciembre de 1941, la Orden de 26 de junio de 1942 (especialmente arts. 20, 21 y 23) y la Orden de 28 de octubre de 1941.

(35) El artículo 4 dice textualmente que «en lo sucesivo todo solar o construcción comprendido en el artículo 1.º estará en venta y podrá adquirirlo quien desee edificar para vivienda en las condiciones que esta ley determina». Seguramente, la peculiar forma de expresión—«están en venta»—merecería un examen más detenido del que aquí puede hacerse. Cuando la ley declara que los solares «están en venta», ¿qué es lo que realmente hace? ¿Una oferta de contrato forzoso de venta? ¿Una invitatio ad offerendum? ¿O una simple declaración de principios en la cual gráficamente se establezca la admisión de las ventas forzosas?

(36) Es curioso el parentesco entre la expresión «están en venta» de la Ley de Solares de 1945 y el artículo 1.º de la Ley de 1.º de mayo de 1855 sobre desamortización civil y eclesiástica, según la cual «se declaran en estado de venta...». La «declaración legal del estado de venta» merece un análisis detenido, aunque no pueda ser efectuado en este lugar.

(37) Véase el capítulo IV—especialmente la primera Sección, dedicada a «peticiones de venta y su tramitación»—del Reglamento de 28 de mayo de 1947, sobre Ordenación de Solares.

pública subasta de los bienes del deudor ejecutado, regulada en los artículos 1.507 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es una auténtica venta forzosa llevada a cabo sin la intervención del deudor ejecutado (38).

c) *Arrendamientos* (39).—El Decreto de 3 de octubre de 1947,

(38) El problema de la naturaleza jurídica de la enajenación de los bienes del deudor ejecutado ha suscitado fuertes dudas dentro de la doctrinal procesal, pese a la claridad con que, en este punto, se expresa la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 1.512 dice textualmente que «consignado el precio, se hará saber al deudor que dentro del tercer día otorgue la *escritura de venta* a favor del *comprador*. Si no lo verifica o no pudiera verificarlo por estar ausente, declarado en rebeldía o por cualquier otra causa, el Juez otorgará de oficio dicha escritura».

No obstante ello, se han mantenido en torno al problema dos opiniones radicalmente contrarias: a) Según la primera, la enajenación de los bienes del deudor ejecutado es una venta (vid., p. ej., PLAZA, *Derecho Procesal civil español*, 1943, vol. II, pág. 552): «es innegable que mediante la ejecución se realiza un acto de transmisión bastante para que pueda adquirirse el derecho de propiedad. La Ley de Enjuiciamiento Civil lo califica reiteradamente de venta, y así alude con insistencia al *comprador* (arts. 1.509, 1.511, 1.512, 1.513, 1.514 y 1.515), y sobre este punto no creemos que ofrezca dudas la legislación española». b) La segunda opinión sostiene que la referida enajenación no es una compraventa, sino algo distinto, basándose en la ausencia de reciprocas declaraciones de voluntad y, por ello, de negocio jurídico. Tal es, por ejemplo, la opinión de GUASP (cito por mis notas tomadas en las explicaciones de Cátedra en la Universidad de Madrid, curso 1951-52).

La primera opinión parece más próxima a la verdad. Efectivamente, la ausencia de negocio jurídico no puede servir para deducir la ausencia de venta. Más claramente: podía negarse la existencia de venta contractual, pero no la de venta judicial, desde el momento en que venta es todo «vinculum iuris» que da lugar a la transmisión de un derecho de propiedad a cambio de un precio en dinero.

El problema se desvía entonces hacia la determinación de la naturaleza del acto originador de esta compraventa. Se ha intentado en este punto establecer un paralelismo entre subasta y contrato (el anuncio es una invitación a la oferta; la postura, una oferta; la aprobación, una aceptación). El paralelismo es sugestivo, pero insuficiente, porque el acto originador no es un contrato—aunque esta afirmación suponga anticipar ideas—y porque la subasta, que es un puro mecanismo formal, no puede dar la naturaleza del acto al cual sirve de estructura exterior (la subasta de los artículos 2.048 y ss., encubre un contrato; la subasta de los artículos 1.481 y ss., no). De todo ello se llega sin dificultad a la conclusión de que el acto originador de esta compraventa es el proceso de ejecución, por lo cual la venta, además de llamarse judicial, puede ser calificada de procesal. De no ser así, de no considerarse que la compraventa de los bienes del deudor ejecutado nace de este complejo de actos jurídicos que se denomina «proceso de ejecución», no se le encuentra al problema su solución.

No parece, por ello, disonante hablar de venta judicial o procesal para distinguirla de la venta contractual. Quiere decirse simplemente que, de la misma manera que la compraventa nace de un acto de las partes (contrato), no hay dificultad teórica insuperable para admitir que la compraventa pueda nacer también de un acto de las partes con el juez (proceso.)

(39) Un curioso antecedente histórico del actual arrendamiento forzoso puede encontrarse en la ley VIII, del título X del libro X, de la Novísima Recopilación: «No pueden los dueños y administradores tener sin uso y cerradas las casas; y los jueces los obliguen a que las arrienden a precios justos convencionales o por tasación de peritos que nombren las partes y tercero de oficio en caso de discordia, aunque se diga y alegue no poder arrendarlas por estar prohibido por fundaciones o por otro motivo, pues semejantes disposiciones

que aplica el apartado a) de la disposición transitoria 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos del 31 de diciembre de 1946, establece y regula el régimen de arrendamientos forzosos. El Gobernador civil de la provincia podrá ordenar al propietario de viviendas, que susceptibles de ser ocupadas no lo fueren por nadie, su arrendamiento en un plazo de treinta días. Si el propietario no cumple el requerimiento de la Autoridad, ésta dispondrá que la vivienda sea ocupada por el aspirante a inquilino a quien corresponda (40). El «contrato» de arrendamiento será otorgado por el Gobernador cuando el propietario se niegue a hacerlo.

f) *Mandatos*.—En todos los casos en que, por la ley o por la Autoridad, se encomiende a una persona la administración de los bienes de otra, sin contar con la voluntad de ésta, existe una relación idéntica a la de mandato, sin otra diferencia que la de no haber surgido de un contrato (41).

g) *Depósito*.—El propio Código civil, en su artículo 1.759, reconoce que el depósito puede ser judicial o extrajudicial, y este último, a su vez, voluntario o necesario (42). La relación necesaria de

no pueden producir efecto en perjuicio del bien público» (consulta y Auto acordado del Consejo de 31 de julio de 1792). Recojo esta cita de LACASA COARASA: *El arrendamiento forzoso*, «Rev. Gral. de Derecho», 1947, núm. 39, páginas 666 y ss.

(40) Es conveniente transcribir el párrafo 4.º del artículo 3, del citado Decreto para contemplar—pese a su deficiente redacción—todo el vigor del arrendamiento forzoso. «Si el propietario se negare a otorgar el contrato, será requerido en forma por la autoridad gubernativa, y si no lo otorgare en el plazo que se le señaló, sin perjuicio de deducir tanto de culpa a los Tribunales para que proceda contra el mismo por el delito de desobediencia grave a la Autoridad, se otorgará el contrato de arrendamiento por el Gobernador civil o Delegado gubernativo, y el aspirante advendrá inquilino por la vivienda con los derechos y obligaciones que impone la Ley, determinándose la renta con arreglo a los referidos fiscales.» La redacción es pésima, pero se deducen de ella dos cosas importantes: a) Que el propietario puede otorgar por sí mismo el contrato bajo el peso de la imponente coacción de incurrir en delito; b) Que, por si ello fuera insuficiente, concede al Gobernador civil la potestad de otorgar por sí mismo el contrato. No se discute el valor político del precepto, sino su valor jurídico. Y su valor jurídico es este: el Gobernador civil otorga contratos de arrendamiento. ¿Cabe pensar un «contrato» más forzoso?

(41) Los casos de administración forzosa no son escasos en nuestro derecho (véanse, por ejemplo, los artículos 966, 1.097, 1.124, 1.193 y ss., 1.350 y ss., 1.505, etc., de la Ley de Enjuiciamiento civil). Ahora bien, la relación entre administrador y administrado a que dan lugar los casos de administración forzosa, ¿en qué difiere de la relación de mandato?

(42) La existencia de depósitos judiciales y extrajudiciales y, dentro de estos últimos, de depósitos voluntarios y necesarios, ha planteado serias dudas acerca de la auténtica naturaleza contractual de la figura. Nuestro Código civil (art. 1.758), al definir el depósito en general omite cuidadosamente la utilización del término «contrato»—«se constituye el depósito...»—si bien lo emplea al referirse al depósito propiamente dicho (art. 1.760), lo cual no es óbice para que dentro de este contrato de depósito propiamente dicho se incluyan lo mismo el depósito voluntario (arts. 1.763 y ss.) y el depósito necesario (artículos 1.781 y ss., lo cual hace observar a CASTÁN (ob. cit., tomo IV, pág. 611) que «implica una ficción demasiado violenta dar carácter contractual a todas las variedades del depósito».

depósito (43) y la que se crea judicialmente (44) nacen sin que exista entre las partes un verdadero negocio jurídico bilateral.

h) *Seguros*.—Lo mismo los seguros implantados por la moderna legislación laboral (45) que el seguro de viajeros (46), tienen carácter obligatorio o forzoso, al menos para el asegurado (47).

i) *Fianzas*.—El artículo 1.823 del Código civil clasifica las fianzas en legales, convencionales y judiciales. Las constituidas en cumplimiento de una obligación impuesta por la ley o por virtud de una resolución judicial tienen un indudable carácter forzoso.

