

JURISPRUDENCIA

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ, María DÍAZ DE ENTRESOTOS Y FORNS, Jesús DIEZ DEL CORRAL RIVAS, Pedro ELIZALDE AYMERICH, Gabriel GARCÍA CANTERO, María Angeles MANZANO CEJUDO y Cándido PAZ ARES.

I. DERECHO CIVIL

2. Derecho de la persona

1. *Título nobiliario. Mejor Derecho. Admisión en segunda instancia de partida de bautismo.*—No cabe fundar un recurso de casación en el fondo en la infracción de los artículos 503, 504 y 506 de L. e c., aunque se trate de obviar esta doctrina reiterada con referencia de sentencias que interpretan su contenido y que no guardan relación con el tema debatido.

Acumulación de acciones incompatibles. Incongruencia.—Tratándose de dos acciones interpuestas sucesivamente y luego acumuladas, que tienen idéntico fundamento y que persiguen igual objeto de obtener la declaración de mejor derecho, es obvio que de prosperar la pretensión de cualquiera de los demandantes la consecuencia ineludible es la desestimación íntegra de la articulada por el otro, sin que sea dable establecer pronunciamientos que puedan afectar doblemente a la común demandada; por ello, la absolución pronunciada en relación con la parte cuyo mejor derecho se reconoció, carece de trascendencia y sólo puede tacharse de innecesaria, pero no de incongruente; asimismo, presupuesto el «mejor derecho» de uno de los demandantes, no es preciso resolver sobre el «mejor derecho» del otro frente a un demandado privado de la cualidad que pasivamente le legitimaba para soportar la carga de la pretensión articulada por su contraparte. (Sentencia de 19 de mayo de 1980; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

2. *Proceso de ejecución de sentencias firmes.*—Viene determinado en su ámbito por su propia finalidad de dar cumplimiento a lo resuelto, para lo cual el organismo ejecutor puede acudir como elemento de auténtica interpretación a la fundamentación lógico-jurídica del fallo, e incluso le viene permitido atender no sólo a los extremos o particularidades expresamente contemplados por la resolución a ejecutar, sino también a los que sean obligada consecuencia de la situación examinada.

Mancomunidad.—Es aplicable la regla general de que el vínculo obligatorio con varios sujetos ha de tenerse por mancomunado, en cuanto no

concurra ninguno de los supuestos excepcionales de solidaridad (artículo 1.137 del Código civil). (Sentencia de 26 de marzo de 1980; ha lugar.)

Hechos.—El recurso de casación, interpuesto al amparo del artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, prospera porque la Sala de Instancia ha establecido el carácter solidario de la obligación de las demandadas, a pesar de que tal cuestión no aparece debatida en el proceso ni decidida en la sentencia de cuya ejecución se trata.

3. *Fianza solidaria: extinción por prórroga concedida al deudor.*—Si bien el artículo 1.851 Código civil establece que «la prórroga concedida al deudor por el acreedor, sin el consentimiento del fiador, extingue la fianza», esta prórroga aquí no se ha probado y, como ya declaró la sentencia de 22 de noviembre de 1916, la existencia de prórroga de la deuda, como cuestión de hecho, es de la incumbencia de los Tribunales de instancia, y la estimación de éstos sólo puede combatirse en casación por el número 7 del artículo 1.692 LEC.

Efecto extintivo de la prórroga.—Ha de provenir de un acto del acreedor, mientras que el supuesto fáctico de este recurso es el de un acto previo unilateral del fiador que se compromete a afianzar, por plazo indefinido y solidariamente con el deudor, las operaciones de éste hasta un límite cuantitativo, lo que supone no concesión de prórrogas por cada operación, sino garantía de un conjunto de operaciones sin limitación de término, lo que configura un supuesto de hecho distinto del que es base del artículo 1.851 Código civil.

Novación de la obligación.—La alegación de que ésta ha existido hace supuesto de la cuestión, de modo que la carta en que se quiere fundar la novación, no tenida en cuenta por la sentencia impugnada, no puede ahora ser apreciada dado el conducto procesal utilizado del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal.

Novación de la obligación.—El recurrente prescinde del supuesto fáctico apreciado en la instancia, puesto que no hay base alguna que revele, ya la declaración bilateral y expresa de voluntad para sustituir unas obligaciones por otras, ya la incompatibilidad absoluta entre ellas, que para que exista la novación exige el artículo 1.204 del Código civil. (Sentencia de 7 de enero de 1981; no ha lugar.)

4. *Seguro de crédito a la exportación.*—Los temas traídos a la casación contemplan una modalidad de «seguro de crédito a la exportación», cuya finalidad es prestar cobertura a los riesgos derivados del fomento de la actividad exportadora, que aquí operó como «prefinanciación con pedidos en firme» mediante la concesión de un préstamo de 500 millones de pesetas por el Banco de Crédito Industrial a MATESA para la fabricación de «stocks» destinados al comercio exterior, operación completada con la formalización de una póliza de seguro de afianzamiento de tal crédito, en la que intervienen, además de la prestataria, Seguros de Crédito y Caución, S. A., como aseguradora y el Banco prestamista como asegurado.

Estafa penal y causa concreta.—La alegación de la aseguradora, para desligarse del cumplimiento del contrato, de que la estafa penada de los

rectores de MATESA comporta que el contrato civil, como encaminado al fraude, careció de verdadera causa, no puede prosperar, pues aún en el ámbito de la causa concreta hay que separar el móvil meramente individual y oculto que abrigue cualquiera de los otorgantes del móvil integrado en la causa o incorporado al contrato, ya que por mucho que se acentúe el criterio subjetivista sobre la materia, siempre será menester para causalizarla que la finalidad de que se trate haya sido perseguida por ambas partes y plasmada en el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo.

Causa y motivos.—La causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que llevó a cada contratante a realizar el negocio, y por ello para que los móviles subjetivos de los otorgantes puedan tener repercusión jurídica es necesario que, reconocidos por ambos contratantes, hayan sido elevados a condición determinante del pacto concertado, actuando a manera de causa impulsiva.

Causa ilícita.—La nulidad radical ordenada por el artículo 1.275 Código civil únicamente se ocasionará si el negocio persigue un fin ilícito o inmoral; lo que aquí no ocurre, pues el proceder reprochable a los condenados socios de la prestataria no vicia la actuación contractual del Banco acreedor, víctima de dolo principal con alcance anulatorio a instancia del legitimado para ello.

Dolo civil causante.—En su concepto caben toda suerte de astucias para conseguir el resultado falaz, de modo que aún no existiendo total coincidencia entre el fraude civil o dolo y la figura presumible de la estafa, por fuerza ha de darse entre uno y otra sustancial conformidad, como señala la doctrina, la Sentencia de 25 de octubre de 1928 e imponen los antecedentes históricos del Digesto y de las Partidas.

Consecuencias del dolo.—No da lugar a la nulidad absoluta, sino a la anulabilidad a voluntad de quien lo sufrió tal como preceptúan los artículos 1.300 y siguientes del Código civil.

Cumplimiento del contrato.—En modo alguno hay violación del artículo 1.256 Código civil, porque no se ha dejado al arbitrio de MATESA la validez y el cumplimiento de los contratos, sino que todas las consecuencias se han derivado del incumplimiento por la misma de sus obligaciones contractuales.

Daño fortuito.—Mal puede darse esta nota en el daño buscado de propósito por el beneficiario del seguro, aparte de que es improcedente traer a capítulo un precepto claramente alusivo al seguro de cosas (artículo 1.791 Código civil) y de que la actuación culposa y hasta la dolosa del deudor en el seguro de crédito no eliminan el riesgo ni descartan la función de cobertura.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—No hay tal error, por desconocimiento de lo proclamado en las sentencias que condenaron a MATESA, pues la Sala de Instancia no ignora la existencia de tales sentencias, antes bien, las ha tenido muy presentes al entender que la cosa juzgada penal no provoca por su sola virtud la nulidad en el orden civil de los contratos en cuestión.

Autoridad de cosa juzgada. Sentencia penal.—La autoridad de la cosa juzgada penal en el proceso civil debe ser entendida, con la más autorizada doctrina, en el sentido de que lo resuelto en la vía punitiva sobre la declaración de responsabilidad criminal y la imposición de la pena no son en sí mismas condición de ninguna norma civil y en consecuencia no podrá afirmarse que existía autoridad de cosa juzgada penal en el otro campo, sino que la vinculación del juez a la sentencia condenatoria tiene lugar en cuanto a la existencia material del hecho, compuesta por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y al grado de participación del sujeto, apreciaciones que no trascienden al proceso civil cuando la controverbia atañe a cuestiones diversas y la sentencia penal no opera prejudicialmente, en cuyo sentido enseña la jurisprudencia que tales resoluciones sólo obligan al Juez civil de aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga.

La interpretación de los contratos.—Constituye facultad privativa del Tribunal de Instancia interpretar y fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos y su criterio no puede ser sustituido a menos que resulte manifiestamente erróneo o infrinja alguna de las normas de hermenéutica del Código civil; excepción que no concurre cuando aquí el Juzgador concluye que el Banco prestamista y asegurado dio cumplimiento a la obligación pactada de acreditar, de acuerdo con el uso mercantil, el destino de la suma prestada. (Sentencia de 3 de febrero de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia, recaída en el famoso asunto de MATESA, coincide en lo esencial con sólo secundarias adiciones, según señala su primer considerando, con otras tres sentencias anteriores de 8 de julio de 1977, 30 de diciembre de 1978 y 22 de noviembre de 1979, pronunciadas en relación con el mismo asunto.

5. *Compraventa de apartamento en construcción. Interpretación. Fin económico. Precio de coste. Trato de favor dispensado por el vendedor. Incremento de costes. Buena fe.*—En todo negocio jurídico lo esencial a tener en cuenta, en orden a sus efectos, es conocer la voluntad de los en él intervinientes, con el fin de autenticar cuál fuere la inspiración y propósito a que responde, como para decidir sus consecuencias en derecho, función de la llamada interpretación, que lo mismo puede versar sobre el texto o convenciones escritas o verbales, que respecto del comportamiento contractual, y más en cuanto afecta al fin económico, que tiene tan constante aplicación y trascendencia en la esfera del Derecho privado y que frecuentemente ilumina con patente luz la conducta de las personas en sus relaciones de índole jurídica; la compraventa en cuestión ha tenido como base la contemplación del precio de coste, pues de no ser así resultaría ilógico la concesión de tal amplios beneficios al adquirente, generante en esencia de un indudable trato de favor, y siempre en contemplación a una situación de buena fe contractual derivada de una recíproca confianza, determinada por el hecho de que la construcción pudiera desarrollarse normalmente, tratando en todo momento de alcanzar, dentro de ese trato de favor, una justa equivalencia en las respectivas prestaciones.

