

2. Sentencias del Tribunal Supremo

C I V I L

II.—PROPIEDAD.

SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1966—*Comunidad de pastos. Aplicación del artículo 602 del Código civil.*

Existía desde tiempo inmemorial comunidad de pastos entre los vecinos de Almarza de Cameros y los dueños de la finca o coto redondo de Ribabellera, comunidad, según los demandados, recíproca, anual, de tipo germánico.

Los propietarios de esta finca la cerraron con alambre espinoso, basándose en lo dispuesto en el artículo 602 del Código civil.

En la demanda se pidió, entre otros extremos, que para que el disfrute de los pastos discurra por los cauces normales, se condene a los demandados a levantar el cerco de alambre espinoso, con el que cerraron el terreno sobre el que se ha de ejercitar el aludido derecho de mancomunidad de pastos en el coto redondo de Ribabellera.

La sentencia del Tribunal Supremo contiene, entre otros, los siguientes considerandos:

Considerando: Que en relación con la naturaleza del derecho de pastos discutido, que la sentencia del Juzgado calificó de servidumbre de pastos y la de la Audiencia de comunidad relativa de derechos (disfrute de los pastos), al no haber sido impugnada en el recurso, cualquiera que sea la opinión que merezca a esta Sala, hay que partir de tal calificación, examinando el alcance del artículo 602 del Código civil, cuya aplicación indebida se denuncia en el motivo segundo.

Considerando: Que refiriéndose dicho precepto, según la doctrina científica, prevalece a las comunidades de pastos entre los vecinos de uno o más pueblos constituidas con anterioridad a la vigencia del Código, dado su espíritu contrario a la indivisión que la comunidad de pastos supone, manifestada en el artículo 600, que prohíbe en adelante la constitución de comunidades de pastos entre los vecinos de uno o más pueblos, el antes citado artículo 602, confirmando en parte y en parte rectificando mediante una excepción el artículo 388, reconoce en el vecino cuyos predios estuvieren dentro de una comunidad de

pastos, el derecho a librarse de la comunidad, y, por ende, de la servidumbre de pastos, si cerca con tapia o seto su finca, espíritu legal que llega a su completa expansión, quizá abusiva en el apartado segundo del propio precepto, según el cual, quien se sale de la comunidad por el cerramiento de su finca, conserva su derecho a la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas, sólo paliado con el ejercicio recíproco de su derecho de cercamiento, en ocasiones irrealizable por antieconómico.

Considerando: Que la doctrina expuesta hace perecer el motivo segundo del recurso, al no ser tampoco aplicable la jurisprudencia invocada, relativa a supuestos completamente distintos, viniendo implícitamente a confirmar, o a reconocer directamente—como la sentencia de 19 de noviembre de 1949—la aplicabilidad del artículo 602 del Código civil a las comunidades vecinales de pastos de origen inmemorial, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

Es interesante esta sentencia, porque tal vez sea la única que de manera terminante y clara aplica el artículo 602 del Código civil a las comunidades de pastos anteriores al Código.

Ya el recurrente decía que es copiosa la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la retroactividad en lo que afecta a servidumbres de pastos, no así en lo que se refiere a mancomunidades de pastos, creyendo no existe ni una sola sentencia en la que se haya declarado que el repetido artículo 602 es aplicable a situaciones anteriores al Código civil.

Dicho recurrente sostenía la no aplicación a comunidades anteriores al Código. Argumentó así: Para que el artículo 602 del Código civil pudiera tener efectividad sobre esta situación, anterior al mismo (retroactividad), tenía que haberlo expresado terminantemente; al no expresarlo, deben entrar en juego las disposiciones transitorias de dicho Cuerpo legal. Y afirma esta opinión el artículo 600 del mismo Código, al prohibir el establecimiento de comunidades de pastos a favor de universalidades de individuos y de bienes, cuando literalmente dice: «La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo...», lo que evidencia que el Código respetó las situaciones anteriores, siendo únicamente aplicable el 602 a las comunidades establecidas con posterioridad a su publicación y vigencia.

La doctrina no ha estado unánime en cuanto a la expresada retroactividad. Dice Manresa (6.ª edic., revisada por Pou de Avilés) que algunos opinan—especialmente respecto del artículo 602—que se trata del desarrollo del régimen jurídico nuevo, iniciado en el artículo 600, que mira sólo a las comunidades y servidumbres que en lo por venir se establezcan. Pero, aparte de que el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de noviembre de 1892, aplica el artículo 603 a comunidad anterior a 1 de mayo de 1889, los que tal opinan, añade, olvidan el espíritu que informa esta parte del Código: espíritu contrario a la indivisión que la comunidad de pastos supone. Realmente, sigue comentando, con el artículo 600 poco lograría el legislador en el camino de sus aspiraciones, si no estuvieran, además, los artículos 602 y 603, que vienen a facilitar la terminación del estado de confusión de la comunidad de bienes, por los medios que a los dueños de los predios gravados con la servidumbre de pastos ofrecen para librarlos de semejante carga.

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1966.—*Título para reivindicar: Testamento.*

Con motivo de una acción reivindicatoria, se planteó la cuestión de la insuficiencia del título esgrimido. Se trataba de un testamento no seguido de escritura particional.

La sentencia declara: Si bien es cierto que el título genérico del dominio (testamento) debe, corrientemente, ser completado por el título específico (partición), ello no es necesario cuando está clara la institución de bienes determinados a una sola persona individual o jurídica llamada a ellos, no existiendo, por tanto, coherederos, como sucede en el caso de autos, en que, aparte de ciertos legados de cosa específica, bien definidos, la herencia corresponde, por entero, a la entidad que reivindica; los que le fueron dejados en testamento, y si por título, a efectos de la acción que se ejercita, ha de entenderse la justificación dominical, ésta aparece clara en la fundamentación de la sentencia de instancia, en razón de actos y situaciones que ratifican y complementan la institución hereditaria, a cuyo amparo se acciona y que se aprecian como resultado del material probatorio aportado al proceso, cuya estimación, por la Sala, a este respecto, no ha sido objeto de impugnación.

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1966.—*Compraventa con condición suspensiva. Contrato fiduciario. Simulación relativa. Incongruencia.*

Entendemos que las diversas cuestiones debatidas en la *litis* que originó esta sentencia merecen una amplia reseña de la misma. La que hacemos a continuación

Don J. B. L., representado en concepto de pobre por un Procurador, por escrito de fecha 19 de febrero de 1962, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Albacete demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, contra don E. O. S. y don C. y don J. O. E., exponiendo como hechos: Primero: Que desde el año 1940 hasta 1958, ambos inclusive, el actor estuvo dedicado a la exportación de abonos orgánicos, siendo concesionario durante esos años, por el Ayuntamiento de Albacete, de los servicios de extracción de pozos negros y letrinas; que debido a esta profesión habitual, se relacionó con agricultores y ganaderos de toda España, llegando estas relaciones a ser muy cordiales con la mayoría de ellos; que en los frecuentes viajes llegó a conocer las ganaderías de sus clientes, interesándose por las de reses bravas, y en el año 1949, el actor contrató con el arrendatario de la plaza de toros de Albacete, don C. P., el subarriendo de la misma, para la celebración de novilladas de carácter económico; que en este primer año, que el actor tuvo a su cargo dicho subarriendo, el negocio fué bastante bueno, y por ello, durante varios años más, contrató con el Ayuntamiento de Albacete, propietario de la citada plaza: que después del citado año, el negocio empezó a decrecer inesperadamente, hasta el punto de que el actor se dejó en dicho negocio todo el dinero que poseía y también el obtenido por el Banco Hipotecario de España,

en dos hipotecas sobre una finca de su propiedad, y por lo cual, en el año 1954, tuvo que abandonar los negocios taurinos; que en los años que estuvo dedicado a empresario taurino, uno de los ganaderos de reses bravas con quien más intimó, fué demandado don E. O. S., entre otras razones, porqué fué quien más facilidades dió al actor en cuanto a la adquisición del ganado, hasta tal punto que en la mayoría de los carteles de los festejos taurinos que organizó, novillos de la ganadería de don E. O., acompañando certificación del Ayuntamiento de Albacete, acreditativa de que el actor se hizo cargo del arrendamiento de la plaza de toros (documento número uno). Segundo: Que al abandonar el actor los negocios taurinos, tuvo que hacer la correspondiente liquidación monetaria, con todas aquellas personas con que había tenido relación para dicho negocio, resultando que, entre otras deudas, debía a don E. O. S., la cantidad de 200.000 pesetas, en concepto, entre otros de menor entidad, de ganado; que debido a la anterior liquidación, aunque sólo fuera en parte, pues aún quedaba por liquidar al señor O., el actor se quedó absolutamente sin dinero, poseyendo como únicos bienes de su propiedad, una finca urbana con las siguientes características: «Un edificio con fachadas a las calles de Cervantes y León.» Tercero: Que el actor en el año 1954, para atender numerosas deudas, tuvo que hacer una tercera hipoteca de 400.000 pesetas a favor de don J. C. del M.; que no obstante este dinero obtenido, fué insuficiente para atender al pago de todas las obligaciones contraídas, y por ello, debido a la íntima amistad que le un a al señor O. S., le pidió, no obstante lo que le debía, le prestara algún dinero, a lo que accedió, prestándole 190.000 pesetas, cantidad que sumada a las 200.000 que ya le debía, hacían un total de 390.000 pesetas; que el señor O. le pidió que le garantizase de modo eficaz esta operación, y pens  que la única forma de garantía posible, era que el actor le hiciera una venta simulada de la finca descrita en el hecho anterior y, al mismo tiempo, extender un documento privado, en el que se reflejara la verdadera operación de préstamo, al lo que accedió el actor, teniendo en cuenta la situación en que se encontraba; que, así las cosas, el día 3 de junio de 1954, se hizo escritura pública de compraventa, cuyo contenido, en sus más importantes cláusulas, era el siguiente: Primero: Que don J. B. vendía, por medio de dicha escritura, la finca aludida al señor O. S. Segundo: Que la venta se realizaba para garantizar a don E. O. la cantidad de 425.000 pesetas, que dicho señor había entregado al actor, en calidad de préstamos, por tiempo de tres años y al interés del 5 por 100 anual. Tercero: Que, no obstante la venta, la finca mencionada seguiría siendo de don J. B. Cuarto: Que el señor B. atendería al pago de los préstamos en garantía, de los cuales fué hipotecada la finca vendida. Quinto: Que pagada que fuera la cantidad adeudada, venían obligados a otorgar la correspondiente escritura de venta al señor B. Sexto: Que si por el señor B. no fueran satisfechos, tanto el capital adeudado como los intereses en los plazos fijados, podía el señor O. hacer suya la finca, sin más requisito que el de apercibir al deudor mediante acta notarial de su decisión de dar por resuelto el contrato por incumplimiento del mismo. Que de las mencionadas cláusulas, se desprendía que se trataba de un préstamo con garantía y su objeto era claro, y por ello no merecía comentario, acompañando copia de la citada escritura, así como copia del documento privado de préstamo con garantía y una nota del Registro de la Propiedad, en la que consta la inscripción de la hipoteca hecha a favor de don J. C. Cuarto: Que la citada escritura pública de compraventa, según se deducía de su simple

lectura, era simulada, comparándola con el documento privado, de préstamo con garantía, reflejada, con ciertas limitaciones, en el documento privado de 3 de junio de 1954, suscrito entre el actor y el señor O.; que dichas limitaciones se referían a la cantidad entregada, no fué la de 425.000 pesetas que se aluden en el documento, sino 390.000 pesetas, como probaría en su momento; que las otras limitaciones se referían al *pacto comisorio*, reflejado en la cláusula sexta del documento, prohibido por la Ley. Quinto: Que una vez descubierta la verdadera intención de los contratantes, exponía a continuación la conducta posterior de los demandados: Que conforme se estipuló en el documento privado de fecha 3 de junio de 1954, el actor comenzó a enviar dinero al señor O. S., destinado a la amortización del capital del préstamo aludido; que las entregas parciales realizadas, totalizaron el día 20 de marzo de 1958 —fecha en que el actor dejó de enviar dinero—, la cantidad de 164.000 pesetas, que aún estaban en poder del señor O. S.; que en esta fecha, aproximadamente, el actor, por la triste circunstancia de caer gravemente enfermo, aquejado de parálisis, dejó de enviar dinero a dicho señor O., pues todo el que tenía disponible, tuvo que dedicarlo a su urgente curación; que dicha enfermedad se puso en conocimiento del repetido demandado, rogándole que, dada la situación, esperara un poco, hasta ver el resultado de dicha enfermedad; que no obstante esta notificación, el señor O., el día 2 de diciembre de 1959, requirió notarialmente al actor e inquilinos de la finca, en el sentido de que, a partir de la fecha del requerimiento, se abstuviera el actor de cobrar las rentas y los inquilinos para que pagaran al apoderado del señor O., quien desde entonces era el único dueño de la finca; que como el actor y familia no disponían de otra clase de ingresos que los producidos por la finca, unido a su grave enfermedad, tuvo que recurrir para poder subsistir a la ayuda de familiares y amigos; que posteriormente al requerimiento notarial, el señor O. había accedido a que el actor se hiciera cargo nuevamente, en concepto de dueño de la finca, cuya reivindicación pedían; pero para que ello fuera posible, según le habían dicho, era preciso que abonase al repetido señor O. todas las cantidades que figuraban en una liquidación que le envió, la cual estaba abultada por una serie de partidas que, en modo alguno, debía pagar el actor, a menos que se justificasen debidamente, y, además, se decía, por si ello fuera poco, que debía abonar la cantidad de 150.000 pesetas que exigían unos señores que habían comprado la finca; que probaban lo expuesto con todos los justificantes de las diversas remesas de dinero realizadas por el actor, un extracto de cuenta, certificación médica acreditativa de la enfermedad que padecía el actor, copia del requerimiento notarial mencionado y varias cartas cruzadas entre ambos contratantes. Sexto: Que la razón de demandar a don E. O. y sus hijos don R. y don C. O. E., conjuntamente, radicaba en el hecho de que, en la actualidad y desde el 19 de abril de 1961, la titularidad de la finca, cuya reivindicación solicitaba, estaba a nombre de los tres demandados, los cuales se la adjudicaron al fallecimiento de la esposa de don E., acaecido el 18 de diciembre de 1956. Séptimo: Que el señor O. S. sabía que los documentos citados—escritura pública de compraventa y privado de préstamo con garantía, ambos de igual fecha—por si solos eran ineficaces para transmitir el dominio, a su favor, de la aludida finca, sin antes recurrir al procedimiento fijado por la Ley; que al despojar al actor de la finca de su propiedad, cuyas rentas constituían el único medio de subsistencia para él y su familia, se había visto obligado a recurrir a préstamos de toda clase de amigos y familiares lejanos.