La enumeración no tiene carácter exhaustivo. Es posible que se omitan figuras representativas de la misma dirección, como lo es también que se recojan otras en que la constitución forzosa sea discutible. Sin embargo, el fenómeno queda pintado con toda la amplitud que tiene. Caben en él figuras de tipo moderno junto a otras que son antiguas ya. Todas ellas plantean el mismo problema: determinadas realidades jurídicas, consideradas en la técnica tradicional como contratos—y no debe perderse de vista que el contrato se ha concebido hasta ahora como el primer acto de autonomía privada, como acuerdo entre partes—y, destacadamente, compraventas, arrendamientos, depósitos, seguros, pueden surgir de modo forzoso. ¿Qué explicación tiene todo ello?

IV.—EL PROBLEMA Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

A mi juicio, todo ello conduce a un agudo dilema: o se rectifican los conceptos de negocio jurídico y contrato, puesto que han dejado de ser los actos de autonomía privada reguladores de las re-

(43) El artículo 1.781 distingue dos especies de depósito necesario: el realizado en cumplimiento de una obligación legal y el depósito en caso de calamidad o depósito miserable. Aun admitiendo la naturaleza contractual de este último, la del primero parece totalmente inadmisibles.

Tiene ciertamente mayor semejanza con los casos de constitución legal (vid. *supra*, págs. 8 y ss., e *infra*, 26 y ss.) que con los auténticos contratos. Una enumeración muy completa de las «obligaciones de depositar» puede verse en *MANRESA: Comentarios al Código civil español* (4.ª edición), Madrid, 1931, tomo XI, página 627.

(44) El secuestro o depósito judicial parece, *prima facie*, un auténtico depósito, siquiera no se conciba como contrato. (Esta antinomia es, precisamente, lo que en este trabajo se intenta destruir). Sobre el secuestro: *MANRESA: Ob. cit.*, pág. 638; *CASTÁN: Loc. cit.*, pág. 627.

(45) Seguros de Enfermedad (Ley 14 de diciembre de 1942, arts. 1 y 3 y Reglamento de 11 de noviembre de 1943, art. 8); de Vejez e Invalidez (Ley de 1 de septiembre de 1939 y Reglamento de 2 de febrero de 1940, art. 1), etc.

(46) Véase, sobre todo, el Real Decreto de 26 de julio de 1929 y el Decreto de 8 de mayo de 1942.

(47) Entre los mencionados seguros obligatorios y el contrato de seguro definido en el artículo 1.791 del Código civil, existe una indudable semejanza. Ahora bien, es dudoso que los seguros obligatorios puedan incluirse entre los llamados contratos forzosos, porque, de la misma manera que acontecía en el caso de la expropiación forzosa (*supra*, nota 22), la relación entre asegurador y asegurado no es de derecho privado, sino de derecho público, ya que la entidad aseguradora es normalmente un organismo administrativo (*PÉREZ BORTJA: Curso del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1950, pág. 479 y ss.).

laciones juridicoprivadas para englobar también los actos de autoridad creadores de esas mismas relaciones; o se construyen, al lado de los actos de ordenación privada de relaciones (negocio jurídico), una figura nueva que recoja y dé paso a toda esta nueva realidad de los actos de ordenación y creación pública o estatal de estas mismas relaciones.

Toda la literatura ocupada del tema, casi sin excepción, ha preferido el primer camino—rectificación de los conceptos—llegando a resultados contradictorios. Este trabajo pretende señalar el error en que se incide pensando así y la conveniencia de seguir la segunda ruta; no intenta, sin embargo, por su misma reducida extensión, extraer todas las consecuencias que de esta dirección pueden obtenerse.

Es conveniente examinar con detalle las posturas que ante la cuestión pueden adoptarse. Las cuales posturas son, como más arriba se ha indicado, sustancialmente dos:

a) *Rectificación de conceptos*.—Los juristas, siempre a la zaga en toda evolución social, con un sentido atrozmente conservador y un amor inmenso a las categorías lógicas de antigüedad secular, al catalogar las nuevas figuras las encierran en los moldes vetustos. Y, ¿qué ocurre? Que no caben. ¿Son formas de tráfico que hacen nacer relaciones patrimoniales sustancialmente idénticas a las hasta ahora llamadas contractuales? Luego son contratos. ¿Qué no encajan bien en la idea tradicional de contrato? Se habla de la crisis del principio de autonomía, se propugna la revisión y rectificación de la dogmática del contrato y se admite la existencia de contratos dictados, impuestos, imperativos y forzosos.

Lo curioso, lo paradójico, es que toda esta dirección, producto del conservadurismo y de la inercia, es la única que ni logra conservar el concepto tradicional, ni explicar el nuevo, siendo, a la larga, subversiva. Porque, al razonar de este modo, al admitir la existencia de contratos dictados, imperativos, impuestos o forzosos, sin advertirlo, se está subvirtiendo toda la idea tradicional que se pretende mantener y revisar. Efectivamente: si el contrato no es un acto de autonomía, porque abarca también las formas imperativas, ¿cuál debe ser el concepto de contrato? Pensemos—porque es muy fácil detenerse en la simple exigencia de la revisión—que este nuevo concepto de contrato ha de ser apto para ser aplicado a los negocios voluntarios, a los acuerdos entre partes, y también a los actos estatales que se imponen a las partes (48). De esta suerte el con-

(48) En esta hipótesis el contrato deja de ser el «acuerdo de varias personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas», según la clásica definición de SAVIGNY (*Sistema de Derecho romano actual*, Madrid, 1878, II, pág. 354), para convertirse en algo distinto. Son en este punto tremendamente expresivas las palabras de JOSSEBRAND: (*Derecho civil*, revisado y completado por BRUN. Buenos Aires, 1950, II, vol. I, página 16 y ss.). Los contratos no sólo han crecido en número y en categorías, sino que tienden visiblemente a cambiar de naturaleza. Ordenados en otro tiempo para dejar a los interesados en completa libertad, sufren cada vez más la fiscalización, la acción de los poderes públicos...; el contrato libre tiende a

cepto genérico, si se lograra, no estaría lejano del de «acto jurídico», entendido en su más amplia significación, con lo cual su misma amplitud le haría inútil en la práctica. Piénsese también que la rectificación del concepto tendría que provocar necesariamente una rectificación en el régimen jurídico de la institución; que al admitir un concepto de contrato que englobe las formas imperativas, se haría necesario excluir al consentimiento de los contratantes (artículo 1.261, 1.º del Código civil), de entre los requisitos del contrato, porque habría contratantes que no consintiesen; que, como consecuencia de ello, caería por su base toda la teoría de los vicios de la voluntad y, en definitiva, toda la teoría general del contrato, siendo, en realidad, muy difícil construir otra teoría que la sustituya. Se llega de este modo a un punto insoluble que hace imposible todo ulterior avance.

Toda esta línea de pensamiento que, al admitir los contratos forzosos, se encuentra con la necesidad de construir un nuevo concepto de contrato, que no puede formular, parte de una confusión muy clara, aunque no siempre advertida. Llama contrato más a la relación jurídica que el negocio bilateral crea que al negocio creador en sí (49). Sobre esta base, la consecuencia es lógica, si contrato es, por ejemplo, la relación de compraventa o de arrendamiento, y de estos actos, forzosos es verdad, nacen arrendamientos y compraventas idénticas a las que pueden originar un acuerdo de voluntades, hay que concluir afirmando que son contratos, aunque para ello sea necesario destruir la autonomía de las partes y hablar de contratos dictados o forzosos (50).

convertirse en contrato dirigido». En parecido sentido se ha afirmado que «el contrato ha dejado de ser una «entente» intervenida por voluntades iguales y autónomas, para convertirse en una operación dirigida por los poderes públicos». (RIPERT: *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, pág. 300; JOSSERAND: *Aperçu général de tendences actuelles*, cit., pág. 2; SARAIVA: ob. citada, pág. 15). No es posible llegar más lejos. El contrato se define como una operación dirigida por los poderes públicos. Ello tampoco es exacto. Tal definición puede ser válida para él, llamémosle así, contrato dirigido, pero no para los casos de contratos libres que aún existen. Un concepto nuevo, rigurosamente lógico, debe englobar ambas hipótesis. Y este concepto nuevo no nos engañemos, no puede obtenerse.

(49) Advierte FERRARA: (*Diritto Privato Attuale*, Roma, 1946, pág. 195) que una noción amplia de contrato comprende el negocio jurídico bilateral y el vínculo que él origina. MESSINEO: (*Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1952, I, pág. 45), hace una observación semejante. Más exacto BRUGI: (*Instituciones de Derecho civil*, México, 1946, pág. 285), advierte que el contrato es un acuerdo para constituir, regular o disolver un vínculo jurídico que no puede confundirse con la relación u obligación convencional que es su efecto. Hay que convenir en que, efectivamente, contrato y relación contractual, valga la expresión, son conceptos distintos.