Principio de la confianza.—En toda relación jurídica lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es ataque a la buena fe, que viene determinada por una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales, toda vez que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta, no deben defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella; en el presente caso el comprador debe abonar a la entidad vendedora, como precio en definitiva asignable a la compraventa cuestionada, la suma resultante del incremento producido en el coste inicialmente contemplado por causa del retraso constructivo producido por consecuencia de dilación temporal en la ejecución de la obra, que no ha sido resultado de voluntad de la entidad vendedora, y así derivado de dificultades urbanísticas posteriormente superadas; al pretender el comprador la eficacia y persistencia del vínculo jurídico creado, hay que tener en cuenta las variaciones mencionadas, ya que el pactado escriturariamente fue en simple consideración a las bases de coste contempladas sin dilación producida por causa ajena a la voluntad del vendedor, y no a las surgidas en contra de éste.

Inaplicación de la cláusula «rebus sic stantibus».—Aunque esta doctrina resulta inaplicable en el presente caso, la función de la misma es suplida por el principio de la buena fe del artículo 1.258 C. c. en su significado objetivo de comportamiento o regla de conducta que se señala como pauta general en las relaciones jurídicas, que representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico, teniendo indudablemente su base fundamentadora en la equidad, invocada en el artículo 3.2. C. c., afirmación de que la norma jurídica existe para el adecuado logro de la justicia, sirviendo en consecuencia para la aplicación de ésta, y en el caso ahora examinado para poner remedio a la no equivalencia de las prestaciones que originaría la rigurosa aplicación literal del documento en que se constata la compraventa.

Principio del «no enriquecimiento injusto».—Convalidar la compraventa en cuestión con base exclusivamente en el *quantum* del precio constatado en el documento base, conduciría a incrementar, sin causa justificante, el patrimonio del comprador en evidente perjuicio, también injustificado, del vendedor, que vería empobrecido el suyo.

Extinción de la obligación por imposibilidad de cumplimiento.—No procede aplicar el artículo 1.184 C. c. cuando no se prueba que la entrega del apartamento objeto de la venta sea legal o físicamente imposible, siendo incompatible tal petición con la propia conducta del recurrente, pues mal se compagina la pretensión de liberación de un deudor en sus obligaciones con instar su cumplimiento.

Doctrina de los riesgos. Inaplicabilidad del artículo 1.452 C. c.—Este precepto inspirado en el criterio romano acoge el principio *res perit emptore*, como regla general en la compraventa, según Sentencia de 6 octubre 1965, atribuyendo al comprador el *periculum* y el *commodum* de la cosa comprada desde el momento de la perfección del contrato; pero en su supuesto de

hecho no se incluye el caso de una pretendida alteración en el valor asignado contractualmente a la cosa vendida, habiendo declarado la Sentencia de 9 junio 1949 que no puede equipararse la pérdida, destrucción o deterioro de la cosa por caso fortuito con el de disminución del precio.

Resolución por incumplimiento. Inaplicabilidad del artículo 1.504 C. c.— Este precepto parte del obligado presupuesto del impago referido a cantidad no precisada de ser determinada mediante resolución judicial, ante la discrepancia producida entre las partes, no pudiéndose entender que hay incumplimiento en el caso de discrepancia sobre el *quantum* precisado de decisión judicial que lo fije. (Sentencia de 16 de noviembre de 1979; ha lugar.)

Son hechos que se declaran probados en el primer considerando que la entidad recurrente concedió facilidades al demandado, y a los demás compradores de los apartamentos, aceptando todas las exigencias que le impusieron desde el aplazamiento de pago en quince años, sin pagar intereses y en plazos mensuales por módicas cantidades, incluso con posponer el pago de las letras en caso de retraso en su entrega, hasta por el corto plazo en que la obra había de ser efectuada, así como que el incremento que se reclama en el presente pleito emana de costes reales por aumento de salarios, seguridad social y construcción, producidos durante el período de interrupción de las obras, por causa de su paralización por la autoridad municipal, debido a defectos de índole urbanística posteriormente superados. La demanda fue rechazada en ambas instancias en lo fundamental, pues únicamente se dio lugar a una reclamación por mejoras introducidas de mínima cuantía, y también en ambas instancias se estimó la reconvencción encaminada a obtener la entrega del apartamento. El T. S. estima el recurso interpuesto por la entidad vendedora y en segunda sentencia condena al pago de los incrementos reclamados.

La *ratio decidendi* para estimar el recurso es la infracción del principio de la buena, que se refuerza con invocaciones a la equidad, a la equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos y a la prohibición del enriquecimiento torticero. Curiosa es la cita de la cláusula *rebus sic stantibus*, que no se acepta. Menor interés ofrecen otras declaraciones relativas a motivos que no se estiman: imposibilidad de las obligaciones, doctrina de los riesgos y resolución por incumplimiento. En todo caso hay que señalar la importancia de esta sentencia (Pte. Fernández Rodríguez), no tanto por la cuantía del pleito (el incremento de costes asciende a 124.200 ptas.), cuanto por los principios fundamentales que se manejan, básicos en el Derecho de Obligaciones.

La Sala 1.^a continúa fiel a su concepción restrictiva de la cláusula *rebus sic stantibus*, que no la considera de aplicación al presente caso de incremento en los costes de edificación, probablemente con acierto porque, como señala un sector doctrinal, desde un punto de vista sistemático no estamos ante un principio general de derecho (así, ARECHEDERRA ARANZADI, *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*, Madrid, 1978, p. 239), si bien llega al mismo resultado que su estimación comportaría con base en lo que sí constituye un verdadero principio general, la buena fe, ahora recogido en el artículo 7.1. C. c.

Como dice DE LOS MOZOS (*El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, p. 45) la buena fe objetiva, recogida en el artículo 1.258 C. c., es un comportamiento de fidelidad que se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, adquiriendo función de norma dispositiva, de donde deriva su naturaleza objetiva que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial. La Sala en la exégesis del contrato descubre un evidente trato de favor dispensado al comprador, manifestado en la fijación del precio de

venta conforme al de coste y en la concesión de muy amplias facilidades para su abono, y viene a decir que es un modo de establecer el precio *per relationem*, no según una cifra concreta, sino conforme a los precios reales de coste en el momento de la construcción. De aquí que el comprador quede obligado a abonar los incrementos que se producen por causas ajenas a la voluntad del vendedor.

En principio, la fijación del precio de coste en la compraventa del apartamento no plantea problemas; los datos fácticos que se contienen en la sentencia dan a entender que el precio es libre, sin que intervengan precios de tasa ni máximos. Pero precisamente la especialidad del caso radica en que normalmente, fuera del caso de la rescisión por lesión, el vendedor no puede alegar «estar perdiendo dinero con el precio fijado». El T. S. acumula, para justificar la solución dada, principios generales, no siempre de fácil delimitación y concreción, cuya última *ratio* me parece ser la equidad, la idea no escrita de justicia; algo que se ha visto, por ejemplo, en la equivalencia de las prestaciones (cfr. ARECHEDEERRA ARANZADI, op. cit., p. 365).

La duda surge sobre la posible generalización de la doctrina aquí sentada a casos análogos. Sin ir más lejos, al que podría plantear, en esta misma *fattispecie* el factor de la devaluación monetaria—cuestión aquí no suscitada—. Pensemos que el contrato se formaliza en 1971 y se aplaza el precio por un periodo de 15 años. ¿No podría invocar el vendedor la misma doctrina para pedir que se actualizaran los pagos parciales que se van realizando, cada vez, en moneda más devaluada? Por lo demás, la inaplicación al caso de la doctrina sobre los riesgos, parece fuera de toda duda.

(G. G. C.)

6. *Interpretación.*—Que el mandato del artículo 1.281 del Código civil ordena al intérprete, cuando no exista duda sobre la intención de los contratantes, estar al sentido literal de las cláusulas, según sus términos claros y sólo si ello no ocurriera así deberá investigar la intención de las partes, es decir, lo efectivamente querido, y hacer prevalecer ésta sobre las meras palabras o expresiones, para lo cual el Código civil da u ofrece la regla establecida en el siguiente artículo 1.282.

Documento auténtico.—Se olvida su no condición de auténtico a los efectos de la casación en tanto fue citado y estudiado en la sentencia impugnada y valorado junto con los demás medios de prueba.

Determinación del precio.—Como en términos generales establece el artículo 1.273 del Código civil, la indeterminación de la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que no haya necesidad de nuevo convenio para ello, que es lo que la Sala de instancia hace al obtener esa cuantificación de las pruebas obrantes en la causa, consideradas en su conjunto, y no sólo del aludido documento (el contrato de compraventa), que no tiene prevalencia y exclusividad. (Sentencia de 15 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

7. *Interpretación contractual. Criterio del Juzgador de Instancia.*—En materia de interpretación de contratos debe predominar la del Juzgador de Instancia, salvo que se acredite que es ilógica, contradictoria o vulnera algún precepto de ley, lo cual no ocurre en el presente caso, pues el contrato se refiere a «una plaza de garaje», concretamente a la «número nueve».

cuyo uso no puede limitarse a un número de vehículos, pues si son dos los que tienen cabida en ella, podrán acogerse en dicha plaza. (Sentencia de 26 de enero de 1981; no ha lugar.)

NOTA: Las partes suscribieron un documento, calificado como opción de compra, cuyo objeto era una plaza de garaje identificada por un número y precio. A la hora de formalizar la escritura de compra-venta el vendedor pretendió incluir una cláusula expresiva de que en la plaza de garaje sólo podría estacionarse un vehículo, oponiéndose a ello el comprador. El Tribunal Supremo se centra en el problema de identificar el objeto del contrato, sin profundizar en la calificación jurídica de éste, ni en la circunstancia, alegada por el recurrente, de que la limitación de uso de la plaza de garaje resultase impuesta por una Ordenanza del Ayuntamiento de la localidad.

8. *Interpretación del contrato con sentido literal claro.*—En el caso actual no tiene prevalencia el módulo interpretativo de los actos coetáneos y posteriores sobre el tenor literal del convenio en cuestión, ante su subsidiariedad.

Novación contractual.—Al haberse asignado el importe de un préstamo y de sus intereses pactados al precio de una compraventa, indudablemente se produce una novación contractual.

Negocio fiduciario.—El convertir, por acuerdo de las partes interesadas, el importe de un préstamo y de sus intereses pactados, en parte integrante de una compraventa, en modo alguno es contrario a la ley, a la moral, ni al orden público. Tampoco es un vínculo fiduciario, ya que para ser tal se habría requerido que se cumpliesen determinadas exigencias jurisprudenciales, tales como la transmisión por una persona (fiduciante) de la plena propiedad de un determinado bien a otra persona (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de retransmitirla a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido, y estas exigencias no se dan en este caso.

Imposibilidad de alegación de nuevas cuestiones en el recurso de casación.—Al no haber sido planteada en instancia determinada cuestión, no es procedente alegarla en el recurso, puesto que en éste sus alegaciones y razonamientos han de referirse a lo que en el pleito se haya debatido, sin que sea lícito proponer cuestiones nuevas.