para atender a los más elementales gastos de una familia modesta; que sus hijos menores tuvieron que abandonar sus estudios y se le habían producido una serie de perjuicios a que tendría que hacer frente el demandado, por vía de indemnización, acompañaba dos cartas dirigidas al actor por el señor O. S. en el sentido de requerirle para que liquidara las cuentas pendientes o se vería obligado a promover el correspondiente procedimiento judicial. Alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminando por suplicar se dictara sentencia, declarando: Primero: Que la escritura pública de compraventa de fecha de 3 de junio de 1954, otorgada por el actor y don E. O., ante Notario, respondió al sólo propósito de concertar un préstamo garantizado, mediante el disfraz de una compraventa. Segundo: Que dicha operación de préstamo con garantía, aparecía reflejada en el documento privado de fecha de 3 de junio de 1954, si bien debería tener como no puesto el contenido de la cláusula sexta del mismo, por ser contrario a lo dispuesto en la Ley y modificada la cuantía del préstamo en 390.000 pesetas. Tercero: Que no obstante la escritura de compraventa y documento privado de igual fecha, la finca descrita en el hecho segundo, continuaba perteneciendo, en concepto de único y pleno dueño, al actor. Cuarto: Que por los demandados se otorgase el correspondiente documento público de cancelación de la inscripción registral correspondiente, por ser nulo el título que sirvió de base a la misma, y nueva inscripción a favor del actor. Quinto: Que, previa determinación de los daños y perjuicios causados al demandante por los demandados, se condenase a éstos al pago de la indemnización correspondiente, de acuerdo con las bases fijadas. Sexto: Se condenase igualmente a los demandados al pago de las costas. Por medio de otrosí se solicitó la anotación preventiva de la demanda. Admitida a trámite la demanda, se acreditó en autos el fallecimiento del actor don J. B. L., personándose en forma en los mismos su viuda doña C. A. M., por sí y en representación de sus hijos menores, y dado traslado de aquélla a los demandados, comparecieron los mismos en los autos, representados por un Procurador, y contestaron la demanda, exponiendo como hechos: Primero: Que negaban todos los de la demanda, en cuanto se opusieran a los que establecían a continuación, que nada tendrían que objetar al hecho primero, a no ser las grandes facilidades que el actor reconocía, le fueron dadas por el señor O. para la adquisición de ganado y que por ello se le debía una cantidad, pero encima este señor le hizo entrega de una cantidad equivalente a la primera, para contribuir a que reorganizase su vida el demandante, al margen del mundo taurino. Segundo: Que el demandante empezaba con una contradicción evidente, al afirmar que al cesar el señor B., tuvo que hacer una liquidación económica con las personas que le habían facilitado lo necesario para este negocio, reconociendo la existencia de una deuda con don E. O., por la cantidad de 200.000 pesetas, en concepto de ganado obtenido de su ganadería, el que no abonó. Tercero: Que en el hecho primero de la demanda se afirma que en el año 1949, el actor contrató con el entonces arrendatario de la plaza de toros de Albacete, el subarriendo de la misma, y que, posteriormente, tuvo que realizar dos hipotecas, pero éstas nunca las pudo dedicar a los negocios taurinos por ser anteriores a éstos; que el señor O. S. pidió al actor garantías suficientes para el pago de la cantidad que ya le adeudaba, al no haberle pagado el ganado que le compró y la cantidad que le entregó posteriormente; que se convino con el actor que éste le vendía la casa, por la cantidad exacta que en aquel momento tenía recibida, o sea, las 200.000 pesetas que se hicieron

figurar en la escritura, y no interesando al señor O. tener propiedades en Al-bacete y menos una finca urbana, entonces decidió darle la posibilidad al actor de retraer la casa, siempre y cuando le abonara la cantidad ya pagada y la que en aquel momento le entregó, a cuyo fin respondía exclusivamente el documento privado de fecha 3 de junio de 1954; que con otorgársela escritura pública de 3 de junio de 1954, se irrogaron al señor O. S. hechos económicos perjudiciales, no obstante haberse pactado que fueran de cuenta del vendedor, como eran: 1. Gestoria encargada de la tramitación posterior.. 2. Minuta del Notario... 3. Derechos reales.. 4. Exceso de timbre... 5. Inscripción en el Registro. 6. Plus Valia. , cuyos gastos justificaban con la primera copia de la escritura citada que acompañaba; que reconocían como auténtico el documento acompañado a la demanda con el número ocho, pero al mismo se le daba una interpretación particularísima, copiando sus cláusulas, pero no literalmente, y así se omitía al decir que se transcribía la cláusula segunda «que el tiempo del préstamo es el de tres años, a contar de la fecha del citado documento y que el interés sería pagadero por anualidades vencidas en el domicilio del acreedor»; en la transcripción de la cláusula tercera, que siendo de la propiedad real del actor, «siempre que éste cumpla las condiciones estipuladas que se especifican en el exponendo anterior» (que es precisamente la de pagar la cantidad adeudada en el tiempo pactado con sus intereses correspondientes) y se omitía también en este exponendo, que, «por tanto, serán de cuenta del señor B cuantas contribuciones, impuestos y gastos de toda clases se hayan de hacer por causa de los edificios vendidos, a cuya conservación y buen uso se atendería con el mismo esmero y solicitud que lo hizo hasta el día de hoy»; el exponente cuarto del documento privado no era el que se transcribía de contrario, sino que concreta que «el señor B. atenderá al pago de amortización e intereses de los préstamos en garantía de los cuales fué hipotecada la finca vendida, en los plazos y condiciones estipuladas en las correspondientes escrituras de hipotecas», el exponendo quinto del citado documento obligaba al señor O., para el caso de que el actor hubiera cumplido los compromisos adquiridos, a reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de otorgarse la escritura de venta a su favor; en el exponente sexto se especifica, para el caso de incumplimiento contractual por parte del actor, la forma de resolver el contrato privado, por incumplimiento del mismo, estableciéndose en el séptimo, que, tanto los gastos de escritura otorgada ante el Notario, los impuestos que la gravasen, los del contrato y los que se ocasionen en su día, serían de cuenta exclusiva del actor, facultando a continuación al mismo, para percibir, mientras el documento privado estuviera subsistente, las rentas, alquileres y beneficios de todas clases que produjese la finca; que ignoraban, de momento, de quién podría partir la idea de hacer constar, en el citado documento, la cifra de 425.000 pesetas, como importe del préstamo, pero nunca pudo partir del señor O., puesto que éste siempre había referenciado la cifra real, como se probaba por los propios documentos presentados por el actor. Cuarto: Que, resumiendo, el documento privado, de fecha 3 de junio de 1954, imponía al demandante la obligación, para poder hacer uso del derecho que al mismo se le confería, de devolver en el plazo máximo de tres años el importe de la cantidad adeudada al señor O., más los intereses de la misma, a razón del 5 por 100 anual; pagar cuantas contribuciones, impuestos y gastos de todas clases hubiera que hacerse por causa de los edificios vendidos, y únicamente

para el caso de cumplir con sus obligaciones, podría considerarse como propietario real de la finca al vendedor; que se pactó, para el caso de incumplimiento, por parte del actor, de aquellas obligaciones que contraía, la facultad a favor del señor O de dar por rescindido el contrato privado, recordando toda su fuerza la escritura pública otorgada entre los mismos, por el simple hecho de apercibir al deudor mediante acta notarial. Quinto: Que era cierto que el actor envió, en distintas ocasiones, hasta un total de 164.000 pesetas, y aunque no recordaba exactamente si lo verificó por el procedimiento a que se refieren los documentos acompañados a la demanda, no tenía inconveniente en reconocerlos; que a partir del mes de marzo de 1958, en que el actor envió 10.000 pesetas, dejó éste de enviar ninguna cantidad de dinero a cuenta de su deuda y no sólo esto, sino que llegó a conocimiento del señor O. S. que el actor había dejado de pagar todas sus obligaciones que iban venciendo y a cuyo pago estaba obligado, según el documento privado, recibos de contribución, impuestos y amortización de las hipotecas; que por causas que desconocían, la escritura de compraventa no se inscribió en el Registro de la Propiedad hasta el 11 de febrero de 1959, y el actor conocedor de que el señor O. no había inscrito la escritura de compra a su favor, concertó en el mes de febrero de 1959, con don P. M. T., según documento privado de 21 de dicho mes y año, la venta de las casas que habían sido objeto de la escritura de venta a favor del señor O., en la cantidad de 1.650.000 pesetas, comprometiéndose el comprador, a pagar las deudas de contribuciones e impuestos, así como las hipotecas, comprometiéndose el actor en el citado documento a sufragar la mitad de los Derechos reales que gravase la transmisión, el comprador hizo entrega a cuenta del precio 15.000 pesetas, y el señor B. a que don E. O. firmara la escritura de venta a favor del señor M., y hechas las oportunas gestiones encaminadas a ello, por fin comparecieron ante Notario para la preparación de la oportuna escritura, encontrándose ya enfermo el señor B., presentándose en la Notaría la esposa del mismo, acompañada de su abogado, dando orden al Notario de no preparar la escritura, porque no estaba la esposa del señor B. dispuesta a consentir que su esposo prestara su aprobación a la misma, debiendo advertir que los tratos preliminares de la venta a favor del señor M. no tuvo conocimiento el señor O., pues podían afirmar únicamente que cuando se percataron de la inscripción en el Registro a su favor, fué cuando le avisaron al demandado; que a pesar de que el señor O. contaba entonces cerca de ochenta años, se vió obligado a efectuar un nuevo desplazamiento los días 3 y 4 de abril siguientes, ante el aviso de que se había arrepentido de su actitud la familia B., a pesar de los múltiples intentos por otorgar la escritura, nada se consiguió. Sexto: Que si la solución definitiva hubiera sido la firma de la escritura a favor del señor M. T., el señor B. optó por no pagar ningún recibo a su cargo, según lo pactado, y don E. O. quien tenía que hacer frente a los recibos del Banco Hipotecario de España, por los semestres correspondientes a junio y diciembre de 1958 y junio de 1959, por la cantidad total de 79.918 pesetas con dos céntimos, acompañando los recibos justificativos de ello. Séptimo: Que acompañaban con el número cinco de documentos carta suscrita por el actor, dirigida al Letrado del señor O., fechada el 13 de julio de 1959, en la que reconocía, no obstante el documento privado de 3 de junio de 1954, que el único dueño, en definitiva, de las casas era el señor O., rogando a éste