(50) Existe en este sentido una notable incongruencia dentro de la técnica tradicional del Derecho civil. En una de las partes en que el sistema lo divide —tratado de los derechos reales— se exponen las diversas figuras jurídicas que poseen esta filiación—usufructo, servidumbres, etc.—, considerándose respecto de ellas el contrato como una de las formas posibles de constitución, aunque no la única, opinándose, en este punto, de manera tal que realidades catalogadas por el Código civil como contratos—censos, hipotecas, prendas, anticre-

b) *Creación de nuevas figuras*.—Es menester variar la premisa. Contrato es el acto o negocio por el cual dos personas, voluntaria y autónomamente, acuerdan crear entre ellas una relación jurídica (51). La relación jurídica que nace de él, es su efecto. Algo distinto; una unidad nueva, una realidad diferente (52). Por eso es disonante admitir la existencia de contratos dictados o impuestos. Donde hay imposición no puede haber contrato. Son términos que no riman. Cuando no existe acuerdo de voluntades y la voluntad de una de las partes o la de ambas se desconoce y a pesar de ello nace una relación jurídica, habrá otra cosa, pero de ninguna manera un contrato.

«El contrato desaparece, dice Savatier. Perece. Otra cosa se coloca en su lugar» (53).

El problema consiste entonces en averiguar qué es esta otra cosa. Savatier lo ha llamado «relación de hecho paracontractual» (54). De modo muy semejante Morel habla de «relaciones contractuales de origen legal» (55). Y Durand de «relaciones extracontractuales» (56). Esta tendencia tiene sobre la anterior una ventaja indudable. Supone un progreso evidente, a mi juicio, el abandono de la idea del contrato forzoso y el intento de sustitución por una nueva realidad. Sin embargo, al realizar este intento no se obtienen resultados satisfactorios. Hablar, como lo hace Morel, de «relaciones contractuales de origen legal» supone una contradicción en los

eis—han sido trasladadas a aquella parte. Sin embargo, en la parte siguiente del sistema—tratado de las obligaciones—se enumeran y analizan contratos—compraventa, arrendamiento, etcétera—. Para que el sistema tuviera una perfecta congruencia sería menester llevar el contrato a la parte general o, por lo menos, a una parte general del derecho patrimonial, todavía por crear, considerando como una forma, aunque no la única, de creación de situaciones patrimoniales y reducir la exposición especial al análisis de estas situaciones, ya sean jurídico-reales, ya sean jurídico-obligacionales. La observación ha sido hecha por SAVIGNY (*Sistema*, cit., II, pág. 354 y ss., donde se afirma que en la esfera del Derecho privado el contrato se refiere a toda clase de instituciones); que no hay inconveniente en admitir que un contrato cree servidumbres o derechos de superficie; que es un error tomar una de las especies—contrato obligatorio—por el género). La observación, aunque antigua, no ha perdido actualidad.

(51) Contrato es el acuerdo en dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial, según los términos bastante exactos del artículo 1.321 del Código civil italiano.

(52) Relación jurídica es una «situación en que se encuentran las personas organizadas unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico» (CASTRO: *Obra cit.*, I, pag. 556).

(53) SAVATIER: *Les metamorphoses...* cit., pág. 60.

(54) La relación de hecho paracontractual es definida así: «Une suite de faits matériels se substitue au contrat lui-même, et produit des effets systématiquement voisins, car ils ne peuvent être identiques» (pág. 60).

(55) MOREL: *Loc. cit.*, pág. 116 y ss.

(56) Véanse DURAND: *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, «Rev. Trimestrel de Droit civil», 1944, pág. 73 y ss.; *Le rôle des Agents de l'autorité publique dans la formation du contrat*, en la misma revista, 1948, pág. 155 y ss.; además el *Precis de législation industrielle*, en colaboración con ROUAST.

términos. Porque ambos calificativos—contractual y legal—hacen referencia de origen de la relación. La relación, por su origen, puede ser contractual y puede ser legal. Lo que no es admisible es la conjunción de ambos términos. Por otra parte, las denominaciones «relación paracontractual», empleada por Savatier, y la muy similar de «relación extracontractual» que utiliza Durand (57), sobre ser extremadamente vagas, sólo indican que el origen de la relación no es contractual. Muestran sólo el aspecto negativo de la cuestión. Pero nada dicen respecto a cuál sea su auténtico origen. Porque ocurre que el problema hay que plantearlo en el origen de la relación. La relación contractual y la llamada paracontractual—más claramente, el arrendamiento voluntario y el forzoso, por ejemplo—en nada se diferencian si no es en el origen. No puede satisfacer por ello la sustitución del término «contrato forzoso» por el término «relación paracontractual» u otro similar. El problema requiere un análisis mucho más minucioso.

Una construcción rigurosa del tema debe fundarse, a mi juicio, en una distinción clave que ya se apuntaba más arriba. Es la distinción que existe entre contrato y relación jurídica. El contrato es un acto privado mediante el cual se crean, de modo bilateralmente voluntario, relaciones jurídicas de todas clases. Se trata, en definitiva, de una especie del género negocio jurídico, que continúa siendo la forma más importante de creación de relaciones privadas, porque la autonomía privada tiene aún—a pesar de su crisis—rango de principio del Derecho.

Peró es preciso pensar que, junto al contrato, junto al negocio jurídico existen en el mundo del Derecho privado nuevas formas de tráfico, nuevos actos de constitución forzosa de relaciones jurídicas, de los cuales nace una relación idéntica esencialmente a la que pueda originar un contrato. Varía solamente la fuente de producción: acto de creación voluntaria o acto de creación forzosa. La relación jurídica que de ellos mana y es consecuencia—compraventa, arrendamiento, etc.—, es en esencia la misma.

V.—DISTINCIÓN ENTRE ACTO DE CONSTITUCIÓN Y RELACIÓN CONSTITUÍDA

De la mano de estas ideas se puede llegar a establecer una distinción mucho más general. La que existe entre el acto de constitución y la relación por él constituída. No es nueva ni original la afirmación que aquí se hace de que debe distinguirse la relación jurídica de los hechos o negocios que la dieron origen (58); que una

(57) La expresión «relación paracontractual», según la raíz griega *κατά* (en, al lado de) no significa otra cosa que «relación como contractual». El mismo valor aproximativo tiene el término «relación extracontractual». Se corre con ello el riesgo de resucitar, en otro sentido, el famoso *quasi ex contractu* de la fórmula de GAYO.

(58) «Se debe distinguir (la relación) ... de los hechos o negocios jurídicos que la originaron. Así el contrato es sólo un negocio jurídico que origina

cosa es el acto creador y otra la relación jurídica que de él surge (59). La afirmación es exacta y clara. Acto de constitución y relación constituida no son ni estructural ni funcionalmente la misma cosa.

Tienen una estructura diversa. La relación jurídica es una *situación* en que se encuentran dos sujetos (60). Como situación (61) es un modo de estar en la vida, un especial «estado», un fenómeno estático. La constitución de la relación es algo tan alejado del concepto situación, como un *acto* un hacer del hombre, una realización, un fenómeno de cariz dinámico.

Tienen también una función diversa. Acto de constitución y relación constituida se hallan unidos por un nexo causal. El acto de constitución es la causa de la relación y ésta, y, como consecuencia, la serie de derechos y deberes que la componen y forman su contenido, son su efecto. El acto de constitución de la relación es, en realidad, un «ponerse en relación» dos personas que en el momento anterior no se hallaban unidas, al menos, por este nuevo y especial vínculo. Este «ponerse en relación», relacionarse, que es tanto como crear la relación, tiene que ser necesariamente un acto de la vida social. Ahora bien, decir que el acto de constitución ha de ser un acto de la vida social no significa decir que haya de ser un acto sin carácter jurídico. Por el contrario, es un auténtico acto jurídico en cuanto que ha sido recogido por una norma que le ha conferido un valor jurídico: la eficacia de vincular, de crear relaciones.

Queda así establecida la diferencia que existe entre el acto de constitución y la relación por él constituida. Ocurre, sin embargo, que el acto de constitución, de la misma manera que casi todas las realidades jurídicas, se convierte en una categoría lógica, en un

relaciones jurídicas de la más distinta naturaleza». CASTRO: Ob. y lugar citado, pág. 557 y nota 2.

(59) PÉREZ SERRANO: *El nuevo sentido del contrato*, «Rev. de Derecho Privado», 1943, pág. 477.

(60) La definición clásica del concepto de relación jurídica—relación social o relación de la vida regulada por el derecho—es totalmente vaga e inconcreta (véase, p. ej., SAVIGNY: *Sistema*, cit. I, pág. 223; ERNECCERUS: *Tratado de Derecho civil*, tomo I, vol. 1.º, pág. 285; BRUGI: *Instituciones*, cit., pág. 45; SAVATIER: *Cours. cit.*, tomo I, pág. 23; CASTÁN: *Derecho civil*, cit., tomo I, volumen 2.º, pág. 7), con lo cual se difumina este concepto central para toda la ciencia del derecho («el cuerpo simple de la experiencia jurídica», lo llama LEVI, en *Teoría Generale del Diritto*, Padova, 1953, pág. 29; y DE BUNZ, en *La teoría de la relación jurídica en el Derecho civil*, Libro-homenaje al profesor don Felipe Clemente de Diego, Madrid, 1940, afirma que es el «elemento básico de todos los contenidos jurídicos», pág. 185). Para evitar que el concepto central pierda la importancia que efectivamente tiene, es menester dibujar con toda precisión su concepto, rechazando definiciones incorrectas. Por esta razón se aceptó aquí la contenida en la nota 51.