Confesión judicial.—Si ciertamente la confesión hace prueba contra su autor, el hecho de que el demandante hubiese reconocido al rendir tal medio probatorio que el documento que refleja el convenio en cuestión fue redactado por él, en nada desvirtúa el vínculo jurídico de compraventa concertado, ya que la circunstancia de ser redactado un documento por uno de los contratantes, en tanto que no se acredite la concurrencia de dolo, engaño u otro vicio de la voluntad, no quiere decir que su contenido no responda a lo que expresa. (S. T. S. de 27 de junio de 1980; no ha lugar.)

HECHOS: El demandante entrega determinada cantidad a la demandada en concepto de préstamo con interés. Transcurrido algún tiempo, al no

haberle devuelto la demandada el capital y los intereses, suscriben un documento privado en el que la demandada vende al demandante una casa de su propiedad, considerando a cuenta del precio las cantidades que le había dado anteriormente y facultando al comprador para resolver el contrato si en un plazo determinado no le hacía entrega de la casa que, a la sazón, estaba arrendada a una oficina de Correos. Transcurrido el plazo, el demandante no resuelve el contrato y posteriormente la demandada le ofrece el pago de las cantidades que había recibido más los intereses. El demandante se niega a recibir tales cantidades y demanda a la señora, exigiéndole que le otorgue la escritura de venta. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia revoca la sentencia del Juez de Primera Instancia y acoge la demanda interpuesta.

M. D. E.

9. *Contrato vitalicio*.—Por él se han entregado unos derechos con la contraprestación de alimentos, vivienda y asistencia médica y farmacéutica, y no puede prosperar la alegación de que se trata de una donación onerosa porque la calificación hecha por la Sala de Instancia ha de prevalecer sobre la del recurrente, siempre que aquella no sea ilógica o absurda y, además, la propia literalidad del contrato refleja claramente su carácter aleatorio, que le distingue perfectamente de la donación onerosa.

Simulación.—El argumento esgrimido de que el contrato tuvo causa simulada y fue otorgado defraudando los derechos legitimarios de los herederos, ha de rechazarse, pues en lo actuado se deduce con toda claridad que el padre de la recurrente tuvo que otorgar el contrato para obtener un domicilio y atenciones necesarios para los últimos años de su vida, domicilio y atenciones que las hijas no le prestaron. (Sentencia de 6 de mayo de 1980; no ha lugar.)

10. *Documento auténtico a efectos de casación. Sentencia del Tribunal Supremo*.—La sentencia dictada por esta Sala en 12 de noviembre de 1970 es el documento básico en que se apoyan las sentencias de instancia para acceder a la demanda, por lo que no cabe que tenga, a los efectos de este recurso, el carácter de documento auténtico, al haber sido examinada, ponderada, valorada y objeto de análisis en los razonamientos de la sentencia o base del pleito. Además ha de tenerse en cuenta que, como ha declarado esta Sala, no tienen la consideración de documentos auténticos las certificaciones de sentencias y no se advierte, en el presente caso, contradicción entre lo acordado y razonado en aquella sentencia y lo acordado y razonado por el Tribunal sentenciador.

Interpretación de sentencia judicial. Criterios.—Es inadmisibles aplicar la normativa de interpretación de contratos, al ser los supuestos fácticos respectivos totalmente diferentes. Tampoco es procedente desviarse de la interpretación obtenida por la Sala sin que se demuestre que sea absurda o ilógica.

Evicción. Significado.—Según el artículo 1.475 del Código civil, la evicción tiene lugar cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada,

y «privar» significa desposeerle de lo que poseía. Este efecto produce la resolución judicial que ordena el lanzamiento de los compradores, pues la ejecución de esta diligencia implica la más realista expresión de despojo o privación de una cosa.

Requisitos formales de la casación. Alegación de aplicación indebida.—El artículo que se dice indebidamente aplicado contiene tres párrafos (art. 1.475 del Código civil), que responden a supuestos fácticos distintos y la falta de concreción del supuestamente infringido supone incurrir en la causa de inadmisión contenida en el artículo 1.729, núm. 6, de la L. E. C.

Solidaridad de deudores. Supuestos en que se produce.—Surge la solidaridad entre los deudores que se encuentran obligados a la satisfacción del acreedor en virtud de un vínculo de objetivo común y fundamento único. Tal ocurre en el presente caso respecto del pago de los gastos de saneamiento por evicción, pues el vendedor queda obligado por imponérselo la ley, mientras que el demandado lo está en virtud de su declaración espontánea, asumiendo la obligación frente al comprador.

Expromisión. Efectos.—La declaración del demandado no puede afectar a la obligación de saneamiento por evicción que la ley impone al vendedor, de la cual no aparece exonerado por persona legitimada. (Sentencia de 2 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

NOTA: El origen del pleito resuelto por esta sentencia se encontraba en la venta de un terreno realizada en 1962. Posteriormente, después de varios procesos que culminaron con sentencia del Tribunal Supremo en 1970, se declaró judicialmente que la propiedad de dicho terreno no correspondía a los vendedores. Con anterioridad, los compradores habían recibido un documento de persona que no figuraba como vendedor por el que se obligaba a responder de los perjuicios que resultasen a los compradores de tales procesos.

La posición de quien asume la responsabilidad por evicción no es examinada en todos sus detalles por el Tribunal Supremo. Parece claro que se produjo, en el presente caso, un supuesto de expromisión cumulativa, sin causar, por tanto, la liberación del vendedor de su obligación de saneamiento y con la importante consecuencia de vincular solidariamente a los dos deudores. (Véase sobre esta figura: L. DÍEZ PICAZO: «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», I, 1972, págs. 807, 815 y 820).

PEDRO ELIZALDE AYMERICH

11. *Documento auténtico.*—El examen y la valoración de su significado y alcance por los organismos jurisdiccionales, priva a los documentos de autenticidad a los fines de la casación.

Ordenes ministeriales.—En la esfera de un recurso extraordinario como es el de casación, no parece adecuado otorgar el rango de ley a las disposiciones que no pasan de ser meras órdenes ministeriales.

Irrevocabilidad del mandato.—El mandato no se otorgó como negocio jurídico autónomo derivado de la mutua confianza y respondiendo al exclusivo interés de la mandante, sino que fue conferido para el cumplimiento del contrato principal de compraventa, por lo que ha de ceder el principio

general de la revocabilidad sancionado en el artículo 1.733, como la jurisprudencia tiene declarado para tales casos.

Resolución de la compraventa de inmuebles.—Los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil se completan en el sentido de que la regla general para toda clase de obligaciones recíprocas establecida en el primero, se aplica de modo concreto en el segundo cuando se trate de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, y si bien el derecho potestativo de pedir la resolución contractual requiere en ambos casos la concurrencia de la voluntad rebelde de la parte incumplidora, la determinación de la existencia de este *animus* corresponde al Tribunal de Instancia, al igual que la determinación del contratante que ha quebrantado sus obligaciones, una y otra únicamente combatibles por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Rituaria. (Sentencia de 8 de abril de 1980; no ha lugar.)

HECHOS: Se celebró un contrato de compraventa de inmuebles. El comprador se negó a pagar una parte del precio aplazado. Por este motivo, el vendedor ejercitó la acción resolutoria, que prosperó en el Juzgado y en la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo confirmó estos fallos.

12. *Promesa de venta.*—Su especialidad consiste, por consecuencia de lo que dispone el artículo 1.451 del Código civil, en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero, que puede calificarse de auténtica ley de bases del siguiente y cuya fuerza vinculante queda atemperada a la que deriva de su propia esencia, consistente en «obligarse a obligarse».

Promesa de venta: precontrato.—Nota peculiar de éste es la indeterminación específica de los requisitos esenciales del convenio que los interesados quieren celebrar en definitiva, siendo preciso para conseguir esta finalidad el otorgamiento de un futuro contrato por el cual se completen los requisitos que en el primero quedaron indeterminados, de tal manera que siguiendo la pauta clara y precisa que señalan los jalones del convenio imperfecto, perfeccionado y consumado, no se requiera una nueva manifestación de voluntad cuando ésta viene ya suficientemente expresada en el convenio originario.

Promesa de venta y compraventa.—No sigue nuestro ordenamiento jurídico, según reiterada doctrina jurisprudencial, el principio de equivalencia entre ambas figuras, acogido en el artículo 1.589 del Código francés, con base en la regla antigua «*pactum de vendendo est venditio*», entendiéndose que la promesa de venta equivale a la venta siempre que existe consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio, ya que ambas partes han contraído obligaciones que son en esencia idénticamente iguales a las que asumen el comprador y el vendedor.

Promesa de venta y compraventa.—Su distinción es clara en el aspecto histórico, constatado concretamente en los «Motivos y Comentarios» redactados por la Presidencia de la Comisión elaboradora del Proyecto de Código civil español de 1851, determinante de una interpretación moralmente auténtica de su espíritu y disposiciones.

Promesa de venta y compraventa.—La interpretación lógica exige que la voluntad de los contratantes sea respetada, distinguiendo el contrato definitivo de compraventa de la mera promesa de compraventa, aplicando al primero las reglas de este específico contrato y a la segunda simplemente las normas generales relativas a las obligaciones y contratos, siempre que se pruebe que los contratantes al pretender vender y comprar quisieron excluir los efectos de la compra actual.

Interpretación del contrato.—Es certera la conclusión de la resolución impugnada de que existe real y efectiva compraventa, lo que deduce de que se hubiera producido acuerdo en orden a la cosa a vender y al precio asignable a tal venta, solamente supeditado a la que correspondiese en asignación oficial a la cédula de calificación definitiva, con percepción de cantidades a cuenta de tal precio y establecimiento de «pacto comisorio expreso».

Determinación del precio.—En nada obsta a esta conclusión que el importe definitivo del precio quede supeditado al máximo que autorizase la calificación definitiva de las viviendas, puesto que a tenor del artículo 1.447 Código civil el precio se tendrá por cierto cuando se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada, lo que hace las veces de condición.

Interpretación del contrato.—Los convenios jurídicos no se califican por las denominaciones que les atribuyan los contratantes, sino por lo que real y efectivamente corresponda por su intrínseca naturaleza y contenido obligacional.

Compraventa.—Siendo el contrato de compraventa un negocio jurídico de naturaleza y efectos puramente obligatorios que sirve de título traslativo y adquisitivo, no cabe confundir ese título obligatorio con el Derecho real sobre la cosa, generado por la tradición, de modo que hay que distinguir el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, de la consumación, emanante de la tradición real o ficta de la cosa, que determina la transformación del original «*ius ad rem*» en un «*ius in re*», mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado.