que fuera él quien pusiera las cosas en orden, solicitando, además, que anticipase lo necesario y manifestando «que tendría ocasión de reintegrarse de lo que anticipé». «El único que puede hacerlo todo con plena garantía es don E. Pidale, por favor, que se apiade de nosotros», rogándole a continuación una contestación rápida, «pues estamos sin vida»; que a dicha carta se contestó por dicho Letrado con otra, fechada el 15 de julio de 1959, en la que se prevé el resultado final del asunto, y el señor B. contestó con la que se acompañaba del número siete, fecha 24 de julio de 1959, en la que expresamente reconoce que «cada día que pasa los gastos suben más y todos de su cuenta.» Octavo: Que se encargó al Agente de la Propiedad, señor S., que estuviera al cuidado de los pagos de contribuciones e impuestos, y dicho señor recibió una carta de fecha 5 de septiembre de 1959, del Recaudador de Hacienda, que acompañaba, en la que se advierte el embargo que podía sobrevenir sobre la casa, si no se hacía efectiva la cantidad que se adeudaba a la Hacienda por diversos conceptos; que como consecuencia de ello, tuvieron que abonar al indicador Recaudador el 10 de septiembre de 1959, por los conceptos que se expresan, las cantidades de 12.277 pesetas con 99 céntimos y 2.939 pesetas con 87 céntimos. Noveno: Que el actor siguió sin hacer frente a ningún pago, aunque cobraba íntegramente todas las rentas que producían las fincas, las que destinaba a su propio beneficio, no obstante lo pactado, y reiterando en su actitud, recibió al señor O. aviso del Banco Hipotecario, por haberse subrogado ya en las hipotecas que tenía que hacer frente, como lo hace en 31 de octubre de 1960, al pago de los semestres de amortización e intereses correspondientes a diciembre de 1959 y junio de 1960, por un total de 41.400,60 pesetas, según los recibos que acompañaba. Décimo: Que ante la conducta del actor y haciendo uso de lo estipulado en la cláusula sexta del documento privado referido, se diera por resuelto el citado contrato, por incumplimiento de las obligaciones del demandante y haciéndolo en la forma prevista en el mismo, de apercibirle por acta notarial de darlo por resuelto, reconociendo como legítimo el documento acompañado a la demanda con el número 25, y, asimismo se otorgó poder a favor de don R. S. para que éste administrara las fincas y notificase a los inquilinos se abstuvieran de verificar el pago al actor, lo que se llevó a cabo por requerimiento notarial de fecha 2 de diciembre de 1959; que ni qué decir tenía que los inquilinos, presionados por el actor, tardaron tiempo y no fué precisamente a partir del mes de diciembre de 1959 cuando empezaron a pagar las rentas, acompañando dicho requerimiento notarial. Undécimo: Que siguió el actor en su actitud de incumplimiento del documento privado, aunque ya resuelto posteriormente, y hubo de hacer frente al pago de los recibos que acompañaba como documentos números 28 al 46, por los distintos conceptos de contribuciones e impuestos a que hacían referencia, por un total de 6.345,45 pesetas; que a partir de enero de 1960, se empezaron a hacer efectivos los alquileres de las casas y haciendo frente a los oportunos gastos de contribuciones e impuestos, amortización de hipotecas, etc., como correspondía al propietario legítimo de una finca, y ello no obstaba para que en el mes de diciembre de 1962 hubiera de hacer frente a una cantidad aproximada a las 30.000 pesetas, en virtud de acta levantada por la Inspección de Hacienda, por diferencias en las bases tributarias que servían de norma al pago de la contribución, y ello en relación con los años anteriores. Décimosegundo: Que por haber ocurrido el fallecimiento de la esposa

de don E. O. el 18 de diciembre de 1956 y haberse verificado la compra de la finca objeto de *litis* en estado de casado y tener las mismas el carácter de gananciales, hubo de proceder al otorgamiento de la escritura de ampliación de herencia, ya que esta finca, por descuido involuntario, no había sido incluida en el cuaderno particional, lo que dió origen a la escritura que acompañaba, en la que se justificaba lo pagado con exceso de timbre, derechos reales e inscripción en el Registro, ascendente a la cantidad de 30.479,34 pesetas, a cuya cifra había que añadir los honorarios del Notario autorizante de la misma. Décimotercero: Que en el hecho tercero de la demanda se hace referencia a la hipoteca que el actor, pocos días antes del otorgamiento de la escritura de venta a favor del señor O., había constituido sobre la finca de su propiedad a favor del señor C. del N., por la cantidad de 400.000 pesetas de principal, intereses y costas; que como no podía por menos, el actor no atendió al pago de los intereses ni del principal de la citada hipoteca, por lo que el acreedor hipotecario instó el oportuno procedimiento judicial, llegándose al nombramiento de administrador judicial de la finca secuestrada y el anuncio de subasta y para evitar la cual el señor O. hubo de abonar al señor C. la cantidad de 437.478 pesetas el 13 de octubre de 1959, según justificaba con el documento que acompañaba, señalado con el número 48, y sin perjuicio de liquidar, posteriormente, los demás gastos habidos y los del otorgamiento de la escritura de cancelación, se comprometió el acreedor hipotecario a desistir del procedimiento y solicitar la suspensión de la subasta...; que se abonaron, asimismo, 1.500 pesetas por exceso de timbre y 7.538,67 pesetas por derechos reales; que era digno hacer constar que el administrador judicial que había sido nombrado en el procedimiento ejecutivo por el acreedor señor C., cuando rindió cuenta de su gestión había un saldo favorable a la administración de 21.098,65 pesetas, y como cuando se efectuó el citado señor C. ya había desistido del procedimiento, por haber percibido el principal e intereses, resultaba que dicha cantidad se la entregaron al actor, quien la aplicó a su uso particular, sin destinarla a ninguna de las obligaciones que había contraído en el documento privado de 3 de junio de 1954; que el citado administrador que percibió las rentas de agosto a noviembre de 1959, tampoco pagó ningún recibo de contribución e impuestos. Décimocuarto: Que tan prolijo fué el actor en el abandono de sus obligaciones contractuales que tampoco abonó los recibos del Seguro de Incendios, haciéndolo el señor O., como justificaba con los documentos números 54 y 55, por una cantidad de 1.299,40 pesetas. Décimoquinto. Que acompañaba carta, dirigida al Letrado del señor O., por la que se demostraba que el actor incumplió lo pactado en la cláusula tercera del documento privado de 3 de junio de 1954, en cuanto se obligó a atender con esmero y solicitud a la conservación y buen uso de los edificios vendidos. Décimosexto: Que era insostenible, después de las justificaciones referidas de los pagos que tuvo que realizar el señor O., que, conforme decía la demanda, el contenido del documento de 3 de junio de 1954 era un gran negocio para el señor O., dando lugar a la situación del señor B.; que para que el repetido señor O. pudiera conservar la casa que había adquirido, tuvo que desembolsar, posteriormente, por pagos necesarios e ineludibles la cantidad de 688.349,42 pesetas, además de verse privado de la cantidad desembolsada inicialmente y a lo que había que añadir en una liquidación definitiva la comisión abonada a O. R. S., por la venta que él presentó y no se realizó por culpa de la familia B., así como la minuta de

honorarios del Letrado que asesoró las gestiones extrajudiciales; que el ofrecimiento de liquidación, hecho por la parte actora, no era cierto, puesto que no consignan cantidad alguna y en la carta que acompañaban con el número 29, suscrita por el Letrado de la contraparte de fecha 26 de junio de 1961, se pedían facilidades para el pago, cuando habían de pagar la mitad de momento, sin indicar cuándo harían efectivo el resto, y cuando se les contestó que tenían que abonar la cantidad total de una sola vez, como corresponde en los retractos, aunque hubiera pasado el plazo, no volvieron a tratar sobre el particular. Invocó los fundamentos legales aplicables a la contestación, y a continuación formuló reconvencción, basada en los siguientes hechos. Primero: Que reconocía la parte demandante en los hechos segundo y tercero de la demanda, haber recibido del señor O. S. la cantidad de 390.000 pesetas en forma que expresa, estando, asimismo, reconocido en el documento de 3 de junio de 1954, que dicha cifra devengaría un interés del 5 por 100 anual y que las entregas que se hicieran dejarían de devengar interés desde el día siguiente al de su entrega, y haciendo la cuenta de dichos intereses con arreglo a lo pactado y, considerando, de momento, como fecha tope la del 31 de mayo de 1962, ascendían tales intereses a la cantidad de 111.469,28 pesetas, en concepto que se podría llamar capital e intereses, ascendía por tal a la cifra de 501.469,28 pesetas Segundo: Que ante el incumplimiento del actor de sus obligaciones contractuales, el señor O., por la necesidad imperiosa de conservar las fincas que había adquirido, única garantía que el mismo pudiera tener para el caso de que el señor B. hubiera ejercitado el retracto, aun después de habérsele pasado el plazo, tuvo que hacer frente a los pagos que se detallaban en el hecho tercero de la contestación, los citados en el hecho sexto, en el hecho noveno, en el hecho undécimo, en el hecho duodécimo, en el hecho décimotercero y en el hecho décimocuarto, que ascendía en total a la cantidad de 688.349,42 pesetas; Que sumados los conceptos expresados en el hecho primero de esta reconvencción, con los citados en el precedente, ascendían a la cantidad de 1.189.818,60 pesetas; que si se estimase la demanda inicial se tendría que estimar también la reconvencción, puesto que en caso contrario se daría la paradoja de verse el señor O. perjudicado en sus intereses por la cifra citada, sin olvidar que bastante perjuicio se le había ocasionado, con haber tenido necesidad de distraer una cantidad tan considerable de sus negocios propios. Invocó, asimismo, los fundamentos de derecho que estimó aplicables a la reconvencción y suplicó se dictara sentencia, por la que se desestimara la demanda, absolviendo a los demandados de la misma, y declarar bien hecha la resolución del contrato privado de 3 de junio de 1954 y con plena validez la escritura otorgada en igual fecha y *ad cautelam*, para el caso de estimar la demanda, condenar a los actores al pago de la cantidad de 1.189.818,70 pesetas, más aquellas otras cantidades legítimas que pudieran determinarse en período de prueba o en ejecución de sentencia, intereses legales y costas... Conferido a la parte actora traslado para la réplica, lo evacuó, insistiendo en los hechos y fundamentos legales de su demanda, y contestando a la reconvencción, se opuso a la misma, haciendo constar que los demandados pretendían cobrar unos intereses a los que habían renunciado, así como una cantidad que ya habían percibido; que reconocían su deuda por una cantidad de 799.599,40 pesetas, de cuya cantidad habría que descontarse la renta líquida que hubiera producido la finca durante el tiempo que la habían detentado los demandados, así

como la cantidad a que fueran condenados, en concepto de indemnización; que dicha cantidad había sido ofrecida a los demandados, por lo que estimaban que no procedía su reclamación, y después de citar los oportunos fundamentos legales, suplicó sentencia, por la que se les absolviese de la reconvención y se acogiera la demanda inicial en la forma interesada. Y dado traslado para súplica a la representación de la parte demandada, lo evacuó, ratificando los hechos y fundamentos de derecho de su contestación y modificando el hecho primero de la reconvención en el sentido de que en ejecución de sentencia se fijaría la cantidad a pagar por los actores, y para el supuesto de que se estimase la demanda, reproducían los hechos de la reconvención y haciendo constar, en ambos casos, que debería deducirse de la cantidad total que resultare la de 164.000 pesetas y terminó con la súplica de que se dictara sentencia en la forma que ya tenía interesado, si bien las cantidades a abonar por los actores se fijarían en ejecución de sentencia... Practicada la prueba, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, por la que desestimó totalmente la demanda origen de autos, absolviendo de la misma a los demandados y declarando bien hecha la resolución del contrato privado suscrito entre las partes con fecha de 3 de junio de 1954 y con plena validez la escritura otorgada en igual fecha, sin hacer expresa imposición de costas... Interpuesto Recurso de Apelación, la audiencia dictó sentencia, por la que confirma la apelada en cuanto desestimaba la demanda, y revocándola en el sentido de ser nula, la escritura pública de compraventa otorgada por don J. B. L. y don E. O. S., con fecha 3 de junio de 1954 y válido y eficaz el contrato privado de igual fecha, suscrito entre las mismas partes, sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las instancias.