(61) Sobre el concepto de situación jurídica, además del estudio de LEGAZ que lleva ese título (*Sobre el concepto de situación jurídica y sus aplicaciones*, «Revista de Derecho Privado», 1943, págs. 716-724), puede verse, BETTI, ob. citada, págs. 3 y ss.; y PUGLIATTI: *Il rapporto giuridico unigoggettivo, Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951, pág. 157 y ss.; y *Glú Istituti del diritto civile*, Milano, 1943, I, pág. 254.

concepto: se institucionaliza. Y se produce un fenómeno muy curioso que merece un análisis detenido. El acto de constitución, por razones difíciles de fijar, alcanza en el sistema de los conceptos jurídicos un valor preeminente y absorbe a la relación, que es, en realidad, su efecto, para formar con ella una unidad conglomerada.

Es en el contrato donde este fenómeno se ofrece con mayor claridad. Contrato—*contractus*—quiere, según su prístino y etimológico valor, decir «lo contraído» (62). Lo contraído es la obligación—*obligatio*—; es decir, un vínculo, una relación. Con posterioridad *contractus* es un *consensus* (63) al que se llamará más tarde acuerdo de voluntades. El centro de gravedad se traslada del efecto—lo contraído—a la causa—el acto por el que se contrae—. La atención se proyecta sólo en este último—el acto—, quizá porque el ser acuerdo de *voluntades* le da para toda la dirección voluntarista del Derecho el valor de la piedra angular del mismo. Sin embargo de ello, contrato sigue siendo, incluso en nuestros días, lo mismo el acto de contraer que lo contraído, el negocio y la relación contractual. Esta artificial soldadura no tiene una razón suficiente, por lo cual se hace preciso deshacerla. En realidad, no contribuye a otra cosa que a enturbiar y privar de claridad a conceptos que de por sí no son excesivamente claros. Acto y relación son conceptos distintos. Entre ambos existe un nexo evidente. Pero ello no puede tener como consecuencia que formen una sola unidad y que se considere, como si ello fuera posible, a la relación como contenido del acto. Hay que proceder a la separación. De un lado debe colocarse el acto de constitución, de la naturaleza o especie que sea, que hace nacer la relación. De otro, ésta última, que es el efecto de aquél, pero en sí una unidad nueva y diversa. No es posible confundirlos, ni aun en los casos en que convivan temporalmente (64). Y, desde luego, la distinción se hace mucho más necesaria cuando la relación nacida del acto es duradera o permanente (65).

(62) La voz *contractus* es el participio pasivo del verbo *contrahere*. Es una elipsis de la expresión *negotium contractum* u *obligatio contracta* (vid. BONFANTE: *Sui contractus e sui pacta*, «Rivista del Diritto Commerciale», 1920, I, página 1). Más tarde pasa a designar el acto que da origen al vínculo, el acto del cual el vínculo nace: *obligationes ex-contractus nascuntur* (Dig. 44, 7, 1, pr.).

(63) Sólo en el Derecho Justiniano el contrato significa el acuerdo de voluntades. Cfr. Inst. 3, 13, 2: *Contractus autem est duorum vel etiam plurium in idem conventio et consensus ad constituendum obligationem et ut alteri fiat obnoxius*.

(64) El hecho de que coexistan en un mismo momento la relación y su acto creador, como ocurre, por ejemplo, en los casos de una donación o de una compraventa manual, no borra la claridad de la distinción teórica. Querrá decir solamente que lo que jurídicamente son dos fenómenos distintos se presentan algunas veces en la realidad como uno solo.

(65) Vid. GIERKE: *Dauerndes Schuldverhältnisse, Iherings Jahrbüchern*, tomo 64, pág. 388 y ss. La distinción entre las relaciones que pueden llamarse «duraderas» y las que, por contraposición, pueden recibir el nombre de «instantáneas», no coincide con la diferencia, muy conocida, que se establece entre relaciones de tracto único y de tracto sucesivo. Una relación de tracto suceai-

VI.—MODALIDADES DEL ACTO DE CONSTITUCIÓN

Distinguida la relación de los actos que la dan origen o nacimiento, puede pasarse al examen de las modalidades que este acto de constitución puede adoptar. La constitución, en cuanto supone un poner en relación a dos personas, debe realizarse siempre a través de un acto jurídico. Sólo una realización de la voluntad puede tener fuerza vinculante; y en el acto de constitución de una realización jurídica debe existir, por hipótesis, esta fuerza vinculante.

La más clara y primaria clasificación que puede hacerse de los actos de constitución mira a la voluntad productora de la vinculación.

Betti afirma que los actos dirigidos a estatuir un debe ser jurídico se pueden calificar de declaraciones o pronunciamientos normativos en sentido latísimo y subdistinguir, según que la regla sea dictada por una autoridad superior o por los mismos interesados, en: *a*) resoluciones o proveimientos (actos de mandato heterónimo), y *b*) negocios jurídicos (actos de autonomía) (66).

De la misma manera, Carnelutti ha distinguido el mandato autonómico del heteronómico, nociones ambas en estrecha conexión con el concepto de parte. El mandato es autonómico cuando la orden es dictada por las mismas partes interesadas. Es heteronómico, cuando la orden se ha formado fuera (67).

Sobre la base de estas ideas no resulta difícil construir la primera clasificación de los actos de constitución de relaciones.

a) En un primer supuesto, el acto de constitución ha sido realizado por los sujetos de la relación. Son las mismas partes quienes, para satisfacer intereses o necesidades, traban una relación de carácter jurídico con plena libertad. El acto puede llamarse *autónomo*, porque ha sido realizado por las partes en el ejercicio del poder que poseen de gobernar su propia vida jurídica y cuidar, sus intereses. Puede llamarse *voluntario*. La denominación es en este caso menos precisa, porque voluntario es todo lo que tiene su origen en una voluntad y una voluntad existe en todo acto de constitución. La voluntariedad se mide aquí, no hace falta decirlo, desde el ángulo de los sujetos entre quienes va el acto a desple-

vo es siempre de carácter duradero, pero puede serlo también una relación de tracto único, por ejemplo, por haberse diferido su ejecución.

(66) BETTI: *Teoría gen. del neg. jur.*, cit., pág. 19.

(67) Hay «órdenes» formados por personas que son partes en el conflicto, que la misma orden regula y otras por personas que no son; en el segundo caso se habla de una regulación super partes (heteronomía); en el primero, de una regulación inter partes (autonomía). CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho* (ed. española), Madrid, 1955, pág. 78. El hecho de que la distinción, se realice en el momento de construir las fuentes jurídicas (vid. MANIGK: *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin, 1935), y que se consideren autonomía y heteronomía como dos formas de producción del Derecho (Cfr. Kelsen: *El contrato y el tratado desde el punto de vista de la teoría para un Derecho*, México, 1943, pág. 113), aunque es discutible. (Cfr. CASTRO: *Ob. cit.*, I, pág. 334 y ss.), no impide su aplicación al campo de las formas de producción de vínculos jurídicos.

gar su eficacia. Hay, pues, una primera forma de constitución: constitución voluntaria y autónoma.

b) En el segundo supuesto el acto lo realiza una voluntad distinta de la de los sujetos de la relación. Para que este extraño, tercero en la más pura acepción de la palabra, pueda imponerse a los sujetos de la relación; es preciso que posea una cierta superioridad sobre ellos. Dentro del Derecho privado, la única fuerza que puede imponerse a la autonomía de los individuos es la voluntad del Estado cuando mira por el bien de la comunidad. El acto de constitución es en este caso una manifestación de autoridad a la que el Derecho reconoce también eficacia vinculante. La constitución es *heterónoma* porque procede de una voluntad distinta de la de las futuras partes y, por esta misma razón, *forzosa*, en cuanto que de alguna manera la creación de la relación no es libre para sus titulares.

Esta es la clasificación más importante de los actos de constitución de relaciones. Autonomía y heteronomía son criterios antagónicos que no permiten un tercer miembro entre ellos. El problema consistirá entonces en analizar ambos términos de la clasificación, aunque sólo el segundo ofrezca la solución de la cuestión planteada, contraponerlos para hacer más acusados sus rasgos diferenciales y sus peculiaridades, y compararlos, para comprender que, por encima de su diversidad, pertenecen a un género común y poseen un común denominador: esto que hemos dado en llamar fuerza o eficacia vinculante.

VII.—CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA: EL NEGOCIO JURÍDICO

La constitución voluntaria y autónoma de relaciones, que se produce cuando los titulares de la relación futura son quienes la crean libre y autónomamente, es la forma normal de constitución. Comoquiera que una relación jurídica no es otra cosa que el cauce jurídico de realización de un interés y que la regulación, satisfacción y cuidado de los intereses compete, por regla general, a los interesados, es lógico que sean ellos quienes constituyan y ordenen sus propias relaciones.