Compraventa sin tradición.—En el caso de realidad de contrato de compraventa no seguida todavía de tradición, cual sucede en el supuesto ahora examinado, si bien no cabe considerar propietario al comprador, en tanto dicha tradición no se produzca, no impide que el comprador tenga facultad de exigir el cumplimiento contractual y, por tanto, la entrega de la cosa vendida.

Falta de consentimiento «uxoris».—La violación alegada del artículo 1.413 del Código civil hay que desestimarla, aparte de por tratarse de una cuestión nueva, porque de esa falta sólo puede generar anulabilidad del acto a instancia de la mujer, o sus herederos, pues ella es la destinataria del sistema protector instaurado y, por ello, la única legitimada para ejercitar la acción.

Falta de consentimiento «uxoris».—Sería arbitrario y opuesto al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos si se permitiera al vendedor impugnar el contrato fundándose en la inobservancia de un requisito a él sólo imputable, y cuando su mujer debidamente demandada no ha instado la ineficacia.

Interpretación del contrato.—Es correcta la conclusión de la sentencia impugnada cuando, para fijar el precio por remisión «al que autorice la calificación definitiva», atiende al fijado, no por el Decreto 1.009/1974, de 29 de marzo, sino al que resulta de la aplicación de las normas de la legislación vigente en la fecha de otorgamiento del contrato o de la primera entrega de cantidades a cuenta del precio, esto es, el señalado por el Decreto 477/1972, de 4 de marzo.

Incongruencia.—No existe este defecto porque en la súplica del escrito inicial se solicite que se condene a los demandados «a determinar el importe y vencimiento de los sesenta efectos cambiarios», y en el fallo se disponga que esa determinación se hará en ejecución de sentencia, ya que se trata de una manifestación complementaria de la solicitud, que no altera los pronunciamientos principales y es simplemente conducente a la efectividad del fallo.

«Compensatio morae».—El último párrafo del artículo 1.100 Código civil, interpretado «a contrario sensu», previene, en materia de «compensatio morae» derivada de la «exceptio non adimpleti contractus», que la mora se produce para el contratante incumplidor cuando el otro se había allanado a cumplir lo que le incumbía. (Sentencia de 24 de mayo de 1980; no ha lugar.)

13. *Arrendamiento de empresa. Calificación.*—Habrà que atender a las circunstancias concretas del caso para determinar la índole de la modalidad contractual en conflicto, teniendo presente que según S. de 10 de marzo de 1969 el aspecto referente a si lo arrendado debe ser conceptuado de industria o de local de negocio, constituye un tema de interpretación de las declaraciones contractuales de las partes, al que serán aplicables las reglas de hermenéutica contenidas en los artículos 1.281 ss. C. c., y por ello la exégesis realizada por la Sala sólo podrá ser impugnada, en principio, invocando la vulneración de las normas citadas al amparo del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., si bien teniendo que fundarse la calificación jurídica en datos de hecho regirán para tal impugnación las normas procesales pertinentes del núm. 7.º del citado precepto, sin olvidar que por cuanto el resultado de la tarea calificadora no puede comprobarse ni ser enervado por la sola virtud de ningún documento, carecerán de eficacia demostrativa como auténticos para evidenciar el error de hecho los mismos sobre cuyo alcance se ha debatido en el litigio.

Diferencia con el arrendamiento de local de negocio.—Se tratará de la locación de una empresa mercantil cuando el contrato versa sobre una organización patrimonial económicamente productiva, integrada por un conjunto organizado y dispuesto («aviado») con esta pluralidad de elementos materiales e inmateriales, para lograr la explotación que constituye la finalidad de una empresa determinada, y a tenor del artículo 3.º, párrafo 1.º, L. A. U., serán menester la preexistencia y la continuación de tal actividad económica; y no será operante dicho régimen cuando los contratantes presuponen la desaparición de la industria anterior para iniciar *ex novo* otra diferente el arrendatario, situación que no se producirá por el hecho de

que éste amplíe, por su conveniencia la explotación, añadiéndole un negocio nuevo, o introduzca sensibles mejoras en la maquinaria, menaje o mobiliario de la industria arrendada (SS. de 30 de noviembre de 1950, 15 de diciembre de 1953, 17 de mayo de 1955, 19 de junio de 1963, 29 de diciembre de 1971, 1 de julio de 1972 y 8 de noviembre de 1974, entre otras).

Empresa preexistente al arrendamiento.—Se declara probada la innegable realidad económica de una empresa en explotación (tienda de comestibles), fruto de la labor creadora de la arrendadora y de su cónyuge, con dos decenios de antigüedad al contrato, deduciéndose que lo arrendado es una empresa en funcionamiento; sin que a ello obste la autorización de la arrendadora para instalar una máquina de asar pollos, que supone únicamente ampliación de la industria, ni la autorización para vender los artículos que se venden en todo supermercado, que no significa la iniciación de un giro comercial antagónico al desarrollado en el establecimiento primitivo, sino únicamente mera modalidad en la explotación.

Defectos del recurso.—No puede invocarse error de hecho en la valoración de la prueba testifical, pues el artículo 1.248 C. c., constituye una simple recomendación a los organismos jurisdiccionales, sin restringir su libre arbitrio en la prudente ponderación de los testimonios, ateniéndose a la sana crítica; carece de la nota de autenticidad a efectos de la casación el propio documento básico de la contienda, objeto de minuciosa operación interpretativa por los órganos jurisdiccionales de una y otra instancia. (Sentencia de 14 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

14. *Arrendamiento rústico. Resolución por expiración de plazo. Concepto procesal de desahucio.*—El desahucio que conduce al lanzamiento del demandado arrendatario, y que conforme a su etimología supone «arrojarle» de la finca u objeto arrendado, es impensable sin que previamente se haya decretado la resolución o extinción del contrato, y sin que a tal conclusión pueda obstar el criterio de la Ley procesal fundamental que, atendiendo a aquel objetivo, habla efectivamente de «desahucio», frente a otras leyes posteriores que, con mayor precisión técnica y desde un punto de vista sustantivo, hablan de «resolución» del contrato, lo que, en todo caso, no afecta a la finalidad de esta clase de juicios sumarios, ni a la limitación de efectos de cosa juzgada que las sentencias dictadas producen.

Unidad de identificación del objeto arrendado.—Lo arrendado incluía desde el principio porciones cultivadas y otras no cultivadas, sin que en modo alguno pueda entenderse que las posteriormente cultivadas formen parte de contratos de arriendo posteriores, puesto que ello no modifica el objeto del contrato ni da nacimiento a nuevas relaciones arrendaticias con plazo de duración diferente.

Cesión de suelo para plantación de viñas. Cuestión de hecho.—Se pretende que la plantación de viñas en parte del terreno arrendado ha originado un contrato de cesión del suelo para plantar viñas por el tiempo que duren las cepas plantadas, tácitamente aceptado por los recorridos; pero no hay en los hechos probados expresión inequívoca del supuesto asentimiento tácito de los cedentes del uso del suelo, y, sobre todo, no se probó que las parcelas plantadas de vides se excluyeran del contrato de arrendamiento.

Recurso extraordinario de revisión. Naturaleza y finalidad.—Establecido con cierto paralelismo con el de casación en las diversas disposiciones que lo han regulado, pretende la posible corrección de errores *de facto* o de derecho en que haya podido incidir la sentencia de segunda instancia, y, por tanto, su efecto lleva al conocimiento de este Tribunal, no la integridad de la cuestión debatida, lo que implicaría una tercera instancia, sino los limitados aspectos permitidos por los motivos que taxativamente lo autorizan; habiéndose precisado respecto al alcance del mismo recurso: a) Que la fijación de los hechos es facultad del juzgador de instancia, pero no tan absoluta que impida al Tribunal la censura del uso que aquél haga de su potestad, pudiendo revisar la apreciación sobre los hechos, ya porque vulneren normas obligatorias concretas determinantes del valor de ciertos elementos de prueba o porque el Juzgador omita los fundamentos de su valoración. (SS. de 27 de junio de 1952 y 18 de diciembre de 1961); b) Que cuando el recurso se apoye en la injusticia notoria por infracción de precepto legal ha de puntualizarse en qué consista tal injusticia, la cual, además, ha de ser evidente (S. de 21 de diciembre de 1962); c) Que la revisión es análoga por su naturaleza, tramitación y fines al recurso de casación, y por ello está condenada al fracaso si no cumple con todos los requisitos formales que las leyes de procedimiento previenen (S. de 24 de junio de 1963), sin que el recurrente pueda sustituir el criterio del Juzgado por el suyo. (Sentencia de 28 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

15. *Arrendamiento rústico. Extinción por vencimiento de plazo. Notificación de prórroga hecha de mala fe. Ineficacia.*—Se trataba de dos contratos de arrendamiento de fincas rústicas otorgadas por la usufructuaria, con renta anual superior en ambos casos a las cinco mil pesetas, señalándose como lugar de pago el Banco H. A., de Ecija, mediante ingreso en cuenta corriente, aunque aparecía la arrendadora como vecina de Sevilla, pero fijándose para cumplimiento una casa en Ecija, en cuyo partido está situada la finca, habiendo firmado el documento los nudo propietarios igualmente residentes en dicha ciudad; debe considerarse de mala fe la notificación para prórroga de los contratos hecha por el arrendatario, también residente en Ecija, ante el Notario de Fuentes de Andalucía, alegando que se encontraba de paso en dicha localidad, cuando lo cierto fue que se desplazó a dicha población con tal objeto, siendo aquélla ineficaz para lograr la prórroga de los contratos, actuando por sí y en representación de los demás arrendatarios. (Sentencia de 12 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

16. *Arrendamientos rústicos. Carácter imperativo de la legislación. Doctrina general.*—Según ha recordado la doctrina general (SS. de 18 de febrero de 1955, 8 de mayo de 1958, 22 de febrero de 1962 y 23 de mayo de 1973, entre otras), las normas relativas a los arrendamientos rústicos sometidos a la legislación especial tienen naturaleza imperativa, como lo proclama el artículo 1.º, párr. 1.º, del Reglamento de 1959, que prohíbe la modificación de sus preceptos por pacto en contrario de los contratantes, y en su designio de alcanzar la permanencia de la locación, aunque adaptándola a las pautas establecidas en preceptos inderogables por la voluntad de las partes, dispone que las cláusulas *contra legem* se tendrán por no puestas y serán

sustituidas por las disposiciones reguladoras del supuesto correspondiente.

Duración. Plazos mínimos. Ambito de la autonomía de la voluntad.—Tratándose de duración del arrendamiento, las notas de imperatividad e indefinibilidad que caracterizan a la legislación del colono se traducen en la exigencia de aplicar, a pesar de lo estipulado por los otorgantes, los artículos 9.º y ss. del Reglamento, que si autorizan un cierto ámbito de libertad negocial, preceptúan que los contratantes han de proceder «ajustándose necesariamente a los plazos mínimos» señalados, que son de seis años cuando la renta es igual o superior a 5.000 pesetas, con derecho del colono a prorrogar el arrendamiento por otro período igual, siempre que su unilateral decisión sea notificada al arrendador en los términos establecidos con carácter constitutivo en el artículo 10 del Reglamento, sin cuyo cumplimiento el arrendador puede tener por finalizado la situación nacida del contrato.