Formalizado Recurso de Casación, se declaró haber lugar en él, en mérito de los siguientes Considerandos:

Que el primero de los recursos interpuestos, que lo es nombre de don C. O. E., formula dos motivos de casación, amparados ambos en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose en uno de ellos interpretación errónea del artículo 1.281 e inaplicación del 1.282 y del 1.230, todos del Código civil, mientras que en el otro se alega violación de los 1.254, 1.255, 1.256, 1.258, 1.261, 1.274 y 1.276 del mismo Cuerpo legal, de imposible estimación, puesto que para sostener la validez del primitivo contrato de venta formalizado en escritura pública, en contra del parecer de la sentencia recurrida, se afirma la existencia de un contrato fiduciario, que se evidencia, en opinión del recurrente, con el documento privado, suscrito por las mismas partes contratantes y en el que se pone de manifiesto que la indicada operación de venta no tenía otra finalidad, sino la de garantizar el cumplimiento de un anterior contrato de préstamo, olvidando, sin embargo, que dicha configuración fiduciaria no había sido alegada a lo largo del pleito, siendo, por tanto, una cuestión nueva, que es imposible presentar en casación, a tenor de la prohibición contenida en el número quinto del artículo 1.629 de la Ley Procesal Civil, sin tener en cuenta tampoco, que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, con la que se aquietó el hoy recurrente al no apelar contra la misma, ni adherirse a la apelación formulada de contrario, declara que el documento público discutido contiene no una compraventa pura y simple, sino condicionada—con una condición suspensiva—al hecho negativo de que fuese incumplido el préstamo precedente en el plazo previsto de tres años, según resulta del referido documento privado

que está estableciendo una dependencia funcional entre los dos contratos que entran en juego, y, finalmente, desconociendo que la tesis sustentada del contrato fiduciario está en contradicción con las pretensiones del recurrente, pues en aquél, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala, se emplea un medio superior—transmisión real del derecho de propiedad—, desproporcionado con la finalidad verdaderamente perseguida por las partes, que no es otra sino la de cumplir un determinado encargo—*fiducia cum amico*—o garantizar una obligación preexistente—*fiducia cum creditore*—, debiendo verse en este segundo intento la verdadera causa del contrato, que reviste todo el aspecto de un auténtico negocio indirecto, según precisaron las sentencias de 8 de marzo de 1963 y 14 de marzo de 1964, entre otras, lo cual obligaría en el presente caso, en que ambas partes están conformes, respecto de la validez del segundo pacto, que consta en documento privado, hasta el momento en que una de ellas, haciendo uso del derecho que conceden sus cláusulas, insta su resolución, a estimar exclusivamente la función de garantía incompatible con el reconocimiento autónomo de la compraventa—como contrato perfecto—estipulada en la escritura pública o a llegar a este reconocimiento al margen de cuestiones fiduciarias, si se parte de la base que la mencionada resolución del segundo pacto entraba dentro de las facultades que los contratantes podían legalmente ejercitar, todo lo cual conduce a la desestimación de la totalidad de este primer recurso...

Que de los motivos articulados en el segundo de los recursos presentados, que lo es en nombre de doña C. A. M., dada su trascendencia procesal, debe ser examinado, en primer lugar, el señalado con el número tercero, donde al amparo del ordinal segundo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se alega el defecto de incongruencia con la consiguiente violación del 359 del mismo Cuerpo legal, en cuanto que la sentencia recurrida no se atuvo a las respectivas posiciones de las partes litigantes, dando acogida a una cuestión que, a tenor del artículo 1.276 del Código civil, tenía que haber sido alegada por los litigantes, y viniendo, en definitiva, a resolver una contienda distinta de la que había sido planteada por las partes contendientes, para cuya valoración es preciso tener en cuenta que la Jurisprudencia de esta Sala ha proclamado constantemente, en especial en las sentencias de 12 de julio de 1935 y 25 de marzo de 1941, que la facultad que las leyes conceden a los Tribunales de Justicia, al aplicar el Derecho al caso debatido, «no autoriza a dictar fallos que se funden en hechos que no fueron objeto de alegación ni de prueba», añadiendo en las de 21 de abril de 1942 y 23 de diciembre de 1961, entre otras, que «la audiencia no está autorizada para separarse de los términos en que se desenvolvió el debate judicial, so pena de incidir en flagrante incongruencia y alterar a destiempo y sin posibilidad de defensa para las partes a las que este cambio puede perjudicar...»

Que en el presente caso el actor había solicitado se declarase la existencia de una simulación relativa, por lo que se refería al contrato de compraventa que constaba en escritura pública, manteniendo que el único contrato real y verdaderamente existe por debajo de aquél, era el que constaba en el posterior documento privado; es decir, el de préstamo, que fué la causa originadora de toda la discusión subsiguiente, mientras que el demandado se limitó a negar toda idea de simulación, sosteniendo la validez de ambos contratos que recíprocamente se complementaban, hasta el momento en que ejercitó el derecho a la resolución del segundo, con lo que el primero quedaba

en toda su plena y completa eficacia, frente a lo cual la sentencia recurrida—en contra de lo pronunciado por la del Juzgado de Primera Instancia, que acepta, en general, la tesis de la parte demandada—considera nulo el contrato de compraventa, por estimar que es simulado, y válido, en cambio, el contenido en el documento privado, pero no porque estuviese encubriendo un contrato de préstamo como había sido sostenido por el actor, sino sencillamente por creer que el negocio disimulado era una verdadera dación en pago, con lo que es incuestionable que con independencia de una evidente incongruencia, se está poniendo de relieve, igualmente, una infracción del precepto contenido en el artículo 1.276 del Código civil, que impone la prueba de la existencia de «otra causa verdadera y lícita», cuando se demostrase que la aparente es falsa—como ocurre, según la sentencia que se impugna, en el caso presente—a la contraparte que recibe la atribución patrimonial que aquí es, precisamente, la que figura como demandado, incongruencia y violación indiscutibles, que fuerzan a la estimación del Motivo en que son denunciados y sin necesidad de entrar en el estudio de los demás, conducen a la estimación del recurso interpuesto, casando y anulando la sentencia recurrida.

Que en virtud de lo establecido en el artículo 1.048 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preceptiva la condena en costas del recurrente don C. O. E., por lo que a su recurso se refiere, no existiendo, en cambio, méritos que permitan hacer una declaración especial, por lo que respecta al recurso interpuesto de doña C. A. M.

La segunda sentencia razona así:

Por los fundamentos de hecho y de Derecho de la sentencia de casación que precede, aceptando en lo que a ella no se opongan los Considerandos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia...

Que el contrato de compraventa, celebrado entre las partes contratantes, era válido y real, quedando únicamente suspendida su eficacia al hecho constatado en el posterior documento privado de que en el plazo fijado, el deudor hiciese efectivo el importe del préstamo primitivo, cosa que no sucedió, a consecuencia de lo cual, el comprador hizo uso de la facultad resolutoria contenida en el segundo de los contratos citados, con lo que dicho contrato citado de compraventa recobró toda su virtualidad jurídica al quedar libre de su inicial limitación traslativa, generando, consiguientemente, la obligación de entrega de la cosa vendida, sin perjuicio del derecho que a la parte vendedora y deudora pueda corresponder en relación con las cantidades que hubiese entregado a cuenta del total debido en el primitivo contrato de préstamo y que deberán ser fijadas en períodos de ejecución de sentencia.

Que no existen méritos que permitan hacer una especial declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

Fallamos: Que confirmando en parte y en parte revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Albacete, debemos declarar y declaramos bien hecha la resolución del contrato, suscrito en documento privado por las partes, con fecha de 3 de junio de 1954 y con plena validez la escritura pública de venta, otorgada en igual fecha, así como el derecho de la parte actora al reintegro de las cantidades satisfechas, en cumplimiento del préstamo existente y que habrán de ser determinadas en períodos de ejecución de sentencia, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de las instancias.

SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1966—*Negocio fiduciario. «Acuciante necesidad de incorporar esta figura jurídica a la vida del Derecho». Tercero hipotecario.*

Don F L L demandó a don A. L. V. y a su esposa y a don A. C. D. y a su esposa, en ejercicio de acción reivindicadora, haciendo constar: Que el actor, necesitado de fondos, concertó un préstamo con el señor L. de 30.000 pesetas, y en garantía de su devolución, simuló venderle la finca de su propiedad, que describía denominada «el Cascal», y que según su afirmación, tenía un valor superior al millón y medio de pesetas; que reclamada la cantidad prestada y sus intereses, y alguna otra suma que posteriormente le había dado, no siéndole posible al demandante liquidar expresada deuda, se buscó un tercero, el demandado señor C., quien abonando al señor L. todas las cantidades que el actor adeudaba, recibió como garantía una escritura de compraventa de aquella finca, que lo formalizó el mencionado señor L., de acuerdo con el actor, y que el nuevo supuesto comprador requirió la conformidad del demandante, el reconocimiento por éste y su esposa de que poseían la finca indicada en precario, posesión que la confirió el nuevo adquirente por término de tres años, otorgándole, además, la facultad de restraerla mediante el pago de la cantidad que figuraba como precio en el título adquisitivo y los gastos y mejoras que a partir de la fingida compraventa hubiera realizado el supuesto comprador; expuso también, que transcurridos los mencionados tres años, fué desposeído de la finca, mediante el procedimiento especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y después de invocar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó con la súplica de que se dictase sentencia, por la que se declarase: a) Que el actor y su esposa concertaron con el demandado señor L. la concesión de un préstamo mutuo que se garantizó (fiduciariamente), con el otorgamiento a favor del señor L. de una escritura de compraventa en la finca descrita en el hecho tercero de la demanda. b) Que el préstamo concertado con el señor L. fué transferido al señor C. en el conocimiento y consentimiento del actor y su esposa, quedando el señor L. enteramente pagado y satisfecho del capital prestado. c) Que, asimismo, el demandado señor L. con la concurrencia de su esposa en este caso, otorgó a favor del señor C. escritura de compraventa de la finca descrita en el hecho tercero de la demanda, cuya escritura no tenía otra causa o finalidad que seguir garantizando (fiduciariamente) el préstamo concedido al actor. d) Que el demandado señor C., prevaleándose de la titularidad en la finca que le había sido otorgada a los solos efectos de garantizar fiduciariamente el crédito, despojó de la posesión de la finca al actor y su esposa, explotándola durante estos cuatro últimos años (con cuyos beneficios normales se ha hecho cobro sobradamente de la cantidad que le adeudaba el actor). Y declarando lo que procede, se condene a los demandados y a sus respectivas esposas a estar y pasar por la posterior declaración y a que don A. C. D. y su esposa otorguen a favor del actor escritura por la que se reconozca que la propiedad de la finca descrita en el hecho tercero de la demanda pertenece exclusivamente al actor en estos autos, dejando nulas y sin ningún efecto las escrituras de compraventa otorgadas a favor de los demandados señores L. y C, condenando expresamente a este último a que rinda cuentas de su gestión en la explotación de la finca, reintegrando al actor de la cantidad que exceda al

importe total del capital prestado con los intereses normales del mismo y restableciendo en la posesión de la finca al actor con indemnización de los daños y perjuicios que se le han ocasionado y que serán fijados en trámite de ejecución de sentencia, e imponiendo a los demandados las costas de este juicio. Don A. C. D. contestó a la demanda, alegando que, contra lo afirmado por el actor, él lo que había hecho era comprarle la finca a que la demanda se refiere, pagar lo que adeudaba el señor L. y otorgarle la posesión a título de precarista y el derecho a retraerla, sin que en ningún momento existiera el contrato de fiducia que se alegaba por el actor, y si el de compraventa, que consta en la escritura otorgada a su favor, y en virtud de la cual, una vez dejado transcurrir por parte del demandante los plazos que se le habían conferido y amparado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, instó y obtuvo la posesión de la finca que le pertenecía. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia, declarando no haber lugar a la demanda, con costas a la parte actora. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia resolvió: a) Que el actor y su esposa concertaron con el demandado señor L. la concesión de un préstamo mutuo que se garantizó, con el otorgamiento a favor del señor L. de una escritura de compraventa de la finca descrita en el hecho tercero de la demanda. b) Que el préstamo concertado con el señor L. fué transferido al señor C. con el conocimiento y consentimiento del actor y de su esposa, quedando el señor L. enteramente pagado y satisfecho del capital prestado. c) Que, asimismo, el demandado señor L., con la concurrencia de su esposa en este caso, otorgó a favor del señor C. escritura de compraventa de la finca descrita en el hecho tercero de la demanda, cuya escritura no tenía otra causa o finalidad que seguir garantizando el préstamo concedido al actor. d) Que el demandado señor C., prevaleciendo de la titularidad en la finca que le había sido otorgada a los solos efectos de garantizar el crédito, despojó de la posesión de la finca al actor y su esposa, explotándola durante estos cuatro años, y debo condenar y condeno a dichos demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y a don A. C. D., a que rinda cuentas de su gestión en la explotación de la finca, y en el supuesto de que los beneficios excedan del importe total del capital prestado con sus intereses, se devuelva el sobrante al actor y se le restituya en la posesión de la finca, con indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, que serán fijados en el trámite de ejecución de sentencia, sin imponer expresamente las costas de este proceso.

Interpuesto Recurso de Apelación, la audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia de Primera Instancia.

El Recurso de Casación no prosperó. Los argumentos del Tribunal Supremo fueron:

Considerando: Que entre las figuras jurídicas, que por no estar incluidas en la casuística legal ha elaborado la doctrina científica y la Jurisprudencia, ha sido la del negocio fiduciario una de las de más acuciante necesidad de incorporar a la vida del Derecho, dada la frecuencia de relaciones obligacionales, perfectamente lícitas, de este tipo complejo que, por no pactarse en fraude de Ley, pueden ser enmarcadas dentro de sus amplios esquemas y, consiguientemente, han de ser cumplidas rigurosamente por quienes las conciertan, sin «truncar», en beneficio del acreedor fiduciario, la total y auténtica convención, querida por la única causa de garantía, motivadora de la conformidad de

las partes, que no se propusieron, ni llevaron a cabo la transmisión de la propiedad del bien, cuya asignación dominical no tiene otro alcance que el de asegurar el pago de la cantidad debida por el fiduciante.