El acto de creación voluntaria y autónoma de una relación jurídica es siempre un negocio jurídico. No es, sin embargo, cierta la proposición contraria. No quiere decirse que el negocio sea siempre un acto de creación de relaciones. Prescindiendo de las definiciones—tan clásicas como inconcretas—según las cuales un negocio es una «declaración de voluntad privada productora de efectos jurídicos» (68), debe aceptarse el concepto más modernamente propugnado conforme al cual el negocio es un «acto de autonomía privada que contiene una reglamentación preceptiva para sus partes de los intereses puestos en juego» (69). Hay en todo negocio dos

(68) Vid en este sentido, CASTÁN: Ob. cit., I, vol. 2.º, pág. 466; RUGGIERO: *Instituciones*, I, pág. 249; ENNECCERUS: Ob. cit., I, vol. 2.º, pág. 57; LEVY: Ob. cit., pág. 332, etc.

(69) BERTI: Ob. cit. págs. 45 y ss.

elementos perfectamente diferenciados: su contenido y su eficacia. La eficacia del negocio es la eficacia vinculante. El negocio incide sobre una situación jurídica y la crea, la modifica esencialmente o la extingue. Pero el negocio no se agota en la eficacia que proyecta en la situación. El negocio contiene, además, la reglamentación de esta situación. El negocio contiene un precepto, una regla de conducta, una formulación de deber ser en definitiva, que ha de ser observada por las partes en el desarrollo de esta situación (pactos, cláusulas, etc.). Todo negocio es, pues, un acto de autonomía particular cuyo efecto es crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica, a la vez que se da vida al precepto que ha de reglamentarla. Por eso no hay inconveniente en admitir que el acto de constitución voluntaria y autónoma de una relación es un negocio jurídico. El acto de constitución voluntaria y autónoma seguirá las reglas señaladas para el negocio jurídico en general para la especie particular de negocio en que encaje, normalmente, contrato. No parece necesario insistir sobre ello.

VIII.—CONSTITUCIÓN FORZOSA: CONCEPTO

Frente al acto de constitución voluntaria se encuentra el acto de constitución forzosa. La relación privada, que normalmente nace de un acto de autonomía de las partes, puede excepcionalmente venir a la vida sin este acto, sin que la voluntad de sus titulares haya sido tenida en cuenta, sin que lo hayan querido. Hay en estos casos una voluntad superior que impone la relación, sin que a las partes les quede otra posibilidad que la de acatarla. Ya vimos más arriba la amplitud que la constitución forzosa de relaciones tiene en el derecho moderno. Ahora importa sólo centrar conceptualmente la figura. Un concepto del acto de constitución forzosa puede darse por contraposición del acto de constitución voluntaria. Si éste se definió como el acto de autonomía creador de relaciones privadas, de aquél puede decirse que es «el acto del Estado—acto de mandato heterónomo—que crea e impone entre dos sujetos privados una relación de carácter privado».

El acto de mandato heterónomo, como segundo término—junto al negocio jurídico o acto de autonomía—del binomio de actos de constitución, ha recibido en algún momento las denominaciones de «resolución» y «proveimiento» (70). La equívocidad de la primera designación y el dudoso carácter castellano de la segunda obligan a rechazarlas. Comoquiera que lo característico, lo definitivo de estos actos es que imponen una relación, pueden ser designados con el nombre de «imposición jurídica», aunque no se oculta todo el riesgo y el peligro que el artificial bautizo de una institución jurídica lleva consigo.

(70) Sobre resolución y proveimiento. BETTI: Ob. cit., pág. 10; CARNE-LUTTI: Ob. cit., pág. 78.

IX.—CLASIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN FORZOSA

Una clasificación de los actos de constitución forzosa puede obtenerse empleando tres criterios: *a)* el grado de «forzosidad», valga la expresión, que el acto encierra para las partes; *b)* el carácter mediató o inmediato del efecto constitutivo del acto estatal; *c)* la naturaleza del órgano del Estado que emite el mandato creador y, como consecuencia, la naturaleza del propio acto. De esta manera resultan claramente diferenciadas tres clasificaciones de los actos de constitución forzosa, según sean: *a)* bilateral o unilateralmente forzosos; *b)* directos o indirectos; *c)* legales, administrativos y judiciales.

a) Atendiendo al primer criterio, la constitución forzosa de la relación puede producirse de alguna de estas dos maneras: 1.º El acto estatal se impone a ambos titulares. Al crear la relación se prescinde de la voluntad de sus sujetos. En este caso la constitución puede, sin dificultad, llamarse «bilateralmente forzosa», puesto que lo es para los dos sujetos privados. 2.º El mandato del Estado se impone a uno de los titulares, pero no al otro. Este último, sobre quien no pesa la fuerza de la imposición, puede solicitar la constitución y sólo cuando haya realizado su solicitud podrá la autoridad llevar a cabo la constitución. Nos hallamos en presencia de una constitución unilateralmente forzosa y unilateralmente voluntaria.

1.º Cuando la constitución es *bilateralmente forzosa*, el solo acto del Estado crea la relación. Hay una única declaración, y un único sujeto activo o sujeto del acto: el Estado. La relación nacida de ese acto liga a dos sujetos particulares, privados, que no han intervenido en el nacimiento de la relación.

La constitución bilateralmente forzosa, en rigor, no existe en nuestro Derecho. Sólo es posible en los regímenes de absoluta y total dictadura, donde se suprime la libertad humana y se convierte a los miembros de la comunidad en simples piezas del engranaje estatal.

El único supuesto que, dentro de nuestro sistema jurídico, coincide en algún aspecto con la constitución bilateralmente forzosa es el de las obligaciones nacidas de la ley o constitución legal (71): cuando la ley establece derechos y deberes recíprocos entre personas que de alguna manera se encuentran en contacto. Mas en tales casos lo que la ley suele hacer es reconocer o dar carácter jurídico

(71) Un ejemplo de «constitución bilateralmente forzosa» puede encontrarse en el artículo 552 del Código civil: «los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre desciendan de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastren en su curso». Sin más requisito que esta declaración de la ley—*ipso iure*—se constituye la servidumbre natural de aguas, cuya constitución es forzosa lo mismo para el dueño del predio sirviente que para el del predio dominante, lo cual no quiere decir que estos derechos no puedan renunciarse, transformarse, etc., porque la renuncia y la transformación suponen negocios modificativos o extintivos de algo creado ya.

a deberes de tipo muy amplio—respetar, no producir daño, indemnizar, etc.—que se hallan en la conciencia de las gentes

2.º Cuando la constitución es *unilateralmente forzosa*, el mandato ha sido solicitado o instado por uno de los sujetos privados (72), al que, por este hecho, puede llamarse activo. La fuerza constitutiva o vinculante continúa recibiendo en la declaración preceptiva de la autoridad. Pero ésta necesita, para poder ser emitida, el impulso de la declaración del sujeto privado, la cual se convierte de esta manera en presupuesto de la anterior. Por el contrario, el segundo sujeto privado no interviene en ningún momento y su voluntad no es tenida en cuenta.

Este fenómeno de imposición unilateral coincide o suele coincidir con una política de protección de determinadas personas o grupos de personas a quienes se estima más débiles frente a los más fuertes o poderosos. Aparece cuando el Estado se interesa en la realización del interés—privado—de este grupo; cuando la realización de este interés privado se convierte en cuestión de interés público. El acto estatal de constitución es un acto de realización del interés público, pero a la vez trata de satisfacer un interés privado (en definitiva, el interés público es la satisfacción del interés privado); de ahí que el acto estatal sólo se produzca merced al impulso del acto privado, del acto que manifiesta el interés privado.

La imposición unilateral es, casi diríamos, un fenómeno normal en una política de fuerte dirección económica y protección social y los ejemplos, que el Derecho actual ofrece de él, son fácilmente observables y pueden, desde luego, multiplicarse.

b) La clasificación de la constitución forzosa en *directa e indirecta* se refiere, habíamos dicho, al carácter mediato o inmediato del efecto constitutivo, es decir, al tipo de nexo casual que liga al acto de constitución con la relación.

La constitución forzosa es directa cuando, una vez realizado con todos los requisitos exigidos por el Derecho objetivo, el acto de constitución, sin que importe ya si es bilateral o unilateralmente forzoso, el efecto—la relación—surge inmediatamente a la vida (73).

(72) Los ejemplos de «constitución unilateralmente forzosa» son mucho más fáciles de encontrar: la servidumbre de paso (art. 564 del Código civil) no se constituye si el favorecido no ejecuta su derecho a exigir paso; el arrendamiento forzoso (D. 3 octubre 1947) no se lleva a cabo si no hay, por lo menos, un «aspirante a inquilino»—tal es la denominación con que el legislador lo designa—inscrito en el Registro que, a tales efectos, debe llevarse en el Gobierno Civil de la Provincia; la venta forzosa de solares (Ley 15 mayo 1945) requiere la solicitud de un eventual comprador, etc.

(73) Hay «constitución directa» en el caso mencionado en la nota 68. Sin embargo, «constitución directa» y «constitución bilateralmente forzosa» no son conceptos coincidentes. Toda constitución bilateralmente forzosa ha de ser por exigencia lógica, directa, puesto que es absurdo otorgar un derecho a exigir la constitución a quien ésta ha de imponerse forzosamente. Pero no toda constitución directa ha de ser por necesidad bilateralmente forzosa. Piénsese en el caso de la venta de solares antes mencionado; tramitado el expediente ante la

En la constitución indirecta hay como dos fases o tramos. Cuando el acto de mandato estatal ha sido perfectamente emitido, no surge la relación a que se pretende llegar. Se pasa a un estadio intermedio cuyo contenido es un deber del sujeto pasivo de constituir la relación, que va normalmente acompañado de un derecho del sujeto activo a exigir dicha constitución (74). El tránsito de esta fase media, en la cual existe ya una relación previa o un momento previo de la relación final, formado por este derecho y este deber de constituir (75), a la fase final se verifica mediante un nuevo acto: el acto de cumplimiento, voluntario o forzoso, del deber de constituir.