Interpretación de la cláusula de dar «por cumplido este contrato», «ampliándolo por dos años más».—Es acertada la interpretación de la Sala de que, al no haberse ejercitado el derecho de prórroga, quedó extinguido el contrato, y de que el convenio «ampliándolo por dos años más» con elevación de la renta, no constituyó mera prolongación del primitivo negocio, ya fenecido, sino la creación *ex novo* de una situación locativa con distinta merced y dotada de independencia, cuya duración habrá de sujetarse a los plazos mínimos, y no a lo pactado. (Sentencia de 1.º de noviembre de 1980; no ha lugar.)

17. *Arrendamiento rústico. Extinción «ope legis» por transcurso del plazo. Inexistencia de tácita reconducción.*—Según Sentencia de 20 de marzo 1957, la tácita reconducción no se produce en los vínculos arrendaticios sujetos a la legislación especial, y tampoco puede aplicarse al caso la doctrina jurisprudencial que mantiene la vigencia del vínculo arrendaticio en tanto no se sancione judicialmente su resolución, pues una cosa es la sanción ejecutoria derivada de causas que, de producirse, facultan al arrendador para que el vínculo arrendaticio no persista, y otra la cesación automática de sus efectos por disponerlo preceptivamente la ley sin posibilidades de reconducciones tácitas, porque en este caso no se trata de resolver una relación arrendaticia, sino de obtener por vía judicial la efectividad de una secuencia extintiva que por ministerio de la ley ya viene producida.

Retracto rústico. No procede por haberse extinguido el arrendamiento.—Con anterioridad a producirse la venta base de la acción de retracto promovida, ya no tenía el actor el carácter de arrendatario de la finca en cuestión por extinción *ope legis* del contrato. (Sentencia de 31 de octubre de 1981; no ha lugar.)

18. *Aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil.*—Nada obsta a que se dirija la acción derivada del artículo 1.902 del Código civil conjuntamente con la fundada en el artículo 1.903, ya que nada se opone a que una empresa responda de los empleados de otra cuando la recurrente se reservó la vigilancia de ellos.

Solidaridad.—La condena solidaria de los demandados al pago de la suma indemnizatoria no implica aplicación indebida de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil. (Sentencia de 17 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—Se celebró un contrato por cuya virtud un contratista se comprometió a realizar una obra. Ya iniciada ésta, el contratista subcontrató con una empresa la realización de ciertas tareas de construcción. Un operario de la empresa subcontratista ocasionó determinados daños al propietario de la obra (el comitente). El Juzgado, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo condenaron solidariamente al contratista, al subcontratista y al operario a reparar los daños causados al propietario de la obra (el comitente) en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil.

NOTA.—1. *La consideración del subcontratista como dependiente.*—De acuerdo con los hechos referidos, parece claro que el problema tendría que haber sido resuelto por el cauce del artículo 1.596 del Código civil, pues el contratista y el propietario perjudicado habían celebrado un contrato de obra. Sin embargo, el demandante exigió la responsabilidad solidaria de los que intervinieron en la construcción por el cauce de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil. De esta manera llega el asunto al Tribunal Supremo, que considera procedente la aplicación de estos artículos. La responsabilidad del subcontratista se explica por la circunstancia de que es «dependiente» del contratista.

A nuestro juicio, es dudoso que el subcontrato de obra genere una relación de dependencia, que justifique la aplicación del párrafo 4.º del artículo 1.903. Nuestro Tribunal Supremo, en las Sentencias de 5 de julio de 1979 (Repertorio Aranzadi, núm. 2.931) y 18 de julio de 1979 (Repertorio Aranzadi, núm. 2.895, y este ANUARIO, 1980, fasc. 3.º, págs. 805-806), ha señalado que no procede la aplicación del artículo citado cuando una empresa trató a otra empresa.

En nuestra doctrina (cfr. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, XII, 1907, pág. 609; ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pág. 148, y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 1979, pág. 664) se afirma que es un requisito necesario para la aplicación del párrafo 4.º del artículo 1.903 que exista una relación de autoridad y subordinación que —pensamos nosotros— no aparece con claridad en el contrato y el subcontrato de obra. Hay que tener en cuenta que, por lo general, el contrato y el subcontrato de obra dejan subsistir la independencia del contratista y del subcontratista en la ejecución de la prestación, sin que sea un argumento en contra que el propietario (el comitente) esté facultado para comprobar si aquéllos realizan las obras encomendadas de acuerdo con lo convenido y la *lex artis*. Además, el término «dependiente», que aparece en el artículo 1.903, párrafo 4.º, del Código civil, y el término «doméstico», que aparece en el artículo 1.901 del Proyecto de 1851, no definen al contratista y al subcontratista.

En el Derecho comparado se aprecia que los artículos de los Códigos civiles (artículos 1.384 del Código civil francés, 2.049 del Código civil italiano y 831 del BGB) que se asemejan al párrafo 4.º del artículo 1.903 de nuestro Código civil, se expresan en términos similares o más amplios y, sin embargo, al ser interpretados, la doctrina y la jurisprudencia entienden comúnmente que el contrato y el subcontrato de obra no dan lugar a una relación de dependencia (Cfr., H. L. y J. MAZEAUD y CHABAS, *Leçons de Droit civil. Obligations. Théorie générale*, 6.ª ed., París, 1978, págs. 476 y ss., y RODIERE-VAN CAMELBEKE, *La responsabilité dans la jurisprudence*, París, 1978, págs. 116 y siguientes; VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967, págs. 363 y ss., y TORRENTE-PESCATORE, *Codice civile annotato*, Milano, 5.ª ed., art. 2.049, y LARENZ, *Besonderer Teil*, 11.ª ed., München, 1977, pág. 574).

2. *El carácter solidario de la responsabilidad, ex artículo 1.903.*—Aunque nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia que anotamos, señala que la responsabilidad del empresario tiene carácter solidario, hay que destacar que sólo puede tratarse de una responsabilidad solidaria *sui generis* (SANTOS BRIZ habla de una solidaridad impropia, en su monografía *La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, pág. 346), porque, según el artículo 1.904, el empresario puede repetir de sus dependientes lo que hubiese satisfecho. Si el dependiente es solvente, y abona al empresario lo que éste ha satisfecho al tercero perjudicado, estamos en presencia de un culpable que finalmente queda indemne. Puede pensarse, por tanto, que el riesgo del empresario es la insolvencia del dependiente, que puede hacer infructuosa la repetición dirigida contra éste.

A. C. S.

19. *Daños ecológicos. Contaminación de mejilloneras por vertido de crudos de petróleo. Falta de prueba.*—La reclamación de daños y perjuicios ejercitada por los dueños de las mejilloneras se rechaza por falta de prueba, en primer lugar, del daño causado, dado que en la fecha de producirse el vertido del crudo, el mejillón, hipotéticamente dañado, no había podido desarrollarse desde que se levantó la veda para su producción en un plazo escaso de mes y medio, y en segundo lugar por negarse relación causal, pues en la misma época fueron varios los petroleros sancionados por la Comandancia de Marina con motivo del vertido de crudos en aguas de la bahía y, sobre todo, porque el petróleo vertido por el barco demandado navegó impulsado por el viento hasta un lugar muy alejado de donde estaban las mejilloneras de los actores, en donde fue atacado y destruido.

Relación de causalidad.—Por ser cuestión de derecho la relación de causalidad debe ser incluida dentro de la calificación jurídica, y su crítica en casación ha de hacerse al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 LEC; del hecho de que una parte del petróleo que llevaba el buque «Compostilla» se derramase por la bahía de La Coruña no se evidencia necesariamente que dañase las mejilloneras de los recurrentes, situadas en lugares muy apartados, y aunque la Sala declare que los daños fueron debidos a los numerosos vertidos de crudos procedentes de diversos petroleros, entre los que de forma indiscriminada y no probada pudo figurar el combustible derramado del expresado buque, no se determina la responsabilidad de cada uno.

Error de hecho. Documento auténtico. Acta notarial.—No tiene el valor de documento auténtico a efectos de la casación, por constatar hechos anteriores en casi tres meses a la fecha del accidente, por no patentizar de modo claro, palpable y evidente lo contrario de lo que afirma la decisión judicial, y por necesitar aclaraciones e interpretaciones en relación con las demás pruebas practicadas, careciendo de autonomía y autosuficiencia.

Prueba pericial.—El informe emitido por el director del Instituto Español de Oceanografía alude de manera general a los efectos de los productos detergentes sobre la mancha de petróleo, sin referirse a la cuestión debatida; el informe del Departamento de Química Analítica de la Facultad de Ciencias de la Universidad de Santiago, ya fue tenido en cuenta por las sentencias de instancia y no puede considerarse auténtico.

Valor de una hoja de periódico.—La hoja del periódico «La Voz de Galicia» no ha sido adverbada ni contiene signo de garantía sobre su autenticidad extrínseca. (Sentencia de 19 de junio de 1980; no ha lugar.)

Los hechos objeto de este pleito presentan singular actualidad, tanto a nivel nacional como internacional. Las justas aspiraciones de la sociedad a una mejor calidad de vida se enfrentan casi a diario con catástrofes ecológicas de variada naturaleza, de las que no son las menos importantes las producidas por el vertido de crudos petrolíferos en el mar. Si a nivel social se produce el angustioso interrogante de si las medidas de precaución que pueden adoptarse resultan suficientes en todos los casos, a nivel jurídico hay que preguntarse si contamos con adecuados instrumentos para hacer efectiva en cada caso la responsabilidad que puede surgir.

G. G. C.

20. *Culpa extracontractual. Independencia respecto de la responsabilidad civil derivada de delito.*—Según reiteradísima jurisprudencia, la culpa extracontractual basada en el artículo 1.902 C. c. es exigible, aunque la culpa o negligencia en que se haya incurrido no tenga la antijuridicidad y tipicidad propias de las infracciones de carácter delictivo, y aunque ambas sean expresivas de un principio de culpa, se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes jurisdicciones, por lo que la sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración que de los hechos pueda hacerse en la vía civil.

Responsabilidad técnica del jefe de obra. Muerte al izar unas virolas.—El recurrente, de profesión ingeniero industrial, tenía el cargo de jefe de obra, estando al frente de las que su empresa realizaba el día de autos, consistentes en izar unas virolas destinadas a la construcción de una chimenea, no haciendo comprobación algunas de las condiciones de seguridad del anclaje del sistema de elevación por poleas empleado a tal fin, el cual no era más que el apoyo de las tapas de unos depósitos, existentes con anterioridad de varios años y cuyas características técnicas eran desconocidas para la dirección de la empresa, siendo el fallo de este anclaje, debido a su insuficiente cimentación, la causa eficiente del siniestro causante de la muerte del obrero, debiendo imputarse tal fallo al recurrente por la omisión del debido celo y diligencia.

21. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente de trabajo. Electrocutación al manejar soplete sin debidas precauciones.*—Son hechos determinantes del accidente el que el aparato de soldadura eléctrica con el que trabajaba la víctima no se hallaba en perfectas condiciones de funcionamiento, incumpléndose lo dispuesto en el apartado primero b) del artículo 51 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 marzo 1971, y teniendo aquélla la categoría de peón, se le habían encomendado por la empresa funciones de oficial mecánico, en desarrollo de las cuales trabajaba al ocurrir el accidente, derivándose de tales hechos la culpabilidad de la empresa.

Compensación de culpas. Concurrencia de culpa de la víctima.—Se declara probado que la culpabilidad no fue solamente de la empresa, sino que el productor fallecido también contribuyó a la producción del evento dañoso, lo que es tenido en cuenta por el Juzgador a la hora de fijar la cuantía de la indemnización. (Sentencia de 29 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

22. *Culpa extracontractual. Daños por accidente de circulación. Interpretación del artículo 12 del Reglamento del Seguro Obligatorio de 19 noviembre 1964.*—Dicho precepto hay que interpretarlo como subordinado al artículo 1.º y concordantes de la Ley de 1962, para el caso de que haya varios sujetos concurrentes en la producción del daño y su conducta no pueda clarificarse y polarizarse en uno solo de los protagonistas, de tal modo que exista situación de duda e indeterminación de culpa, lo que daría lugar al reparto proporcional que en aquél se establece.

Colisión mutua. Responsabilidad exclusiva de una de las partes.—Son hechos probados: a) circulación de los dos vehículos en la misma dirección; b) marcha normal y a baja velocidad del camión alcanzado por el turismo; c) carga excesiva —nueve personas— en ese turismo y «bastante» velocidad en su marcha, y d) choque de este vehículo contra la parte trasera del camión precedente, sin advertencia de su conductor y resultado de siete muertos y dos heridos; de tales hechos se deduce que el conductor del camión es ajeno al daño por ser su comportamiento en la circulación normal y pasivo en cuanto al accidente en sí, no siendo «interviniente» en sentido legal, puesto que la ley no puede hacer responsable a todos los que en el momento del accidente circulan (conclusión absurda), sino sólo a aquéllos que fueron causa de la colisión, entendiéndose por causalidad no la meramente material o física (el roce, contacto o choque), sino la psíquica (acción u omisión culposa o negligente).

«Voluntas legis» de resarcimiento a toda costa.—La intención legal de resarcir a toda costa no puede entenderse como un propósito indiscriminado de exigencia reparadora del daño, sin consideración a la conducta reprochable según normas generales; por ello no puede atribuirse a las compañías aseguradoras la obligación de resarcimiento proporcional, con el solo requisito de la «intervención» de los vehículos respectivamente asegurados, abstracción hecha de presupuestos subjetivos.

Presunciones. Defecto del recurso.—La vulneración de los artículos 1.249 y 1.253 del C. c. no puede aducirse en forma simultánea por el cauce exclusivo de un solo motivo, porque ello produce una mezcla de la cuestión de hecho con la jurídica; según la doctrina legal, para impugnar la prueba de presunciones, si son dos los elementos que en ella juegan, el del hecho demostrado y el de la inferencia lógico-jurídico, es claro que el ataque ha de ser dual y diferenciado, por una vía, demostrando que el hecho de que se partió no estaba suficientemente probado y, por la otra, con la demostración de que el razonamiento que sirvió de puente a la presunción no cumplió el mandato legal, que alude a las reglas del criterio humano, con toda la relatividad de su exigencia.

Presunciones. «Quaestio juris».—En la sintética exposición del motivo no se aduce, ni por tanto, se demuestra la incorrección del razonamiento judicial, ni que la deducción obtenida por la instancia sea absurda o desproporcionada (Sentencia 5 junio 1978), ilógica o inverosímil (Sentencias de 12 junio 1962 y 3 julio 1963), por lo que se impone su mantenimiento de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial que indica que hay que estar al razonamiento del juzgador y no al más interesado y parcial de la parte (Sentencias 25 abril 1957, 13 febrero 1960 y 17 mayo 1968), sobre todo, como aquí ocurre, cuando es tan inevitablemente racional la conclusión a que llega la Sentencia. (Sentencia de 6 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

De pasada se afirma que en el penúltimo considerando que en materia de accidentes de circulación no hay responsabilidad objetiva, sino más bien inversión del *onus probandi*. No resultaría difícil citar numerosas Sentencias en que se afirma lo contrario, o se dice que se trata de responsabilidad cuasi objetiva. En todo caso el razonamiento del T. S. se encamina a rechazar una conclusión aberrante, a saber, que la mera implicación en una colisión obliga a responder, aunque se demuestre que el supuesto culpable ha tenido una conducta absolutamente irreprochable. A destacar también el concepto de relación de causalidad, no meramente física, sino psíquica. ¿Una involución en la doctrina jurisprudencial?

G. G. C.

23. *Cosa juzgada. Sentencia penal condenatoria. Indemnización de daños corporales. Falta de prueba en ejecución de sentencia penal. Acción civil complementaria.*—No es de apreciar que concurra la identidad de causa para que se pueda apreciar el fenómeno de la cosa juzgada, ya que la sentencia penal tomó como *causa iudicandi* la obligación genérica indemnizatoria de abono en favor de los ahora recurridos, y a cargo de los ahora recurrentes, de los gastos legítimos de curación de sus lesiones, y de los jornales correspondientes a los días que no pudieron trabajar, mientras que en el presente juicio civil lo que se decide es la exacta cantidad de abono que procede por derivación de ese genérico pronunciamiento, no estándose en presencia del supuesto de plena identidad decisoria, sino de mero aspecto complementario concreto de lo genéricamente decidido antes.

Daños a precisar en ejecución de sentencia penal.—La condena a indemnizar los gastos que fueren debidamente acreditados en ejecución de sentencia penal, en modo alguno impide en tanto no se haya efectuado aquella concreta determinación, el hacerlo mediante el planteamiento de juicio civil dirigido a esa finalidad, porque en tal aspecto la referida ejecutoria penal es un título de crédito, creador de un vínculo obligacional, al que puede darse efectividad en el marco procedimental civil.

Carácter complementario de la jurisdicción civil.—Según reiterada doctrina legal la jurisdicción civil no tiene como misión subsanar errores o suplir omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción, pero sí la de ser su mero complemento determinado concretamente la cantidad de precedente abono, correspondiente al reconocimiento genérico de una obligación indemnizatoria producida en una sentencia penal. (Sentencia de 27 de enero de 1981; no ha lugar.)

Los perjuicios por el accidente base de la demanda son de nacionalidad francesa y, después del mismo, se trasladaron a su país para su curación, lo que explica suficientemente que al celebrarse el juicio de faltas no se pudiera aportar prueba sobre la cuantía de los daños. Cuando se haga el balance de la aplicación de la legislación sobre accidentes de circulación no podrá menos de citarse como benéfica la doctrina de esta sentencia que matiza la más conocida de no ser la jurisdicción civil un medio de subsanar errores de las partes en el proceso penal. La doctrina aquí sentada. (Pte. A. Fernández Rodríguez) es de aprobar plenamente.

G. G. C.

24. *Culpa extracontractual. Daños por excavación en finca colindante. Contenido de la obligación de reparar.*—La obligación de reparar que incumbe al autor del daño tiene por finalidad reponer las condiciones de habitabilidad de los edificios afectados, restituyéndolos a su anterior estado, lo que se lleva a efecto con su realización material, o, como en el presente caso acaece, satisfaciendo la cantidad necesaria para que la reparación pueda efectuarse.

Facultad moderadora de los Tribunales.—Es facultad privativa de los Tribunales de instancia moderar a su prudente arbitrio la responsabilidad del agente, reduciendo, en la proporción que estimen, la cuantía de la indemnización, lo que en el presente caso se ha hecho valorando las distintas pruebas practicadas, especialmente las periciales, y teniendo en cuenta, además, todas las circunstancias y factores concurrentes en los edificios dañados por la actuación culposa de la empresa constructora que llevaba a efecto la erección de un edificio contiguo, el valor de tales inmuebles, en mal estado de conservación dada su antigüedad y las abundantes grietas existentes con anterioridad a los daños cuya cuantía se reclama. (Sentencia de 20 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

25. *Culpa extracontractual. Daños por accidente de circulación. Sobreseimiento del procedimiento penal por indulto. Prescripción. «Dies a quo». Doctrina general.*—Es doctrina reiterada de esta Sala, que tuvo su inicio en S. de 26 de junio de 1909, reiterada en las de 24 de septiembre de 1965, 18 y 23 de marzo de 1968, 27 de enero de 1970, 19 de noviembre y 19 de diciembre de 1971 y 13 de noviembre de 1972, que según los artículos 111 y 114 L. E. Crim., promovido juicio en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo asunto, mientras el proceso penal estuviere pendiente, y si tales preceptos se ponen en relación con el artículo 1.969 C. c., el plazo de prescripción de las acciones ejercitadas al amparo del artículo 1.902 de dicho Código, empezará a contarse desde que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, en su caso, hayan adquirido firmeza, lo que se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia, a estos efectos, de cuándo sea declarada la firmeza y cuándo sea notificada. (Sentencia de 22 de octubre de 1981; no ha lugar.)

26. *Culpa extracontractual.*—La acción u omisión determinante del daño indemnizable a la que se refiere el artículo 1.902 del Código civil, se presume siempre culposa, a no ser que el autor del mismo acredite, en debida forma, haber actuado con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias de lugar y tiempo.

Responsabilidad objetiva.—Se acepta de forma moderada y sin excluir en modo alguno el estricto principio de la responsabilidad por culpa.

Valoración jurídica de los hechos.—Si los actos productores del daño y las circunstancias que los rodean son cuestión de hecho, la valoración jurídica de los mismos, como constitutivos o no de culpa, es tema abordable en casación. (Sentencia de 18 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

HECHOS: Se discute si la rotura de un pantano, que determinó que un tercero sufriese un daño, tiene su causa en la conducta negligente del propietario o en un evento de fuerza mayor. El Juzgado considera que se debe a la conducta culposa del propietario del pantano. La Audiencia Territorial entiende que se debe a un evento de fuerza mayor. No prospera el recurso de casación.