Considerando: Que los motivos primero y segundo que por el camino que ofrece el apartado primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncian: uno, la violación del 1.902 del Código civil, y otro, la con ella incompatible del 1.101 del mismo Cuerpo legal, no pueden ser estimados. Aquél, porque al condenar la sentencia recurrida a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al actor por la actuación de uno de los demandados, nada tiene que ver el precepto que contempla las consecuencias de una acción u omisión culposa o negligente, cuando el pronunciamiento se funda, como de manera terminante consigna el fallo, en el incumplimiento de las obligaciones que el normal desarrollo de un negocio fiduciario—que es lo que el Tribunal de Instancia declara concertado entre las partes—lleva consigo, y el segundo, porque ante la rotunda declaración del Tribunal de Instancia de que el demandado recurrente, «prevaliéndose de la titularidad de la finca que le había sido otorgado a los solos efectos de garantizar su crédito, despojó de la misma al actor y su esposa, explotándola durante cuatro años», de cuyo despojo y ocupación indudablemente infiere la existencia de daños y perjuicios, no puede entenderse violado un precepto, cuando el soporte, de hecho, que determina su aplicación corresponde al Tribunal de Instancia, cuya conclusión sólo puede ser censurada por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando: Que los motivos tercero y cuarto, que por la misma vía formal que los que le preceden, denuncian «la violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, tampoco pueden lograr el fin que persiguen, porque para defender la tesis en ellos sostenida, de haber el juzgador de Instancia infringido los citados preceptos, al no estimar que en la escritura pública de 20 de agosto de 1951 se celebró entre los demandados un contrato de compraventa autónomo que, dada la claridad de sus términos, no ofrece duda alguna, de que mediante él se transmitió la propiedad de la finca objeto del mismo, sin que a esta conclusión obste—a juicio de quien recurre—ninguno de los convenios celebrados entre el actor y el demandado recurrente, fácilmente se pone de relieve que se examina fragmentariamente el complejo de relaciones jurídicas sostenido al Tribunal «a quo» en su total integridad, enjuiciando aisladamente la escritura de 20 de agosto de 1951, sin conexión alguna con el resto de las actividades del actor y del demandado. Cuando lo cierto es que del examen y concepción que a la Sala merecen las relaciones habidas entre ellos, de los actos coetáneos y posteriores realizados por los mismos, en suma, de la total apreciación de la prueba, no atacada adecuadamente en el recurso, es de donde obtiene la conclusión sentada de manera rotunda de estarse en presencia de un negocio fiduciario, cuya causa única fué garantizar un préstamo existente entre el actor como deudor y el demandado que no se opuso a la demanda, en cuyo carácter se subrogó el recurrente por la escritura pública, en la que, evidentemente, no podía existir oscuridad gramatical alguna, dada la naturaleza del negocio de garantía que se pactaba, cuya primera fase se halla caracterizada, ciertamente, por esta ausencia de obligaciones del fiduciario, que se conciertan en sucesivos convenios.

Considerando: Que el motivo quinto que denuncia con la misma invocación formal que todos los del recurso la violación del artículo 1.253 del Código civil es desestimable, no sólo porque los pronunciamientos del fallo en cuanto

terminantes, declaran que el recurrente—prevaleciéndose de la titularidad de la finca que le había sido otorgada a los solos efectos de garantizar el crédito—se funda, como expone el penúltimo Considerando de la sentencia del primer grado aceptado íntegramente por la impugnada, en prueba directa que expresamente alude, y la que por no haber sido objeto de crítica en el recurso, ha quedado inconvencible, sino también porque cuanto por el Tribunal sentenciador se argumenta en el sentido de que de los actos que examina se obtiene la convicción de que el complejo obligacional, integrado por las actividades desarrolladas por las partes, constituye un auténtico «negocio fiduciario», es conclusión que, en modo alguno, contraria las reglas de la lógica, dirigidas a buscar la verdad, lo que por estar encomendado al juzgador de instancia, no puede ser sustituido, por lo que es opinión peculiar del recurrente, ineficaz para conceptuar de inverosímil, absurda e ilógica la conclusión a que la sentencia llega.

Considerando: Que el motivo sexto que denuncia la violación de los artículos 1088, 1089, 1091, 1254, 1255, 1296 y 1258 del Código civil, tampoco puede prosperar, porque claramente se advierte que la censura que del fallo hace, sosteniendo la tesis de que aun cuando se tratase de un «negocio fiduciario», se le ha transmitido «la plena propiedad de un derecho», que permite la ocupación de la finca, plantea una cuestión nueva, no debatida en el proceso, en el que el recurrente negó la existencia de «negocio fiduciario», sin discutir el tema de si, aunque existiese, no era dable al actor reivindicar la posesión de la finca, novedad que no permite discutir ahora este problema íntimamente ligado con lo que realmente se hubiera pactado por las partes; siendo en todo caso evidente que, por no tener en estos negocios jurídicos la constancia de la transmisión del bien, otro alcance que el de garantizar la deuda, nada se opone, antes, por el contrario, es perfectamente conforme con su naturaleza, que posteriormente se pacte la continuidad posesoria del deudor, por lo que constituye verdadera contravención de las obligaciones contraídas por el acreedor al ejercitar una acción, haciéndola radicar en derecho de que carece, ocultando el verdadero carácter de la convención.

Considerando: Que el último motivo que acusa a la sentencia recurrida de la violación de los artículos 1449, 1450, 1462, 1298, 493, 1950, 1227 y 1280 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria, no es sino una reiterada insistencia de la tesis mantenida a lo largo del proceso que al negar la existencia de un negocio fiduciario sostiene la de un contrato de compraventa, desconectado de toda otra relación obligacional que le afecte; en definitiva, requeriríase para que el motivo pudiera prosperar el que se hubiese estimado previamente alguno de los que han atribuido a la sentencia impugnada una infracción de los preceptos denunciados en ellos, mas como ello no ha sido logrado y la conclusión del Tribunal «a quo» pertenece inalterable, cuanto argumenta el que se enjuicia, fundándose en una petición de principio inaceptable, no puede servir de base a cuantas infracciones se denuncian, partiendo de su realidad, con ostensible olvido de las rotundas declaraciones de la sentencia recurrida, notoriamente discrepantes de los supuestos, que al recurrente atribuye, el que la sentencia impugnada, ni conceptúa tercero, ni desconocedor de los derechos que podía transmitirle su codemandado, ni hace declaración alguna de «buena fe posesoria», razones todas impeditivas de que el motivo pueda prosperar y determinantes de su desestimación.

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1966.—*Frutos en retracto legal. Momento en que surge el derecho del retrayente a ellos. El retracto legal es un derecho real de adquisición.*

Es doctrina de esta sentencia que la tesis mantenida por los recurrentes se concreta a sostener que quien en juicio ejercita con éxito la acción de retracto legal, tiene derecho a los frutos de la cosa a partir de la interpelación judicial, porque en tal momento cesa la buena fe del titular dominical que se opone a la demanda y frente al cual se acciona, citando al efecto los artículos 353, 354, 451, 455 458 y 1.945 del Código civil. Así esbozado el tema litigioso, se advierte la inconsistencia jurídica de tal tesis, pues aunque el derecho de retracto legal es de naturaleza real, y como tal susceptible de surtir afectos *erga omnes*, no cabe identificarle con el dominio, toda vez que éste recae directa, inmediata y plenamente sobre la cosa y sus productos—artículos 348 y 353 del Código civil—, y aquél es de los denominados «derechos reales de adquisición», y por ello no alcanza plenitud de efectos hasta tanto que por consecuencia de la sentencia firme que lo reconoce, no se opere la modificación jurídica que implica la esencia subrogatoria de tal derecho, cual se establece en el artículo 521 del Código civil.

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1966.—*Concepto de contrato preliminar o precontrato o compromiso o «pactum de contraendo» o promesa de contrato. Promesa bilateral de comprar y vender: sus formas y efectos. Arras o señal.*

La cuestión fundamental planteada en esta *litis* fué la de si determinado contrato privado era de promesa, de venta o de compraventa. Con base en ella, el Tribunal Supremo dicta los siguientes Considerandos:

Que la figura jurídica del contrato preliminar llamado también precontrato, compromiso, *pactum de contraendo* o simplemente promesa de contrato, si bien no está recogida expresamente con carácter general en nuestra legislación positiva, ha sido ampliamente admitida, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia de esta Sala, estimando que al no estar tampoco prohibida por ninguna disposición en concreto, los contratantes están en condiciones de utilizarla al amparo del principio de libertad contractual establecido en el artículo 1.255 del Código civil, sin que tampoco pueda decirse que un pacto de esta clase sea por sí mismo contrario a la moral ni al orden público, existiendo precedentes de esta admisibilidad en las sentencias de 31 de enero de 1921, 10 de marzo de 1928, 29 de diciembre de 1929, 14 de noviembre de 1927, que aparecen consagradas de una manera sistemática y completa a partir de la de 9 de junio de 1940, cuya dirección es seguida después unánimemente, en especial por las de 11 de noviembre de 1943, 15 de marzo de 1945, 26 de octubre de 1946, 13 de febrero de 1953, 25 de marzo de 1957, 5 de octubre de 1961 y 2 de marzo de 1965 entre otras muchas, de acuerdo con todas las cuales, la institución puede ser considerada como una verdadera relación contractual encaminada a obtener una mayor seguridad en cuanto al contrato futuro que utilizan las partes para disminuir la posibilidad de engaños y fraudes y, sobre todo, para aplazar para un tiempo más remoto, e incluso tal vez oportuno, la

conclusión del contrato definitivo, de donde se desprende que es un contrato consensual y atípico, cuyo objeto normalmente consiste en un *facere*, es decir, la formación o conclusión del contrato obligatorio posterior.

Que para decidir acerca de la existencia o no de un pacto de esta índole, como otra cualquiera que sea objeto de discusión por las partes litigantes, es forzoso estar a los términos del contrato celebrado, al modo como prescribe el artículo 1.251 del Código civil, debiendo recurrirse a la búsqueda de la intención real de los contratantes en el supuesto de que dichos términos literales no aparezcan claros y concluyentes, según se establece en el párrafo segundo del referido precepto sustantivo, apareciendo en el caso presente que en el contrato que da origen al pleito actual, que consta en el documento privado de 28 de junio de 1946, se está conceptuando el acto jurídico, realizado en cuanto que la cláusula primera habla de que la vendedora «*promete vender*», añadiendo en la segunda que «la venta *prometida* deberá formalizarse en escritura pública .. cuando la vendedora está en condiciones de otorgar la mencionada venta, concluyendo la estipulación tercera por decir que «la finca, cuya venta se *promete*.. », señal inequívoca e indiscutible de que esto y no otra cosa fué lo que las partes entendieron celebrar, justificando, al parecer, por la imposibilidad o al menos dificultad de conclusión, de momento, del contrato definitivo de compraventa que, sin duda, también los contratantes querían realizar y para lo que se encontraban de completo y común acuerdo, no sólo por lo que respecta al acto en sí, sino también en cuanto todos y cada uno de los elementos o circunstancias concretas.

Que el tipo de precontrato que aquí se contempla, tal y como resulta de los términos transcritos del propio pacto, corresponde con la denominada promesa bilateral de comprar y vender, que a diferencia de lo que sucede con la figura en general—según se ha expuesto con precedencia—está regulado en nuestro Código civil en el artículo 1.451, con una fórmula imprecisa que ha dado lugar a grandes dudas interpretativas que no se aclaran con la remisión al que parece ser precedente legislativo del precepto; es decir, el artículo 1.589 del Código francés, puesto que en éste se dice claramente que la promesa de venta equivale a la venta—*vaut vente*—cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio, mientras que en el nuestro se afirma que «la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato», no aclarándose nada si el contrato, cuyo cumplimiento puede ser reclamado por los promitentes, es simplemente el de promesa o es, por el contrario, el de compraventa. Oscuridad que se acrecienta con la norma contenida en el párrafo segundo del mismo artículo, que, para el caso de imposibilidad del cumplimiento, ordena la aplicación de las reglas establecidas con carácter general para las obligaciones y contratos y no las específicas del contrato de compraventa, todo lo cual está demostrado que cuando se presentan figuras como la que aquí se contempla, de promesa bilateral de compraventa—y con absoluta independencia de la solución de carácter general—, lo que se discute no es la existencia o admisión de la institución—pacíficamente reconocida sin género alguno de dudas—, sino, sencillamente, la virtualidad o eficacia del pacto celebrado.