La primera cuestión que puede plantearse es la averiguación del porqué de este aparentemente inútil rodeo. La explicación es clara cuando se trata de una constitución legal: sencillamente porque esta última, en su forma directa, ofrece una gran dificultad de fijación de contenido y es, además, bilateralmente forzosa. La imposición indirecta, provocando un acto de las partes, obvia aquellas dificultades y convierte la constitución en unilateralmente forzosa. La explicación ya no es tan sencilla en los casos en que se trata de una constitución verificada a través de un acto administrativo o judicial. Hay entonces un auténtico rodeo inútil con la consiguiente duplicidad de actuaciones, multiplicación de esfuerzos y retrasos en la consecución del fin que se pretende, cuya única justificación parece ser el tradicional prejuicio de intentar evitar la substitución total de individuo por la autoridad. Parece menos violento que la autoridad obligue al individuo a realizar la cons-

autoridad municipal, no surge un derecho a comprar o un deber de vender, sino una compra-venta plena y perfecta que sólo es forzosa para el vendedor.

(74) Obsérvese el caso de la hipoteca legal (arts. 158 y ss. de la Ley hipotecaria: La mujer casada, el reservatario, el hijo sometido a patria potestad, etc., no son titulares, *ex lege*, de un derecho real de hipoteca. Tienen simplemente derecho a exigir hipoteca. De la misma manera el marido, el reservista o el padre o madre que hubieren contraído seguido matrimonio tienen deber de constituir la hipoteca. La hipoteca, plena y perfecta, no surge *ex lege*, sino cuando se ejercite aquel derecho y aquel deber de constitución.

(75) Es curioso, sin embargo, observar que por la simple declaración de la ley, ha surgido ya una relación de tipo previo: el derecho y el deber de constituir suponen la existencia de una relación jurídica previa o de una fase previa de la relación jurídica. Es curioso también el paralelismo entre este fenómeno y el que origina un precontrato. (Cfr. CASTRO: *La promesa de contrato*, «Anuario de Derecho civil», III, IV, 1950; ALGUER: *Para la crítica del concepto de precontrato*, «Rev. Derecho Privado», 1935 y 1936; MORO: *El precontrato*, «Rev. Crit. D. Inmobiliario», 1934; y las observaciones hechas en mi artículo *El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje*, «Anuario de Derecho civil», IV, VII, 1954), lo cual lleva a pensar que el precontrato no es otra cosa que una forma de constitución indirecta dentro de la constitución voluntaria. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: (Notas a la traducción española de ENNECERUS, cit., I, vol. 2.º, pág. 173), observan que la obligación legal de contratar (mejor, de constituir), está sujeta doctrinalmente a igual problema que el precontrato, y la voluntad legal de contrato es voluntad legal de los efectos del contrato y, por tanto, la ley que impone la obligación de un determinado contrato; en ciertos supuestos, impone ya desde luego las obligaciones que forman el contenido propio de ese contrato.

titudin que no si la lleva a cabo por sí misma. Pero se trata de una pura apariencia. La misma fuerza hay en un caso que en otro. Si el individuo ha de ser forzado a entrar en una relación jurídica, es igual que se haga directa que indirectamente. Mejor dicho, es preferible la constitución directa, que al menos supone un ahorro y economía de tiempo y de trámites.

c) El tercer criterio de clasificación utilizado es la naturaleza del órgano del Estado que, a su vez, repercute en la naturaleza del acto que dicho órgano lleva a cabo. Desde este punto de vista los supuestos de constitución forzosa son los siguientes:

1.º El mandato estatal con fuerza ordenadora y vinculante puede ser, en primer lugar, una norma jurídica, en cuyo caso hablamos de *constitución legal*. La fuerza vinculante, la voluntad creadora reside en este caso en la ley. La relación se produce por la sola fuerza del derecho objetivo. *Ipsa iure*. Suele decirse que en tales casos la fuente creadora es un hecho jurídico: el hecho al que la norma liga su eficacia; el hecho que forma parte del supuesto de la norma. Y se clasifican los modos de constitución en hechos y actos jurídicos. En ambos casos la norma jurídica queda como fuera del fenómeno atribuyéndole o reconociéndole valor y eficacia. Se olvida que mientras los actos tienen por sí un valor eminente, una fuerza vinculante, como procedente de una indudable voluntad, creadora en este caso, el hecho escueto carece de ella por definición. El argumento se refuerza al observar la distinta función que en ambos casos realiza la norma. Tratándose de actos, se dice, la norma les *reconoce* eficacia; no hace otra cosa que valorar, admitir lo que ya existía. Al puro hecho la norma no le reconoce eficacia; es algo distinto: al hecho la norma le *atribuye* eficacia (76). Y si se la atribuye es porque, sin la norma, el hecho no la tendría. El hecho no es otra cosa que un supuesto o condición de su aplicación.

Quiere decir todo ello que es más exacto hablar de relaciones creadas por una norma que de relaciones creadas por un hecho. La constitución legal es, por lo demás, una realidad ampliamente reconocida por la doctrina y la legislación contemporánea (77).

2.º La *constitución administrativa* es un acto concreto y particular—un mandato concreto y particular—de los órganos de gobierno del Estado. Se habla de mandato concreto y particular para

(76) Véase, por ejemplo, CASTÁN: ob. cit., I, vol. 2.º, donde el hecho jurídico se define como «todo suceso al que el ordenamiento *atribuye* la virtud de producir, por sí o en unión de otros, un efecto jurídico, es decir, la adquisición, la pérdida o la modificación de un derecho» (pág. 438), mientras que, al tratar del negocio jurídico, se dice que es «el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el Derecho objetivo *reconoce* como base del mismo» (pág. 466). No es necesario insistir en la diferencia que existe entre atribución y reconocimiento del efecto jurídico, para darse cuenta de cómo es distinta la función de la norma en uno y otro caso.

(77) Basta citar al efecto el art. 1.089 del Código civil: «Las obligaciones nacen de la ley...»—y la doctrina que lo ha comentado para convencerse de ello.

enfrentarlo al mandato general y abstracto (norma) a que nos hemos referido en el caso anterior. El fundamento de la constitución administrativa es la relativa ineficacia de la constitución legal. La intervención del Estado en el Derecho privado se realiza preferentemente a través de la ley. La razón de esta preferencia por el mandato legal es probablemente el mismo prejuicio antes aludido. La imposición legal parece psicológicamente una imposición menos violenta que la del órgano administrativo. Sin embargo, la imposición legal precisa para ser eficaz que los sujetos se encuentren ya en una cierta conexión siquiera sea ésta puramente de hecho. Quiere decirse que si en el supuesto de la norma no existe ya alguna unión o enlace entre estos sujetos, la norma no puede ponerlos en relación. Aquí está probablemente la clave: una norma puede crear una relación jurídica entre dos personas de alguna manera unidas con anterioridad, pero una norma no puede unir, relacionar a dos personas que en el momento anterior no lo estuvieran. Más claramente, la norma puede prever una relación de hipoteca entre tutor y pupilo, pero no puede poner en relación al que carece de vivienda y al que la posee y no quiere alquilarla. De otro lado, la norma, por su propia naturaleza de precepto general y abstracto, no puede llenar el contenido de cada relación concreta, que es en cada caso vario y diverso. La norma puede otorgar al pupilo un derecho a exigir hipoteca de su tutor, pero no puede señalar el precio del alquiler forzoso, ni la forma de pago, ni las demás condiciones del contrato. La norma puede señalar a las relaciones que cree contenidos de tipo abstracto, pero no contenidos de tipo concreto.

Y ocurre que la realización del interés público exige relacionar a personas extrañas entre sí, a personas sin contacto alguno entre ellas, y exige igualmente la determinación del contenido de cada relación, la reglamentación de cada caso. El Estado necesita descender de las alturas de la formulación de un deber ser general a la gestión de los intereses de la vida concreta. La intervención tiene que verificarse mediante un acto particular del Estado. Y es por ello por lo que el acto administrativo se convierte en acto de constitución de relaciones entre particulares (78).

(78) La posibilidad de que un acto administrativo engendre una relación de derecho privado ha sido en alguna ocasión reconocida. ENNECERUS (ob. citada, I, vol. 2.º, pág. 171, especialmente nota 23), no obstante admitir la existencia de contratos forzosos, afirma que «no hay ninguna obligación de contratar, ni celebración de contrato, cuando se crea inmediatamente por la ley o por acto administrativo una relación jurídica de derecho privado». Al enfrentarse con un problema semejante, el arrendamiento forzoso de la disposición transitoria 23, a) de la Ley de Arrendamientos Urbanos (vid. supra, pág. 11 y ss.), COSSIO y RUBIO (*Tratado de Arrendamientos Urbanos*, Madrid, 1949, página 351), afirman que el acuerdo del Gobernador civil, que da origen al arrendamiento, «es indudablemente un acto administrativo, en cuanto supone una orden dada por la autoridad en el ejercicio de su propia competencia», lo cual parece en general exacto. Sin embargo, la afirmación subsiguiente de que «la ejecución del referido acuerdo suponga la celebración de un contrato de carácter puramente civil, sin que en nada pueda alterar su naturaleza el hecho de

3.º La *constitución judicial* es un acto de los órganos jurisdiccionales del Estado. ¿Cuándo toma parte la autoridad judicial en la constitución de relaciones privadas?