27. *Culpa extracontractual. Responsabilidad por el hecho de otro. Culpa «in vigilando» del padre. Pérdida de la visión de un ojo. Carácter de la responsabilidad.*—La responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos ejecutados por los hijos constituidos *in potestate*, a tenor del artículo 1.903, párr. 2.º C. c., se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe; omisión de la obligada diligencia *in custodiendo* o *in vigilando* que el legislador contempla partiendo de la presunción de culpa concurrente en quien desempeña los poderes y deberes integrantes de la patria potestad, con inversión de la carga de la prueba, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso ha sido entendida, por la doctrina jurisprudencial con marcada severidad, exigiendo una «rigurosa prueba de la diligencia empleada», atemperándose a las circunstancias del lugar y tiempo del caso concreto (SS. de 24 de marzo de 1953, 25 de marzo de 1954, 3 de octubre de 1961, 11 de marzo de 1971, 10 de mayo de 1972 y 14 de abril de 1977), lo que significa la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a responder a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad.

Inexistencia de prueba liberatoria.—Inexistente toda prueba liberatoria de la presumida culpabilidad del demandado, ha de tenerse por manifiesto que el empleo de una navaja por un menor que no pasa de los ocho años, en modo alguno puede calificarse de «un juego de niños», como no es menos evidente la culpa *in vigilando* de quien ejerciendo la potestad paterna se despreocupa de que un hijo de corta edad porte instrumento tan peligroso, que utilizó en presencia de otros niños no mayores que él.

Prescripción. Interrupción por prestación de la demanda de pobreza.—Según reiterada jurisprudencia la presentación de la demanda de pobreza constituye propiamente «ejercicio de la acción ante los Tribunales» a los

efectos del artículo 1.973 C. c., cuando en la pretensión incidental se expresa la índole y el objeto del litigio en que se habrá de utilizar el beneficio impetrado por el actor (SS. de 1.º de diciembre de 1968, 9 de julio de 1975 y 9 de junio de 1976).

Prevalencia de la jurisdicción penal. Actuación de los Tribunales tutelares de menores. «Dies a quo» del plazo de prescripción.—El término para la prescripción anual no comienza hasta que finaliza la intervención del Tribunal Tutelar, pues la rotunda declaración del artículo 114 L. E. Crim. no admite distingos de ninguna especie y, por consiguiente, sea cual fuere la jurisdicción, ordinaria o especial, que conozca del ilícito penal dentro de sus privativas atribuciones, su actuación impide y excluye la de la jurisdicción civil.

El Reglamento no puede contradecir la Ley.—El artículo 63 del Reglamento de 11 de junio de 1948, no guarda la debida concordancia con el artículo 14 de la Ley Fundamental de los Tribunales Tutelares de Menores, al que dice desarrollar; en todo caso la literalidad de su texto no impone al perjudicado la obligación de promover la acción civil que pueda corresponderle desde la apertura de las diligencias contra el menor, sino que simplemente le faculta para prepararla mediante una medida precautoria o de aseguramiento para prevenir una posible insolvencia del responsable civil (SS. de 29 de diciembre de 1962, 6 de mayo de 1963 y 8 de mayo de 1965).

Cuantía de la indemnización.—El *quantum* del resarcimiento comporta en su fijación un problema fáctico remitido a la prudente ponderación del Tribunal Sentenciador, al que no le vinculan los dictámenes de los peritos; y no puede sostenerse sin agravio a potísimas consideraciones de justicia que se imponen por su misma evidencia, que haya de tenerse por excesiva la cifra de 500.000 ptas. para indemnizar la pérdida total de la visión de un ojo, en un niño de siete años de edad, al tiempo del suceso, que habrá de sufrir el resto de su vida las previsibles graves limitaciones de orden laboral, y otros aspectos, que arrastra el cercenamiento de órgano tan importante. (Sentencia de 17 de junio de 1981; no ha lugar.)

Sentencia importante por confirmar el carácter de responsabilidad basada en el riesgo (al menos al 50 por 100, según literalmente dice el T. S.) de la que incumbe a los padres por los hechos ilícitos de los hijos sometidos a su potestad. Doctrina de aplicación frecuente al haberse incrementado el número de daños causados por menores, debido a que la sociedad de consumo pone en sus manos toda clase de aparatos y juguetes de complicada técnica, susceptibles de dañar a las personas más gravemente que los objetos clásicos (piedra, palo, cuchillo, etc.). La evolución social, en este caso, ha ratificado las razones que aconsejaron invertir la carga de la prueba en el último párrafo del artículo 1.903, si bien ello mismo acaso conduzca en un futuro no muy lejano a introducir el seguro obligatorio de tales daños. La proyectada reforma de la patria potestad prevé la siguiente redacción del artículo 1.903, pár. 2.º: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda» (proyecto del Gobierno publicado en el «B. O. de las Cortes» del 14 de septiembre de 1979). El texto contiene importantes novedades respecto del vigente, aunque no procede su comentario hasta su aprobación definitiva.

La referencia a «potísimas consideraciones de justicia que se imponen por su misma evidencia» refleja cierta severidad en el T. S. ante la discusión del *quantum* de la indemnización concedida de medio millón de pesetas por la pérdida de un ojo. Pienso que al tratarse de una indemnización que ha de soportarse exclusivamente por un patrimonio particular (el del padre del agresor) se comprende perfectamente la actitud de «regateo», lo que no ocurriría de haber intervenido una aseguradora. Con todo, estimo sobradamente fundadas las consideraciones de la sentencia para mantener la cuantía de la indemnización.

G. G. C.

28. *Interrupción de la prescripción de una acción de responsabilidad por daños. Demanda de pobreza.*—Tiene declarado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 25 de enero de 1945, 8 de junio de 1946 y 16 de diciembre de 1966, que interrumpe la prescripción, por significar ejercicio de la acción ante los Tribunales, la demanda de pobreza si, como aquí acontece, no adolece de defecto alguno y queda constancia del objeto del litigio que se propone entablar el actor después de fenecido este incidente.

Carencia de registro de entrada en un Juzgado de Paz.—Esta falta no puede perjudicar a la parte que instó la actuación judicial, por lo que ha de concluir que, al no existir otro dato que lo contradiga, la demanda fue presentada en la fecha que en la misma consta y, por tanto, con virtualidad suficiente para interrumpir la prescripción. (Sentencia de 17 de abril de 1980; desestimatoria.)

4. Derechos reales

29. *Acción reivindicatoria desestimada. Error de derecho en la apreciación de la prueba.*—La violación que se denuncia del artículo 1.227 del Código, en relación con el documento privado de venta, no puede prosperar, porque, si ciertamente la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino desde los momentos que prescribe aquel artículo aquí los que lo alegan no entran en consideración de terceros, sino como herederos de quien redactó el documento, al que no son ajenos en cuanto tiene eficacia respecto de ellos por imperativo del artículo 1.257 del Código civil.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—No puede atacarse por esta vía la realidad del contrato aduciendo el documento mismo, valorado e interpretado por la sentencia recurrida y elemento central del litigio, lo que impide su utilización para los fines alegados, según reiterada doctrina jurisprudencial.

Prueba de la venta. Valor del reconocimiento unilateral.—El propio interesado reconoció que hubo aceptación y consentimiento del comprador, y también reconoció que, a causa de aquella venta, ni la propiedad ni la

posesión de la finca son suyas; reconocimiento unilateral, pero vinculante para quien lo hizo, con su indefectible valor probatorio que sus herederos no pueden discutir ni impugnar con meras conjeturas, presunciones y deducciones.

Falta de consentimiento «uxoris».—Aparte de la incorrección procesal cometida, al citar preceptos genérica e indiscriminadamente, lo cierto es que el argumento fundamental, basado en la carencia de facultades dispositivas por el marido respecto de los bienes gananciales, ha de decaer cuando aquellas facultades estaban amparadas por la redacción entonces vigente del artículo 1.413 del Código.

Tradición fingida.—El reconocimiento de la propiedad contenido en el documento privado, junto con la entrega de la primera copia de la escritura en que consta el título adquisitivo del vendedor, significa que tuvo lugar la tradición fingida que permite el párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil, porque puede producirse, aunque la venta conste en documento privado, si se entrega dicho título adquisitivo que justifica la propiedad de quien vende, según se dijo, entre otras, en las Sentencias de 25 de octubre y 19 de diciembre de 1924, 24 de diciembre de 1929 y 16 de febrero de 1970.

Posesión tolerada.—La continuidad en la posesión por parte del vendedor no estaba basada, sino en la mera tolerancia de quien éste reconoce era el verdadero poseedor jurídico, que, según el artículo 444 del Código, no afecta a la posesión.

Posesión mediata.—Se da lugar, pues, al segundo de los supuestos del artículo 432, de un simple tenedor de la cosa perteneciendo el dominio a otra persona, que conserva la posesión mediata.

«Possessio ad usucapionem».—El repetido vendedor no pudo estar amparado por la presunción del artículo 434, que le permitiese utilizar a su favor la usucapión decenal del artículo 1.957, en relación con el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, porque, como declaró la sentencia recurrida, carecía no sólo de justo título (pues, a pesar de la inscripción, el titular de la misma reconoció que el título lo había transmitido a otro), sino también de buena fe, que tampoco pueden alegar sus herederos, sino a partir de la muerte de su causante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 442 Código civil. (Sentencia de 22 de abril de 1980; no ha lugar.)

30. *Acción reivindicatoria.*—El pleito de reivindicación no es simplemente de cabida de fincas, sino de identificación en todos sus aspectos, de tal manera que si no pueden determinarse los linderos exactos de dos fincas, es evidente que para que pueda prosperar la acción reivindicatoria lo primero que debe hacerse es pedir un deslinde.

Identificación de fincas.—El problema de la identificación es de los atribuidos, por su carácter fáctico, a la competencia exclusiva del Juzgador; sin embargo, es revisable por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando existan documentos auténticos, que acrediten, por sí solos, sin acudir a mayores razonamientos, y por sim-

ple contradicción, un resultado distinto del admitido por el Tribunal de Instancia.

Identificación de las fincas y el Registro de la Propiedad.—El Registro, por sí solo, no lleva consigo ni produce una verdadera y auténtica identificación real sobre el terreno, teniendo en cuenta que el Registro de la Propiedad tiene un simple contenido jurídico, no garantizando, en consecuencia, la realidad física y concreta situación sobre el terreno de la finca inmatriculada, puesto que tal situación puede o no concordar con la realidad existente.

Accesión, mala fe.—La declaración de mala fe que contemplan los artículos 362 y 363 del Código civil, contraria a la presunción que previene el artículo 434 del mismo cuerpo legal, requiere que la edificación se hubiese realizado a sabiendas de que no había derecho a hacerla.

Accesión invertida.—Ante la falta de regulación legal específica, la solución indemnizatoria del valor del terreno ocupado, por la notoriedad del superior valor de lo construido en relación con el suelo, se estima acorde con los principios esenciales de justicia, sancionados por los Códigos modernos, superando la rigurosa aplicación que hacía el Derecho Romano de la regla «*superficies solo cedit*», con la consecuencia de que se apreciase la facultad, no satisfactoria, de exigir al constructor que derribará la edificación.