Que la discusión aludida en torno de la eficacia de estas formas de promesa que originó la doctrina científica, dando lugar a diferentes posturas o teorías, afirmando unas que la promesa o precontrato de venta vale, en todo caso.

como verdadera venta, si media la conformidad exigida por el legislador sobre la cosa y el precio; mientras que otras sostienen la imposibilidad de otro valor que el de simple promesa, o sea, el «obligarse a obligarse», incoercible de suyo, cuyo incumplimiento sólo puede dar lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, ante la imposibilidad de sustituir la voluntad del que se obligó en este sentido, ha tenido también repercusión, al menos aparente, en la doctrina de esta Sala, pues si bien las sentencias de 11 de noviembre de 1943, 28 de marzo de 1944, 15 de marzo de 1945, 19 y 26 de octubre de 1946, 18 de enero de 1947, 13 de febrero de 1953, 21 de diciembre de 1955 y 25 de marzo de 1957, siguen la segunda de las mencionadas direcciones conducente a la diferenciación entre la promesa de compraventa y la venta en firme, entendiendo que son figuras jurídicas distintas; en cambio, la de 1 de julio de 1950 sienta por vez primera la tesis de la equiparación, cuando concurre la tantas veces referida conformidad de las partes contratantes sobre los elementos del contrato de compraventa definitivo, tesis que en línea de principio fué después seguida por las de 27 de febrero de 1954—aunque trate el problema de un modo sólo tengencial—, 2 de febrero de 1959 y 5 de octubre de 1961, debiéndose tener en cuenta, sin embargo, que como queda indicado, esta repercusión es más aparente que real, a causa de la valoración que debe darse a la doctrina jurisprudencial, dictada en consideración de los supuestos de la vida práctica que se le presentan, que impide la adopción en forma absoluta de los moldes de orden doctrinal y que induce a considerar como contradicciones lo que la mayoría de las veces no son, sino efectos de las diferenciaciones que los respectivos casos ofrecen en la realidad.

Que como consecuencia de la diferenciación de dichos supuestos fácticos, a la manera como señaló la sentencia de 5 de octubre de 1961, es incuestionable que no siempre se presenta de la misma forma y manera el contrato de promesa de venta, pues unas veces las propias contratantes han dejado para el futuro, no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato, en cuyo caso, el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia—por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso—de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear; mientras que en otros supuestos, las mismas partes demuestran su decidida voluntad—en todos los pormenores y detalles—de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes, o, simplemente, porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo, poniendo de manifiesto no sólo su voluntad de presente, sino exacta y total, para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el término establecido, momento a partir del cual es incuestionable que si uno incumple lo prometido, el otro estará facultado a exigir el cumplimiento, no de la promesa en sí, sino también del contrato definitivo, al que aquella voluntad se determinó y para cuya realidad actual no existe ya el obstáculo anterior.

Que la determinación de si existe una u otra clase de promesa en el caso concreto que se somete a la decisión del Juzgador, tiene que llevarse a cabo por éste, examinando cuantos elementos se someten a su juicio, no pudiéndose detener en el simple estudio de los términos literales del contrato en que se contengan y buscando cuál fué la verdadera intención de los contratantes,

al modo como hizo en el caso presente el Tribunal *a quo*, por imperativos de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código civil, puesto que, si como antes se dijo, no ofrece duda del tenor literal del contrato, que se trata de una promesa de venta o precontrato, era necesario indagar, a los fines de precisar la eficacia del pacto celebrado, la auténtica voluntad de las partes, resultando aquí controvertible, que lo que quisieron fué celebrar una perfecta compraventa cuando pasase el plazo de los dos años establecido, al final del cual se autorizó al comprador para exigir, incluso la elevación del pacto a escritura pública, pagando el resto del precio convenido, a la manera como efectivamente intentó, confirmando todo ello por cuantos actos posteriores y coetáneos llevaron a cabo ambas partes contratantes, a causa de todo lo cual es obligado el perecimiento del motivo segundo del recurso, en que, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia violación del párrafo primero del 1.281 del Código civil y aplicación indebida de los 1.445, 1.451 y 1.450 del mismo Cuerpo legal, que después de todo lo expuesto, es evidente que fueron recta y debidamente aplicados por la sentencia recurrida.

Que todo lo anterior en cuanto a la interpretación y eficacia del pacto celebrado por las partes que ahora litigan, no puede quedar desvirtuado, por el hecho de que en el mismo mediasen arras o señal, pues con absoluta independencia de que en el documento donde consta el contrato se hayan intercalado las palabras manuscritas «y a cuenta», que figuran salvadas a mano también, al final del mismo que por sí sólo sería bastante para desvirtuar las alegaciones de la parte que ahora recurre en casación, no debe olvidarse que, según la doctrina de esta Sala, especialmente contenida en la sentencia de 1 de abril de 1958, para interpretar el contrato en que existen las referidas arras o señal, es preciso buscar la intención real de los contratantes en orden a lo que —en virtud del principio de libertad contractual—quisieron fuese el alcance y eficacia de las dichas arras y, sobre todo, que constante y reiteradamente se ha dicho por este Supremo Tribunal, entre otras sentencias, en la de 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927, 16 de enero de 1933, 5 de junio de 1945 y 22 de octubre de 1948, que la pretensión resolutoria del contrato de compraventa—que puede deducirse de la mediación de arras o señal—tiene que constar de manera clara y evidente, apareciendo de modo expreso la intención de los contratantes, en el sentido de que podía desligarse de la convención por dicho medio rescisorio, pues en otro caso la entrega ha de reputarse *anticipo del precto*, y no existiendo en este caso prueba inconcusa de la referida intención, antes bien siendo evidente todo lo contrario, están también obligados a perecer los Motivos señalados con los números primero y tercero del recurso, denunciándose en aquel—al amparo del ordinal séptimo del 1.692 de la Ley Procesal Civil—error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.232 del Código civil y del 580 de la Ley de Enjuiciamiento, y en éste por el cauce del número primero del 1.692 de esta misma Ley, violación del 1.454 del Código sustantivo, produciéndose como consecuencia del perecimiento de estos dos Motivos, la desestimación del recurso en su totalidad.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,
Registrador de la Propiedad.

M E R C A N T I L

II.—SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Sociedad civil a la que se aplica el Código de comercio. Prohibición de realizar negocios uno de los socios, por su cuenta y sin autorización, propios del tráfico de la sociedad. El administrador de la sociedad no puede simultáneamente dedicarse a actividad análoga, a la del objeto de la compañía* (Ponente: M. Taboada Roca).

Esta sentencia hace las tres precisiones siguientes:

1.^a La sociedad formada por los hermanos XX, y su padre, que giraba con el nombre comercial N. y que se dedicaba a la fabricación y venta de licores y vinos, aunque no consta que haya habido declaración expresa de constituirse revistiendo alguna de las formas reconocidas por el Código de comercio en su artículo 122, no llenándose, por tanto, los requisitos exigidos para las Compañías mercantiles en los artículos 119 y 125 de este Código, por el funcionamiento de la misma resulta evidente que se trata de una sociedad civil de tipo colectivo, y en tal supuesto, dada la carencia e insuficiencia de normas sobre esta materia en el Código civil, y atendiendo al espíritu del artículo 1.670 de este Cuerpo legal, es racional aplicar el criterio de las disposiciones del Código de comercio, que, además, responden a exigencias de la realidad, igualmente valoradas para las sociedades civiles (de acuerdo con la sentencia de 2 de enero de 1940, que expresamente cita ésta que estamos extractando).

2.^a Resulta evidente que un socio no puede dedicarse lícitamente a hacer, por su cuenta, negociaciones mercantiles propias del tráfico de dicha empresa, al no estar autorizado para ello por pacto especial, según estatuye, de manera terminante, el artículo 137 del Código de comercio.

3.^a El administrador de tal sociedad familiar, que se dedica simultáneamente a desempeñar la representación de otra empresa (cuyo objeto social es la venta de vinos), sin haber sido autorizado para ello por sus consorcios, queda sujeto a las sanciones que el artículo 138 del Código de comercio establece y consistentes, de acuerdo con lo pedido en la demanda, a que quede excluido de la empresa y a perder, en beneficio de la misma, las ganancias que se hubieren obtenido.

SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1966.—*Sociedad anónima: Derecho de información; sus límites* (Ponente: J. Beltrán de Heredia y Castaño).

El derecho de información de todo accionista, en relación con la memoria, balance, cuenta de pérdidas y ganancias y la propuesta de reparto de beneficios a que alude el artículo 110 de la Ley de Sociedades anónimas (que ya aparecía recogido en el artículo 173 del Código de comercio), no tiene más límite en el sistema vigente que el establecido en el artículo 65 del propio

texto legal, es decir, cuando el Presidente estime que la *publicidad de los datos solicitados perjudiquen a los intereses sociales*, y aunque esta estimación esté atribuida, según la ley, al propio juicio del indicado Presidente, es evidente que no puede ser sustituido por la apreciación de los administradores de la entidad societaria, ni mucho menos interpretada a manera de una amplia facultad que autorice a aquéllos a denegar lo solicitado, porque excede del contenido documentario que señala el artículo 108 de la Ley; sin que todo esto pueda quedar desvirtuado por la manifestación de que el Presidente hubiese dado verbalmente las aclaraciones requeridas, en la Junta a que no asistió el reclamante (socio al que se denegó la información solicitada), porque el legislador, al permitir esa posibilidad, se refiere a las pedidas por dicho procedimiento en la propia Junta, pero no a las que lo fueron con carácter previo y condicionante de la asistencia a la misma, ni sea posible atribuir a las palabras de la Ley el significado de que el Presidente de una empresa pueda proceder a su arbitrio y conveniencia a los efectos de valorar el perjuicio que a los intereses sociales se pudiesen ocasionar con la publicidad de los datos solicitados por un accionista, en quien no se dan las condiciones de indiscreto ni mal intencionado.

En consecuencia, procede declarar la nulidad de lo acordado en la Junta General celebrada, sin la asistencia del socio, que solicitó la información por escrito, la que, al ser denegada, motivó su no asistencia a la reunión, y contra cuyo acuerdo promovió el procedimiento especial que determina el artículo 70, en relación con el 67, de la Ley de Sociedades anónimas.

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Empresa mercantil: Concepto; susceptibilidad de ser ejercitados derechos sobre ella* (Ponente: V. J. Escribano Ruipérez).

«La empresa mercantil, carente de regulación en nuestro Derecho positivo, ha venido configurándose en la doctrina como una unidad patrimonial propia de la persona individual o colectiva que la crea y mantiene, integrada no solamente por determinados elementos singulares—trabajo y capital—, sino también por la organización, que como elemento preponderante, tiende a que con el conjunto de bienes materiales y dinamismo creador, se desarrolle una actividad en la esfera de la producción económica, o sea, como un conjunto organizado, dotado de vida propia e independientes e indiferenciada de los elementos singulares que la integran, susceptible de ser transmitida, cedida, traspasada o arrendada, y en suma, como una organización viva y no como un conglomerado inerte de cosas y derechos idóneos para el tráfico jurídico (como declaran las sentencias de 13 de marzo de 1943, 7 de diciembre de 1945, 23 de marzo de 1946 y 3 y 25 de febrero y 17 de diciembre de 1960; concordante con el número 1.º del artículo 12 de la Ley de Hipoteca mobiliaria).

Así trazado el concepto de 'negocio' o 'empresa mercantil', nada se opone a que pueda ser objeto de un condominio, toda vez que, a tenor del artículo 392 del Código civil, existe la comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas, ni tampoco a que pueda ser objeto de reivindicación como un todo unitario y complejo diferenciado de los elementos que singularmente la integran.»

III.—TÍTULOS-VALORES.

SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Letra de cambio y su causa; excepciones que pueden oponerse al tomador en juicio declarativo; sentido de la provisión de fondos* (Ponente: M. Taboada Roca).

Conforme a los artículos 456, número 5º, 444 y 480 del Código de comercio, no sólo en la vía ejecutiva la firma del aceptante obliga a éste al pago frente al tomador, sin poder excepcionar la falta de provisión de fondos, sino también es aplicable la misma doctrina en el juicio declarativo, aunque se niegue por el aceptante que el tomador haya reintegrado el importe de la letra, pues subsiste el carácter abstracto de la letra y no es dado discutir el problema de la causa.

Si bien la jurisprudencia ha mitigado el primitivo rigor con que interpretaba el artículo 480 del Código de comercio, en el sentido de que aunque sea el tomador quien reclame el importe de la letra frente al librador aceptante de ella, si se trata de un juicio declarativo ordinario y aquél ha intervenido en el contrato antecedente, de un modo más o menos encubierto, no puede entenderse desconectada la letra del elemento causal que le dió nacimiento y pierde su carácter abstracto, debiendo examinarse el contrato causal que la originó (sentencias de 22 de febrero y 20 de diciembre de 1960); sin embargo, no llegó a proclamar la doctrina (sostenida por el recurrente), de que bastaría negar al tomador la realidad del reintegro de la letra que posee, para que dicho tomador tuviera que probar que lo hizo, lo que equivaldría a invertir la carga de la prueba, desconociendo la presunción que a su favor tiene el tomador, de que pagó el importe de la letra cuando la tomó.