La ejecución de lo que antes hemos llamado fase previa de la relación en la constitución indirecta debe estar encomendada a los órganos jurisdiccionales del Estado. Se trata del ejercicio del derecho a exigir la constitución realizado ante los tribunales. Cuando el titular del deber de constituir no se avenga con el titular del derecho a la constitución, surgirá litigio entre ellos y habrá de ser resuelto por los tribunales, que serán, en este caso, quienes impongan la relación. Se suele hablar en estos casos de *proceso constitutivo* y de sentencia constitutiva (79).

En otros casos, la creación de la relación no es el fin a que tiende todo el proceso. La creación de la relación es sólo un medio o una medida (medidas cautelares y ejecutivas) dirigida a hacer posible la decisión judicial. Entonces, más que de proceso constitutivo debe hablarse de *actos procesales de constitución*.

Lo mismo el proceso constitutivo que los actos procesales de constitución—es decir, siempre que la constitución se realice dentro de un proceso, bien porque el proceso tenga una finalidad constitutiva, bien porque la constitución sea un medio para la decisión del juez—, pueden englobarse en el concepto de *constitución procesal*.

Por último, todos aquellos casos en que el órgano jurisdiccional no realiza una función estrictamente procesal, en que el acto constitutivo tiene, por lo menos, una naturaleza procesal dudosa—particularmente en los supuestos de negocio de jurisdicción voluntaria—, puede hablarse de *constitución extra-procesal*.

X.—CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA CONSTITUCIÓN FORZOSA

Se ha advertido ya que el propósito de estas líneas no es agotar ni resolver toda la difícil problemática que plantea la constitución forzosa de relaciones jurídicas privadas, sino, por el contrario, el intento, mucho más simple, de exponer, de apuntar algunas ideas que pueden contribuir a la solución del llamado contrato forzoso. De ahí que esta exposición se cierre señalando algunas características gene-

que la autoridad administrativa haya en él intervenido como legal representante del arrendador a *fortiori*, parece en gran manera inexacta. ¿Qué suerte de representación legal es esta? ¿Puede hablarse de representación en los casos en que se trata, no de realizar el interés del «representado» (arrendador), sino de favorecer al otro «contratante» (arrendatario)? ¿No es más adecuado decir que la autoridad administrativa está facultada por la ley para sustituir o desconocer al arrendador?

De otra parte, en vez de aseverar que la ejecución de un acuerdo administrativo da lugar a un contrato civil, debe decirse que el acto administrativo origina una relación de arrendamiento.

(79) Sobre proceso y sentencia constitutiva, PLAZA: ob. cit., I, pág. 108 y ss.; GUASP: *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, I, pág. 329 y ss.; LUNA: *La sentencia constitutiva*, «Rev. de los Tribunales», 1931, pág. 49 y ss.; SILVA MELERO: *Las sentencias constitutivas*, «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia», vol. 158, pág. 413 y ss.

rales de la figura, aun advirtiendo—posiblemente es advertencia innecesaria— que queda necesitada de una elaboración mucho más completa y madura.

a) *La imposición como acto jurídico.*—La constitución forzosa es siempre un acto jurídico en cuanto existe en ella una conducta querida, una realización en la que concurren una conciencia y una voluntad (80).

Decir que la constitución forzosa es siempre un acto jurídico puede parecer una simplicidad. Sin embargo, para llegar a esta afirmación hay que salvar algún obstáculo. No debe olvidarse que para ello es preciso reducir a unidad una serie de figuras de diversa estirpe; que bajo el nombre de constitución forzosa o de imposición jurídica se han englobado actos jurisdiccionales, actos administrativos y normas jurídicas. ¿Pueden reducirse estas figuras, indudablemente diversas, a un concepto unitario? Realizando una observación atenta puede contemplarse en toda norma jurídica un doble aspecto, una doble dimensión: lo más saliente de la norma jurídica es lo que en ella hay de precepto, de regla de la conducta humana; pero ello no debe hacer olvidar que en toda norma hay también un acto, un acto de ordenación general de la realidad social, un acto mediante el cual el Estado emite una declaración preceptiva con eficacia social organizadora que puede, sin dificultad, llamarse acto normativo. Lo que ocurre es que, al institucionalizarse o conceptualizarse la norma jurídica, se destaca su contenido preceptivo y se borra un poco lo que en ella hay de acto (81).

Lo contrario ocurre con los actos administrativos y jurisdiccionales. En ellos se descubre en seguida la dimensión de acto, de realización humana. Pero también, aunque de alguna manera escondido tras el aspecto de acto, se destaca, puede hallarse, un precepto, una formulación de deber ser jurídico (82).

La diferencia entre unos y otros actos reside en la amplitud del precepto que contienen. El precepto del acto normativo tiene una eficacia social organizadora (83). El precepto de los actos administrativos y jurisdiccionales es un precepto dictado para un caso concreto.

La constitución forzosa o imposición jurídica es, por tanto, un acto jurídico y, además, un precepto. Esta naturaleza preceptiva

(80) CASTRO: *Derecho civil, cit.*, I, pág. 620: tienen la condición jurídica de las situaciones en las que se tiene en cuenta la actuación de una persona como conducta querida.

(81) Kelsen: *Teoría general del Derecho y del Estado, México, 1950*, página 40 y ss.: «No únicamente la ejecución de una norma de derecho, la realización de la sanción que aquélla estipula, sino también los actos por los que las normas jurídicas son creadas, son de carácter jurídico... El acto a través del cual una norma jurídica es creada, representando un acto determinado por el orden jurídico lo mismo que el acto que constituye la ejecución de otra.»

(82) Sobre el valor preceptivo de los actos administrativos y jurisdiccionales, vid. CARNELUTTI: *ob. cit.*, pág. 85 y ss.

(83) Sobre el valor de la «eficacia social organizadora» como nota diferencial del mandato normativo, CASTRO, I, pág. 46.

del acto de constitución forzosa nos lleva a tratar de la segunda nota.

b) *La imposición como acto vinculante.*—Con extraordinaria precisión ha distinguido Betti (84), bajo el aspecto funcional del poder que en ellos se ejerza, los actos jurídicos en actos que dictan una regla a intereses relevantes para el Derecho, disponiendo de la respectiva tutela jurídica, y actos que proveen a su satisfacción actuando la tutela de que ya gozan.

Poniendo el centro de gravedad de la distinción, no tanto en el contenido del acto (reglamentación de intereses), como hace Betti, sino en su eficacia, la clasificación puede fácilmente convertirse en esta otra: 1.º *Actos de vinculación*, que son aquellos actos que afectan de modo radical a la existencia de una relación jurídica; al incidir sobre los intereses en juego y reglamentarlos, el acto tiene un efecto vinculante; toda reglamentación de intereses privados se resuelve necesariamente en la constitución de o en la modificación o en la extinción de una relación jurídica. 2.º *Actos de ejecución*, que son aquellos actos cuyo efecto es desarrollar, dar curso, actuar el contenido de la relación jurídica; son actos de ejercicio de los poderes y facultades que la relación otorga o actos de cumplimiento de los deberes que impone.

Que el acto que hemos llamado imposición jurídica cabe en el primer término de esta clasificación y no en el segundo es algo que se comprende sin dificultad.

c) *La imposición como acto estatal.*—El acto jurídico de constitución forzosa es un acto en el cual interviene, con rango preponderante, el Estado. La fuerza creadora de la relación, que en virtud de él nace, es la voluntad soberana del Estado, supraordenada a las voluntades privadas que han de ser titulares del vínculo. El Estado se sitúa, no al nivel de los particulares, sino por encima de ellos ejercitando la «potestas» de que es titular. Indiscutiblemente nos hallamos ante un acto estatal.

Las notas de supraordenación y soberanía, que concurren en el acto de constitución forzosa, pueden llevarnos a la conclusión de que el acto, en sí mismo considerado, aislado de la materia sobre que incide y se proyecta, objetivamente contemplado, es un acto que puede catalogarse en la esfera del Derecho público.

La dificultad surge cuando se observa que la relación que este acto de Derecho público hace nacer, tiene carácter privado. Una relación entre dos particulares, establecida para la realización de un interés privado, aunque de él se haya hecho cargo el Estado, tiene una indudable naturaleza de Derecho privado.