Aunque el artículo 456 del Código de comercio señala como obligación inexcusable del librador, la de hacer provisión de fondos a la persona a cuyo cargo se hubiere girado la letra, lo cierto es que también la jurisprudencia ha limitado el alcance a los supuestos en que en la letra de cambio hayan intervenido solamente el librador y el librado aceptante, más no cuando concurre un tomador de la cambial (sentencias de 12 de julio y 31 de octubre de 1912, 13 de noviembre de 1926, 12 de diciembre de 1928, 24 de marzo de 1932, 18 y 22 de marzo de 1948 y 18 de noviembre de 1954), en cuyo caso, el tercero resulta amparado por otros preceptos del mismo Código, como es el 480, con arreglo al cual, la supuesta falta de provisión, no tiene ese alcance de poder ser opuesto como excepción, más que en la hipótesis de que ese tercero hubiere intervenido como parte en el negocio subyacente.

IV.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1966.—*Compraventa mercantil: La puesta a disposición del comprador equivale a la entrega de la cosa vendida, aunque ésta lo constituyan las acciones de una Sociedad o empresa* (Ponente: T. Ogayar y Ayllón).

Como el derecho de la compraventa mercantil tiende a la rápida ejecución del contrato, tiene como especialidad en cuanto al modo cómo se entiende cumplida la obligación de entrega, que se conforma con la *traditio ficta*, que

implica la simple puesta a disposición de la cosa, hasta el punto que los artículos 337 y 338 del Código de comercio demuestran que en la terminología legal «entrega» y «puesta a disposición» son expresiones equivalentes, y el 339 equipara la disponibilidad de la cosa con la entrega material de ella, puesto que la venta se consuma para el vendedor en cuanto pone la cosa a disposición del comprador y éste la acepta, con las consecuencias que, respecto a la transmisión del riesgo, fija el artículo 333, doctrina reconocida por las sentencias, entre otras muchas, de 7 de junio de 1946 y 19 de octubre de 1957.

El vendedor de las acciones de una Sociedad cumple con su obligación de entrega, si las pone a disposición del comprador y fija lugar, fecha y hora para legalizar la venta oficial de aquéllas (pues no bastando la tradición material, se precisa el cumplimiento de los requisitos que para los contratos bursátiles exigen las disposiciones vigentes).

SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1965.—*Usura: La Ley de usura, de 23 de julio de 1908, es aplicable también a los préstamos mercantiles, si bien, por la idea del lucro que los preside, ha de apreciarse para ellos una libertad mayor en la contratación* (Ponente: T. Ogayar y Ayllón).

SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1966.—*Usura: Es usuario un préstamo que alcanzó los veintinueve enteros, nueve décimas por ciento de interés anual* (Ponente: D. de la Cruz Díaz).

RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.
Registrador de la Propiedad,
Notario.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

NATURALEZA JURIDICA DEL ACUERDO DEL GOBERNADOR
CIVIL, AUTORIZANDO EL DERRIBO DE FINCA URBANA

I.—INTRODUCCIÓN.

1. Agudamente, JORDANA DE POZAS llama la atención sobre un hecho no destacado hasta entonces por la doctrina: cómo la Constitución de la U. R. S. S. emplea los mismos términos que los preceptos constitucionales de la Revolución francesa para referirse a la propiedad (1). Una y otros emplean unos mismos adjetivos; una y otros la califican solemnemente como derecho *sagrado e inviolable*. La diferencia radica, nada más y nada menos, en que mientras el artículo 17 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano se refiere al derecho de propiedad individual, el artículo 131 de la Constitución Soviética se está refiriendo a la «propiedad pública socialista».

El hecho no puede ser más significativo. Frente a una concepción de la propiedad en que las limitaciones—esas limitaciones establecidas en las Leyes, a que todavía se refiere el artículo 348 de nuestro venerable y nunca bien ponderado Código civil—constituían la excepción, hemos pasado a otra, en la que las limitaciones son consustanciales al dominio.

2. El propietario, todo propietario, ve coartadas hoy sus facultades dominicales por las razones y en las formas más diversas. Por el bien común y por los intereses de ciertos sectores sociales; en la propiedad urbana y en la rústica, imponiendo simples abstenciones o hasta la carga de actuar en un sentido determinado (2).

3. Una de las razones más peculiares del mundo en que vivimos es la escasez de viviendas. La misma ha determinado el nacimiento de un conjunto de normas que han desnaturalizado la concepción de uno de los derechos civiles tradicionales: el arrendamiento. Y se habla de un derecho especial, excepcional, social de arrendamiento, que supone unas drásticas limitaciones en las facultades dominicales típicas (3). Pero por muy especial o excepcional que sea, es lo cierto que los Ordenamientos de muy pocos países han logrado escapar del mismo y que perdura a través de los años. Es más, aun cuando a veces se intente atenuar su rigor—y ahí está como ejemplo expresivo la última Reforma de la Ley española de arrendamientos urbanos—, los intentos quedan en agua de borrajas, ante la cerrada oposición de los sectores afectados, que acuden a cuantos procedimientos están a su alcance para impedir toda reforma sustancial

(1) *El problema de los fines de la actividad administrativa*, «Revista de Administración Pública», n. 4, pp. 20-21.

(2) Me remito a mis trabajos *El Registro municipal de solares*, Publicaciones Abella. Madrid, 1965, pp. 15 y ss. y *La declaración de fincas mejorables*, «Revista de Administración Pública», n. 13, pp. 232 y ss.

(3) CASTÁN Y CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. Madrid, 1956, pp. 75-77.

4. Esta normativa especial de valiosa protección al arrendatario forzosa-mente tenía que incidir decisivamente en una de las facultades que siempre han integrado el contenido natural del derecho de propiedad: la de derribar el inmueble—el *ius utendi atque abutendi*—. En efecto:

a) En la concepción tradicional, el derribo era una facultad del propietario de inmueble urbano, que se convertía en obligación en los supuestos de ruina. El artículo 389, párrafo primero, de nuestro Código civil, dispone: «Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída». Y el propio artículo, en su párrafo segundo, reconoce una verdadera prerrogativa administrativa: «Si no lo verificase el propietario de la obra ruinosa, la autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo.»

b) Y vienen las nuevas ordenaciones, vienen las limitaciones que tienen su fundamento en la escasez de viviendas y niegan al propietario la facultad de derribar su finca arrendada. El arrendatario adquiere una posición jurídica indefinida, a través de las prórrogas sucesivas, sin que pueda oponerse a la prórroga el derribo del edificio que ocupa. En tanto, en cuanto subsiste el arrendamiento—y subsiste, repetimos, en virtud de las prórrogas forzosas—, el arrendatario no podrá derribar.

Queda, naturalmente, el deber de derribar en caso de ruina, siempre que se declare así por la autoridad competente y a través del procedimiento legalmente establecido—artículo 170 de la Ley del Suelo—. Pero salvo estos casos que no son de derecho, sino de deber, el propietario no puede derribar.

c) Ahora bien, cuando el mismo fundamento de las medidas limitativas justifique lo contrario, lógico es que se produzca la excepción. Así ocurrirá cuando el propietario derribe, para edificar en el solar mayor número de viviendas que el que tiene el edificio derribado.

5. Ahora bien, en estos supuestos, el derecho no deja en libertad al propietario para que proceda al derribo; no se produce automáticamente la excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento por el simple propósito del propietario de edificar mayor número de viviendas. Por el contrario, a fin de velar por los intereses de los inquilinos, se da una intervención administrativa, de la que dependerá la extinción o no continuación más allá de los plazos de la relación arrendaticia. Se produce, pues, una interferencia administrativa en las relaciones civiles (4). Esta intervención administrativa puede ser de dos tipos:

a) La que se da a través del Registro municipal de solares. Cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 5.º del Reglamento, aprobado por Decreto de 5 de marzo de 1964, la Administración carece de facultad discrecional para acceder o denegar la inscripción en el Registro: debe proceder a la inscripción y se producirá la extinción de la relación arrendaticia (5).

(4) GONZÁLEZ PASTORIZA: *Las interferencias administrativas en la Ley de arrendamientos urbanos*, «Revista Jurídica y Administrativa de Galicia», nn. 15-16, año V, 1960. Vigo; GONZÁLEZ PÉREZ: *La extinción de la autorización de farmacia*, «Revista de Administración Pública», n. 37, pp. 143 y ss.

(5) GONZÁLEZ PÉREZ: *El Registro municipal de solares*, cit.

b) La que se regula en el artículo 78 de la Ley de Arrendamientos urbanos. El artículo 78, párrafo primero, de la Ley de Arrendamientos urbanos, dispone que, para que proceda la segunda excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento, será necesario: «Que el arrendador contraiga, comunicándolo por el escrito al gobernador civil de la provincia, el compromiso de que las obras de reedificación se realizarán en el plazo que previamente deberá ser señalado por dicha autoridad, y que la reedificación se verificará de modo que la nueva finca cuente, al menos, con una tercera parte más del número de viviendas de que disponga aquélla, respetando al propio tiempo el número de locales de negocio si en el inmueble a derruir los hubiere. Y cuando la finca careciera de viviendas o las que existieran fueran dependencias del local o locales de negocio con que cuente, que se compromete a que la reedificación disponga de una o más viviendas susceptibles de ser utilizadas, con independencia plena de los locales de negocio.»

II.—NOCIONES GENERALES.

A) *Concepto.*

1 La autorización de derribo es un auténtico acto administrativo, aun cuando sus efectos se produzcan en el ámbito de las relaciones de Derecho privado. No es ni mucho menos el único ni el primero de los actos administrativos con estos peculiares efectos. Por el contrario, el supuesto es bastante frecuente, dando lugar a una categoría de actos que ha despertado el interés de la doctrina (6).

2. El carácter de acto administrativo ha sido reconocido por la jurisprudencia. En este sentido, una sentencia de 14 de noviembre de 1964 (Ponente: ARIAS RAMOS), dice: «El otorgamiento o denegación del permiso de derribar y construir, atribuido a los gobernadores civiles por los artículos 78 de la Ley de arrendamientos urbanos de 13 de abril de 1956, es un acto administrativo, corolario o manifestación de la política estatal de aliento a la construcción de viviendas, con la finalidad de paliar o resolver el problema social de su escasez, sin que las circunstancias de que tal licencia gubernativa esté encajada en la Ley de arrendamientos urbanos, borre la naturaleza de acto administrativo de tal permiso, la cual, en este aspecto, es algo destacado y distinto de las repercusiones o derivaciones que la utilización y puesta en práctica de dicho permiso, si es concedido, determinan en las relaciones jurídico-civiles, derivadas del contrato de arrendamiento entre el arrendador y los inquilinos.» Otra, de 23 de febrero de 1963 (Ponente: BECERRIL), afirma: «El acto recurrido, como contenido éste en el ámbito de la Administración, sólo cabe considerar que el gobernador civil, al aplicar tal artículo de la Ley de arrendamientos urbanos, opera como un órgano de la actividad característica, al margen, en su caso, de la posible inclusión del acto en el apartado b) del artículo 2.º de la Ley fundamental, en el que, aparte de la refe-

(6) FERNÁNDEZ DE VELASCO: *El acto administrativo*. Madrid, 1929, pp. 309-310, y mi trabajo *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella Madrid, 1964, páginas 555-557.

rencia enunciativa y *ad exemplum* que contiene, ha de buscarse la clasificación expresiva en la consideración unitaria de los intereses del Estado como esencia de la causa práctica de gobierno que lo produce con arreglo, tanto a la moderna doctrina como a la Exposición de Motivos de la Ley, que señala adecuada orientación para clasificar el acto en la naturaleza normativa que le genera, según glosa la sentencia de 26 de diciembre de 1951, señalando los límites de los actos sujetos al Derecho administrativo en aquéllos normalmente determinados por la esencia de esta rama del derecho en cuanto forma parte del Ordenamiento, tal como dice la sentencia de 18 de junio de 1959, fijándose, pues, el criterio determinante, según lo precisa y enuncia nuestra tradición legislativa, recogida en los apartados a) y b) del artículo 2.º ya repetido, mediante una declaración doctrinal técnica y positiva, en relación con los actos de la Administración, 'sujetos al Derecho administrativo', y otro, negativo, como matiz distinto del acto, tal como rezan las sentencias realmente precisas y luminosas al efecto, de 29 de febrero de 1960, 23 de marzo de 1960 y 18 de mayo de 1959, a más de las que ya venían recogiendo singular doctrina de 5 de febrero de 1957, 26 de junio de 1948 y 21 de mayo de 1956, quedando así reservada la exclusión respecto al conocimiento jurisdiccional, para aquellos asuntos que, a más de contener los elementos indicados, ofrecen otra trascendencia, dentro del ámbito general, distinta de la que se refiere a ventilar cuestiones propias del interés individual, como dice la sentencia de 10 de noviembre de 1959.» La sentencia de 3 de noviembre de 1964 (Ponente: CORDERO TORRES) dice que tal decisión constituye «sólo un trámite previo, en orden a la segunda excepción, a la prórroga de los contratos de arrendamiento». Y en análogo sentido, se pronuncia la de 18 de noviembre de 1964 (Ponente: FERNÁNDEZ HERNANDO).

3. La nota que más diferencia este tipo de acto de los demás de su categoría, viene dada por su contenido específico: se trata de la autorización para derribar el inmueble, siempre que el propietario se comprometa a construir en el solar resultante un edificio que cuente, al menos, con una tercera parte más del número de viviendas de que disponga, respetando el número de locales de negocio si en el inmueble a derribar los hubiere.

B) *Naturaleza jurídica.*

La naturaleza jurídica de la autorización viene dada por las notas siguientes, cada una de las cuales comporta importantes consecuencias en su régimen jurídico:

1. *Es un acto administrativo.*

Constituye, según se ha dicho, la nota genérica del concepto. Estamos ante un acto que emana de un órgano administrativo, actuando como tal en ejercicio de potestades administrativas. Para satisfacer necesidades públicas dentro del marco del Derecho administrativo. De aquí que:

a) Como todo acto administrativo, esté sujeto a los requisitos de validez regulados en la Ley de Procedimiento Administrativo, con las especialidades que impone su regulación específica.

b) Como acto sujeto al Derecho administrativo, es susceptible de impugnación por los medios de recurso propios de esta rama del Derecho. Así, la sen-

tencia citada, de 14 de noviembre de 1964, afirma que «la negativa o concesión del permiso, así como la vigilancia del cumplimiento de las condiciones con las cuales se otorgan, son actividad administrativa, sujeta a la tarea revisora de esta jurisdicción».

c) Ahora bien, desde el momento que despliega su eficacia preferentemente en las relaciones civiles, se impone distinguir hasta dónde llega el Derecho administrativo—y consiguiente ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa—y dónde empieza el Derecho privado, y, por tanto, la Jurisdicción ordinaria. En este sentido, una sentencia, de 24 de noviembre de 1962 (Ponente: ROBERES), dice: «No hay que perder de vista que dicha autoridad en trance tal, no tiene la misión de definir las relaciones arrendaticias que adornan las fincas, ni discriminar, ni vigilar los posibles derechos de los arrendatarios e inquilinos en un ámbito extrajudicial o judicial en la vía ordinaria, que tiene su comienzo en la notificación fehaciente de la autorización de derribo que establece el párrafo 2.º del artículo 78 de la tan mentada Ley de arrendamientos urbanos; a partir de cuyo momento, y ya refiriéndonos al caso actual, la jurisdicción ordinaria en defecto de pacto, y si así llegan a instalarlo, determinará la condición jurídica y derecho de quienes, ocupantes materiales de los locales a derruir, pretendían, con evidente falta de personalidad, defender los recurrentes.» Otra, de 11 de diciembre de 1963 (Ponente: BECERRIL), afirma: «Aunque existe oposición de la propiedad respecto a la viabilidad del retorno, en base de motivaciones jurídicas, tal cuestión es extraña al ámbito normal de este proceso administrativo, ya que la validez, alcance y efectos de los derechos subjetivos privados, que implica el derecho de retorno, por ser cuestión *inter partes* y de naturaleza eminentemente patrimonial, ha de ser ventilada, en caso de no acuerdo, ante la Jurisdicción ordinaria.» Y la de 14 de noviembre de 1964: «Una cosa es el acto gubernativo, reflejo de la política estatal en relación con el problema social de la vivienda, y otra, las repercusiones de decisión gubernativa en las relaciones arrendaticias; como una cosa es el expediente y decisión sobre declaraciones de ruina o sobre inclusión de una finca en el Registro de Solares Edificables y otras las consecuencias jurídico civiles que se produzcan por ello entre arrendador e inquilinos, y el hecho de que resoluciones administrativas puedan influir en el régimen de prórroga legal de los contratos de arrendamiento, no hace civiles ni las sustrae al Derecho administrativo, tanto en su aspecto adjetivo o de tramitación como en el sustantivo, dichas resoluciones gubernativas.»

2. Es una autorización en sentido técnico, en cuanto que:

a) El Ordenamiento jurídico presupone un derecho subjetivo, el derecho del propietario de derribar su finca, derecho que ha sufrido una limitación por razones de interés público—la escasez de viviendas—.

b) El acto del gobierno civil remueve esa limitación, supera ese obstáculo al ejercicio del derecho. Como dice una sentencia de 6 de junio de 1958, «mencionada potestad gubernativa se concede en beneficio del tráfico titulado, no es un mandato obligatorio para el propietario, sino una exoneración de la limitación de su derecho de dominio, limitación legal procedente de la misma Ley que lo define, ampara y configura como una a. modo de propiedad especial desprovista en parte de la facultad de disposición sin previa decisión

administrativa, con la cual liberación se restituye al dueño la libertad integrante de la propiedad de derecho común» En análogo sentido, la sentencia de 19 de febrero de 1958. De aquí que estemos ante una autorización, licencia o permiso (7).

c) Al ser una autorización, implica el reconocimiento de un derecho subjetivo. De aquí que a la concesión de la autorización sea aplicable el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos, que reiterada jurisprudencia ha considerado aplicable a este tipo de actos.

3. Es un acto discrecional.

A diferencia de otras autorizaciones, su concesión es discrecional. El gobernador civil concede o deniega la autorización de derribo en atención «a la normalidad o escasez de viviendas que hubiera en cada localidad, a las disponibilidades de mano de obra y de materiales de construcción, y especialmente a la existencia o inexistencia de viviendas desalquiladas de renta semejante a las del inmueble que se fuera a derruir» (artículo 79, párrafo 2.º, de la Ley de arrendamientos urbanos). Esto no quiere decir que el acto escape del control jurisdiccional. Porque:

a) La nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, como es de sobra sabido, ha acabado con el requisito de que el acto fuera reglado, que habían venido exigiendo nuestras tradicionales leyes de lo contencioso para que fuera admisible la impugnación jurisdiccional. Con frases harto expresivas, la Exposición de Motivos de dicha Ley dice: «Al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un *prius* respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos: la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto, cabe concluir sobre su discrecionalidad, y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación, y aquélla, no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración, la configuración, según el interés público del elemento del acto de que se trata y haber actuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo.»

b) La jurisprudencia ha reconocido expresamente esta posibilidad de impugnación. Así, en sentencia de 14 de noviembre de 1964, al decir: «La mera denegación o concesión del permiso gubernativo, decisión que, además, habida cuenta de la virtual inexistencia de actos, pura, absoluta y totalmente dis-

(7) Sobre el problema del concepto de la autorización, me remito a mi trabajo *Aperturas y traslado de farmacia*. Madrid, 1966, pp. 44 y ss.

crecionales, constituye una actividad administrativa, sujeta, procesal y sustancialmente, a normas, y por ende, al menos en una gran parte, reglada.» En efecto:

a') La doctrina y la jurisprudencia tradicional habían venido señalando que en todo acto discrecional existe un aspecto reglado. Así, ROYO-VILLANOVA, decía: «En todo acto, la competencia, la forma y el fin constituyen necesariamente la parte reglada, puesto que han sido establecidos en la Ley; un acto que persiga un fin, distinto del señalado por el legislador, adolece de 'desviación de poder'. Los únicos elementos que pueden tener carácter discrecional son los motivos y el contenido. Todo acto obedece a un motivo, esto es, a una situación de hecho o de derecho. Así, la sanción disciplinaria de un funcionario municipal obedece a la comisión de una falta; la orden de demolición de una finca tiene por motivo el estado ruinoso de la misma; la jubilación de un funcionario tiene como antecedente el cumplimiento de una edad determinada o su estado de incapacidad física, etc. En estos casos, el motivo del acto ha sido señalado por la Ley; por consiguiente, el acuerdo no es discrecional. Sin embargo, en ocasiones, los motivos son señalados con fórmulas vagas, como utilidad pública, seguridad pública, etc. En tales casos, la apreciación de los motivos ha de considerarse discrecional. Laum declara que con tales expresiones se designa la potestad discrecional en sentido estricto» (8).

b') Hoy, después de entrar en vigor la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, además de en aquellos aspectos, es posible la impugnación del acto discrecional por «desviación de poder». En tanto, en cuanto se aparte el acto del fin para el que se reconocen las potestades.

4. Es un acto-condición.

Una de las categorías de acto administrativo que señalaba la doctrina tradicional, últimamente abandonada como tal, era la del acto-condición (9).

Su eficacia está condicionada a que el interesado realice determinadas actividades dentro del plazo que señale el acto. Así lo acredita el expreso precepto del artículo 79. párrafo 3.º, *in fine*, de la Ley de arrendamientos urbanos, al decir que si caducado el plazo no se llevaren a cabo aquellas actividades, la autorización «no producirá efecto alguno».

De aquí la procedencia de distinguir los requisitos de validez del acto de los que son acaecimientos, de los que depende su eficacia.

a) Los primeros, es decir, los requisitos, son aquellas circunstancias que deben concurrir para que el acto sea válido, para que produzca todos sus efectos normales. Han de darse, pues, en el momento de su producción, al nacer el acto. De aquí que el control de la jurisdicción contencioso-administrativa se extienda a estos extremos: verificar si se dan o no aquellos requisitos.

que integran la *condición* de que depende la eficacia del acto, los Tribunales contencioso-administrativos carecen de jurisdicción a la hora de enunciar la validez del acto. Pues el hecho de que vayan a darse o no, jamás será requi-

(8) ROYO-VILLANOVA (S): *Problemas del régimen jurídico municipal*. Madrid, 1944, pp. 122 y ss.

(9) GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho administrativo*.

sito de validez del acto, que es a lo único a lo que puede llegar la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala primera (v. gr., sentencia de 21 de mayo de 1958)

C) *Fundamento.*

El fundamento de la autorización del gobernador civil es incuestionable. Constituye una de las felices conjunciones de interés público y privado, de prerrogativa y garantía, que constituyen la esencia y razón de ser del verdadero Derecho administrativo. En efecto, según hemos señalado *ut supra*, si el contrato de arrendamiento se prorroga forzosamente, obstaculizando las facultades de derribo del propietario, es por razón de la escasez de viviendas. Por lo que cuando esta escasez aconseja remover la limitación, lógico es que se permita el derribo, con la garantía que supone la intervención *a priori* del gobernador civil. De aquí que la sentencia de 14 de noviembre de 1964 se refiera a la «política estatal de aliento a la construcción de viviendas, con la finalidad de paliar o resolver el problema social de su escasez», y que la de 23 de febrero de 1963 hable de «que la autorización a que se refiere el artículo 79 de la Ley de arrendamientos urbanos, como facultad excepcional de los gobernadores civiles para permitir la demolición de un edificio, lejos de constituir una liberalidad jurídica objetiva, se centra, como *ratio legis*, de su fundamental atribución en las posibilidades constructivas que constituyen la operación edificatoria de retorno, en los aspectos, social, urbanístico y económico, por cuanto la desaparición de lo edificado viene legalmente condicionada a la reedificación futura, según demuestra la lectura del artículo 78».

D) *Regulación.*

1. Rigen, en primer lugar, las normas especiales contenidas en la Ley de arrendamientos urbanos, en especial, artículos 78 y 79.

2. En lo no previsto en aquellas disposiciones especiales, habrá que acudir a las generales de Derecho administrativo, concretamente, las de la Ley de Procedimiento Administrativo. En este sentido, por ejemplo, una sentencia de 14 de noviembre de 1964, dice: «Si, como se ha indicado, la tramitación y otorgamiento o negativa del permiso de que se trata, constituye una actividad administrativa, la sujeción de la misma a la Ley fundamental de la materia de 17 de julio de 1958, es, en principio, inexcusable, y solamente cabría eludir la aplicación al caso de sus preceptos, si las aludidas tramitaciones y resolución estuvieran exceptuadas expresamente, como procedimientos especiales no enmarcados en el procedimiento general de la citada Ley fundamental, por el Decreto de 10 de octubre de 1958; disposición en la cual es obvio, que no se comprende la tramitación, concesión o denegación del permiso gubernativo de que se trata, y este razonamiento de la sentencia apelada, junto a la invocación del otro Decreto de la misma fecha de 10 de octubre de 1958 sobre la regulación de atribuciones de los gobernadores, que, en su artículo 21, dispone clara y terminantemente 'que la tramitación de los expedientes en los gobiernos civiles se ajustará a lo prevenido en la Ley de Procedimiento Administrativo, con excepción de los procedimientos declarados especiales', constituyen un apoyo legal evidente del fallo del Tribunal *a quo*, fallo que no puede revocarse, sin que previamente se elimine la fuerza y eficacia de tal apoyo legal.»

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,
Catedrático de Derecho Administrativo.