¿Qué sentido tiene este hecho sorprendente de que un acto de Derecho público dé origen a una relación de Derecho privado? Nos encontramos en ese terreno movédizo y cambiante donde lo público y lo privado se entrecruzan extrañamente, de un modo difuso que induce a confusión, en esa sorprendente tierra de nadie o de to-

(84) BETTI: *Teoría general del neg. jurídico*, cit., pág. 19.

dos que hace pensar en el absurdo de querer trazar una frontera. Sólo puede darse a esta aparente antinomia dos soluciones que la eviten: o bien considerar que, por ejemplo, los actos administrativos o jurisdiccionales son, en determinados casos, acto de Derecho privado, lo cual parece en rigor absurdo, o bien considerar que las relaciones de compraventa o arrendamiento, por ejemplo, son en aquellos casos relaciones de Derecho público, lo cual parece igualmente absurdo. La antinomia es puramente aparente. La única solución es la que más arriba se expuso. No hay ninguna dificultad en admitir que un acto estatal catalogable dentro del Derecho público puede originar relaciones de Derecho privado.

d) *La imposición como acto heterónomo*.—El acto de constitución forzosa es un acto heterónomo. Es alguien distinto de los titulares de la relación quien realiza el acto que la crea. Esta voluntad extraña—«otra», en la más pura acepción de la palabra—interviene sólo en el momento constitutivo. Una vez creada, la relación se desarrollará *inter partes*. A ella se confiará el ejercicio y defensa de los Derechos que en cada caso se atribuyan.

e) *La imposición como acto involuntario*.—La constitución es forzosa para los sujetos de la relación o, al menos—como ya se ha visto—, para uno de ellos. El carácter forzoso y la heteronomía son cosas distintas. La heteronomía significa que es una persona extraña a los intereses que se realizan, extraña a la relación que nace, quien ha sido por la ley llamada a crearla, pero por sí sola no excluye la voluntad de las partes. La constitución puede ser heterónoma y jugar destacado papel en ella la voluntad de las partes. Piénsese en el caso de que hubiera de realizar el acto creador un órgano del Estado, pero sólo en el caso de que los sujetos privados acudieran a él de común acuerdo (85), nos hallaríamos ante un acto de constitución heterónomo. En el caso que ahora se analiza, la constitución es heterónoma y forzosa. ¿Cómo repercute esta falta de voluntariedad en el tratamiento jurídico del acto? ¿Cuáles son los efectos de la involuntariedad en el régimen jurídico de la institución? Por de pronto hay que convenir en que la voluntad de uno de los sujetos o, en su caso, de los dos pierde relevancia. Deja de ser elemento o parte integrante de la estructura del acto. Por lo mismo, carece de influencia en lo que haga referencia al acto. Una consecuencia de ello debe, inmediatamente, verse en el hecho de que la teoría de los vicios de la voluntad deja de funcionar. Comoquiera que esta voluntad no forma parte del acto, sus vicios no pueden en ningún caso ser causa de la invalidez o ineficacia del mismo (86).

(85) Algo semejante, aunque no idéntico, ocurre en los casos en que se exige como requisito constitutivo la inscripción en un registro público. Una semejanza puede encontrarse en el matrimonio, a cuya celebración *procederá el juez municipal*, según el artículo 96 del Código civil, transcurrido el plazo del artículo 89.

(86) No se trata de resolver si la voluntad es un requisito del negocio jurídico o un elemento del mismo. Lo cierto es que en la constitución forzosa no juega ninguno de los dos papeles. Que el error, el dolo, el miedo, etc., de la parte forzada son completamente intrascendentes e inoperantes.

f) *La excepcionalidad de la imposición.*—Al discurrir acerca de si la constitución forzosa tiene o no carácter excepcional, no se trata de resolver un problema cuantitativo—si son pocos o muchos los casos en que se produce, sino un problema de fuerza expansiva (87) si ha de entenderse aplicable sólo a los casos previstos o puede dársele alguna extensión; más claramente, si es una regla general o una excepción y qué consecuencias produce todo ello.

¿Puede constituirse de modo forzoso toda clase de relaciones jurídicas? ¿Sólo aquéllas para las que tal suerte de nacimiento esté expresamente admitida, cualquiera que sea su frecuencia real? ¿Es excepcional la constitución forzosa? Un dato de gran importancia para resolver el problema lo suministra el artículo 1.091 del Código civil, al disponer que las obligaciones que nacen de la ley «no se presumen», siendo únicamente exigibles las «expresamente establecidas» en el Código o en leyes especiales. El artículo 1.091 contempla un aspecto, sin duda, parcial: el de la constitución por la ley; su criterio, sin embargo, debe extenderse a todos los casos de constitución forzosa porque la *ratio decidendi* es en todos la misma; porque esta disposición del artículo 1.091 no es otra cosa que una consecuencia de la admisión de la autonomía privada con carácter de regla general. Y esta regla general no puede convivir con otra de idéntica amplitud y de signo contrario. A esta regla general solamente se le pueden señalar excepciones. Y excepciones son todos los actos de constitución forzosa.

La cuestión no es simplemente teórica. Tiene trascendencia práctica. La posibilidad de una interpretación extensiva de las normas que establezcan esta forma forzosa y la posibilidad de su aplicación con criterio analógico a los casos similares no comprendidos en ella, dependen de la respuesta o solución que al problema se le dé.

La dicción del artículo 1.091 es terminante. «No se presumen». Se empleará una terminología de escaso valor técnico si se quiere. Su sentido no ofrece duda, no cabe la analogía, ni la interpretación extensiva. Solamente cuando se haya «establecido expresamente» puede existir un acto de imposición. Lo cual quiere decir dos cosas. Que para que sea viable ha de estar establecido, esto es, admitido por la ley; que lo ha de estar expresamente; que sólo en los estrictos términos en que la ley lo haya previsto podrá ser realizado.

Aunque esta excepcionalidad, dura, tajante, categórica, parezca no rimar bien con las directrices del Derecho más moderno, que

(87) CASTRO: Ob. cit., I, pág. 103, ha puesto de manifiesto, al trazar la distinción entre Derecho normal y Derecho excepcional, cómo el criterio distintivo es la fuerza expansiva de sus principios. «Derecho normal es—nos dice—el que reglamenta una materia, no importa de qué amplitud, en base a principios o ideas que tienen y conservan valor organizador general; derecho excepcional es aquel cuyo principio organizador no tuvo o ha perdido el carácter general, son reglas que van contra *tenorem rationem* de la organización general y que no tiene por ello fuerza expansiva.» Estas ideas son perfectamente aplicables a la hora de distinguir entre institución normal y excepcional, si vale la expresión, o, al menos, al decidir si una determinada institución tiene o no carácter excepcional.

propende a ampliar el círculo de intereses de consecución estatal, es preciso aplicarla con absoluto rigor. Lo cual lleva a concluir: que la constitución forzosa tiene, en nuestro Derecho, carácter excepcional; que sólo puede admitirse en los casos expresamente señalados por la ley; que, consiguientemente, no puede practicarse sobre ella una interpretación extensiva, sino que, por el contrario, debe ser tratada con un riguroso criterio restrictivo.

Esta excepcionalidad del acto de constitución forzosa tiene otro importante efecto. Comoquiera que la excepcionalidad requiere una expresa determinación del supuesto en la norma que lo admita y obliga a aplicar esta norma en los estrictos términos en que esté concebida, los elementos del acto de constitución forzosa—subjetivos, objetivos, etc.—han de poseer una perfecta identidad con los elementos típicos del supuesto de la norma. O sea, que los sujetos, el objeto y el acto mismo de constitución forzosa, además de reunir los requisitos generales de todo acto jurídico, precisan este otro: el de su identidad con el supuesto expresamente determinado por la ley. Lo cual habrá de ser tenido en cuenta cuando se quiera construir una teoría general de esta especial realidad jurídica (88).

g) *El interés público y el interés privado en la imposición.*— Toda relación jurídica es el cauce de un interés de sus titulares. La relación jurídica forzosamente constituída sirve de cauce a un interés privado—el de sus titulares—y a un interés público—el que el Estado busca satisfacer al llevarla a cabo. Ocorre, sin embargo, que el interés público no es más que la generalización de un tipo de interés privado de cuya gestión o realización se hace cargo el Estado (89). Esto lleva a afirmar: de un lado, que el interés que en cada caso se realiza es el mismo en su dimensión pública y en su dimensión privada; de otro, que el hecho de que el interés público comprenda una pluralidad de intereses privados, hace que cada concreto acto de constitución forzosa realice plenamente el interés privado y sólo parcialmente el interés público, porque este último sólo se habrá conseguido plenamente con el logro de todos y cada uno de los intereses privados de la especie de que se trate (90).

Todo esto no debe obscurecer el hecho fundamental. La consti-

(88) Un ejemplo servirá para aclararlo. Un arrendamiento normal precisa, en cuanto al sujeto arrendador, capacidad de obrar y legitimación—ser respecto de la cosa dueño o titular de un derecho que autorice para arrendar—y en cuanto al objeto, idoneidad, esto es, aptitud para poder ser usado o disfrutado. Un arrendamiento excepcional precisa, además, que el sujeto arrendador **halla respecto de la cosa en una especial situación y que la cosa reúne unas especiales condiciones—cualidad de vivienda, susceptibilidad de ser ocupada, desocupación efectiva, disp. trans. 23, a) Ley de Arrendamientos Urbanos—**. Sin estos especiales requisitos no puede haber arrendamiento forzoso.

(89) Con el ejemplo anterior, el interés público que se persigue con el arrendamiento forzoso es dar vivienda a todo el que no la tenga. El interés público—vivienda—es sólo la generalización de un interés privado.

(90) En el mismo caso de la nota anterior, un acto administrativo de arrendamiento forzoso realiza un interés privado: el del particular que precisaba la vivienda, pero el interés público sólo parcialmente se logra, porque el interés público es que tengan vivienda todas las personas que la necesiten.