Congruencia.—La amplitud de la alzada, en caso de revocación de la resolución impugnada, posibilita hacer nueva declaración sobre todas y cada una de las pretensiones formuladas en la fase procesal de primera instancia, al no vedarlo el principio de congruencia impuesto por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.—Se produce una clara violación de este artículo cuando se ejercita la acción reivindicatoria, sin haberse entablado demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.

Terceros hipotecarios de buena fe.—No cabe la reivindicación frente a los terceros hipotecarios de buena fe, tanto se trate de adquisición del verdadero dueño como de adquisición producida *a non domino*.

Presunción de buena fe. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria.—La presunción de buena fe que tal precepto acoge, aunque es de índole *iuris tantum*, precisa para su destrucción la justificación de que los adquirentes tuviesen la convicción de la existencia de inexactitud o de vicios excluyentes de la buena fe hipotecaria.

Accesión.—No son aplicables los artículos 362 y 363 del Código civil, ya que la figura de la accesión, que estos preceptos contemplan, parte del indeclinable presupuesto de que sus efectos se proyecten en relación al edificante y de que además haya actuado de mala fe; pero no con alcance a adquirentes con carácter de terceros hipotecarios protegidos. (Sentencia de 12 de abril de 1980; ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de unas parcelas construyó unas viviendas, que vendió a determinadas personas. Un propietario colindante alegó que parte

del terreno en el que se construyeron las viviendas era de su propiedad. El juzgado desestimó la demanda; la Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada, señalando que la finca en cuestión era propiedad del apelante. Se interpuso recurso de casación, que fue acogido por el Tribunal Supremo.

31. *Documento privado. Efectos contra tercero (acreedor embargante).*—El documento privado de compraventa aportado por el tercerista no puede tener valor para el fin pretendido, al no cumplir las exigencias del artículo 1.227 del Código civil en cuanto a la eficacia de su fecha, pues la normativa legal atiende a datos objetivos, que aquí no concurren, con independencia de que el acreedor embargante haya podido tener conocimiento del mismo, que sería irrelevante. (Sentencia de 9 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

32. *Acciones declarativas del dominio y reivindicatoria. Diferencias.*—Ambas acciones coinciden en cuanto a los requisitos para su estimación respectiva, pero difieren esencialmente en no ser la declarativa, a diferencia de la reivindicatoria, una acción de condena, y habiéndose pretendido por el Estado como principal una declaración de su dominio, sólo pidió su reintegro como consecuencia de la declaración, a lo que no accedió la sentencia recurrida, aunque declaró el dominio público de los terrenos.

Competencia de la jurisdicción ordinaria respecto al dominio público. Alcance.—Es preciso delimitar la impugnación del dominio público del Estado de lo que es meramente impugnar una concesión administrativa, pues la sentencia recurrida concede el dominio, pero no resuelve sobre la concesión, es decir, que el litigio versó sobre una cuestión de Derecho civil, como es una declaración de dominio sobre bienes inmuebles. Esta declaración compete a esta jurisdicción, pues no se trata de revisar acto administrativo alguno, sino de declarar un dominio público preexistente, y la pretensión no se funda en el Derecho administrativo, sino en la doctrina civil de las acciones que protegen el dominio, pudiendo el Estado, como los particulares, acudir a los Tribunales Ordinarios.

Concesión administrativa sobre bienes de dominio público. Su eficacia.—Esta concesión no implica una cesión plena del dominio al particular concesionario, pues la Administración no se desprende de su titularidad constante e inderogable, sino sólo la explotación de los bienes. La concesión tiene naturaleza esencialmente administrativa, siendo inaceptable pretender que transforma los bienes sobre que recae en propiedad privada, pues ello supondría desconocer los caracteres constitucionales del dominio público y las facultades que la Administración se reservó en la Orden de concesión.

El dominio público y el Registro de la Propiedad.—Ni siquiera la inscripción registral de los terrenos como dominio privado puede primar frente a la protección que, al dominio público, se concede por Ley.

Bienes de dominio público. Caracteres.—El dominio público está fuera del comercio y es inalienable, imprescriptible e inembargable, según se reconoce en el artículo 132, p. 1, de la Constitución, llevando ínsita una facultad de la Administración para su recuperación de oficio.

Desafectación del dominio público. Requisitos.—No se produce desafec-

tación de los bienes, es decir, cese de su demanialidad, porque no sean de uso público, sino objeto de una concesión administrativa, ya que la desafectación hubiera requerido un acto administrativo formal, previo al oportuno expediente (arts. 120 y 121 de la Ley del Patrimonio del Estado); en consecuencia, como los bienes concedidos continúan siendo de dominio público, su prescripción no es posible. (Sentencia de 11 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

HECHOS.—Por R. O. de 11 de junio de 1913 fue otorgada una concesión para ocupar terrenos de dominio público en un barranco de la isla de la Gomera. Esta concesión, así como ulteriores transferencias de la misma, debidamente autorizadas por la Administración, fueron inscritas en el Registro de la Propiedad. En 3 de abril de 1965 los causahabientes de quienes entonces figuraban como concesionarios proceden a dividir una finca rústica y posteriormente a vender una de las fincas resultantes. La entidad adquirente inmatriculó la finca en el Registro y, al publicarse los correspondientes edictos, se advierte que comprendía en sus linderos bienes de dominio público. El Abogado del Estado ejerció las correspondientes acciones, que fueron rechazadas en Primera Instancia por estimarse incompetencia de jurisdicción, pero prosperaron en apelación.

NOTA.—La sentencia reseñada (Pte.: Santos Briz) tiene especial interés por abordar prácticamente la totalidad de la llamada «teoría general del dominio público», señalando claramente los principios generales de su régimen jurídico.

1. La competencia en la materia de la jurisdicción civil, expresada por algunas disposiciones sectoriales (arts. 254 a 256 de la Ley de Aguas de 1879, 6 de la Ley de Costas, de 1969, 115 de la Ley de Minas de 1973, 15 de la Ley de Montes de 1957), se proclama con carácter general por exigencia de las cuestiones litigiosas que se plantean; concretamente la atribución del dominio a su titular. La aplicación de este criterio en relación con los bienes de dominio público encierra, en ocasiones, dificultades, al encontrarse la «cuestión de propiedad» ligada con el enjuiciamiento de actos administrativos, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. En estos casos no cabe otra solución que la aplicada por el Tribunal Supremo en esta sentencia: decidir sobre la titularidad del dominio y remitir a la vía correspondiente el control de la legalidad de los actos administrativos. La complejidad que entraña el régimen vigente podría ser superada mediante la unificación en la jurisdicción contencioso-administrativa de todos los litigios relativos a propiedades públicas, como corresponde a su naturaleza jurídico-pública (en este sentido se pronuncia J. Bermejo Vera en «Enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración en relación con los bienes demaniales». R. A. P., núm. 83, págs. 99 a 192).

2. Desde el punto de vista del Derecho privado los bienes de dominio público están fuera de comercio. Sólo admiten un tráfico jurídico-público, limitado, además, a la explotación o aprovechamiento de los bienes, sin llegar a modificar la naturaleza y propiedad pública de los mismos.

El título ordinario habilitante para el aprovechamiento particular de bienes de dominio público es la concesión administrativa. El concesionario se configura así como titular de un auténtico derecho real administrativo, pero nunca como propietario de los bienes que constituyen su objeto (véase en este sentido: J. González Pérez, «Los derechos reales administrativos», Civitas, 1975; F. Fuentes Bodelón, «Derecho Administrativo de los bienes», E. N. A. P., 1977, pág. 118; F. Garrido Falla, «Tratado de Derecho Administrativo», I. E. P., 1975, vol. II, pág. 447).

3. La protección legal del dominio público y su primacía frente al Registro de la Propiedad se declara tajantemente en la sentencia reseñada. Este criterio, exigido por la misma naturaleza y finalidad del dominio público, encuentra, en ocasiones, grandes dificultades para lograr su plena efectividad, especialmente por el juego del principio de fe pública registral, que, precisamente, no era aplicable en el litigio a que se refiere esta sentencia (sobre esta cuestión véase la obra de R. Parejo Gámir: «Protección registral y dominio público». EDERSA, 1975).

4. Resulta especialmente afortunada la enunciación de los caracteres del dominio público, actualmente proclamados por la Constitución, cuyo artículo 132 dispone que «la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación». Lógicamente la claridad de este precepto constitucional ha de reflejarse en la jurisprudencia mediante una aplicación sin reservas de tales principios, que anteriormente encontraba dificultades en el mismo Derecho positivo.

5. El examen de la desafectación, como cesación de la condición de dominio público, se realiza por la sentencia con expresa referencia a la Ley del Patrimonio del Estado, que la configura como acto administrativo expreso, sometido a especiales formalidades. Dejando a un lado los supuestos de desafectación por Ley formal, parece cerrada la posibilidad de admitir que tal efecto se produzca sin intervención de la Administración (sobre esta figura, además de los autores citados anteriormente, véanse: R. Parejo y J. M. Rodríguez Oliver: «Lecciones de dominio público». I. C. A. I., 1976; J. M. Sala, «La desafectación de los bienes de dominio público», I. N. A. P., 1980).

P. E. A.

33. *Propiedad horizontal. Naturaleza jurídica. Doctrina general.*—La propiedad especial de casas divididas por pisos, que constituye la llamada propiedad horizontal, supone, además de la propiedad exclusiva de los pisos o locales integrantes de un edificio, una copropiedad conjunta e inseparable sobre los elementos comunes del inmueble, de lo que deriva la necesaria reglamentación de esta coexistencia de propiedades privadas y comunes dentro de una misma finca, y así lo establece el artículo 396 C. c., según el cual esta peculiar forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales, y, en lo que éstas permitan, por la voluntad de los interesados, por lo que su ordenamiento jurídico está constituido por la Ley de 1960, como norma especial reguladora de la institución, las estipulaciones convenidas por los propios interesados, que integran el título constitutivo de la propiedad horizontal del edificio, y las normas relativas a la comunidad de bienes, respecto de los elementos comunes del mismo.

La fachada del edificio es un elemento común.—La fachada del edificio del que forma parte el local de su propiedad, como muro o pared maestra que es de aquél, constituye uno de los elementos comunes sobre el que recae un derecho de copropiedad con los demás dueños de los pisos o locales del inmueble, lo que impide a cada uno de éstos disponer en exclusividad del mismo y sin consentimiento del resto de los copropietarios, pues, como dice el preámbulo de la Ley de 1960, las posibilidades de la máxima utilización de cada partícipe están limitadas tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que se encarna en la conservación del edificio, tendiendo las normas de dicha

Ley a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en menoscabo del conjunto.

Régimen de los elementos comunes.—El régimen de copropiedad sobre los elementos comunes viene a constituir una comunidad de bienes, a la que ha de ser aplicable, cuando los interesados nada hayan convenido sobre ello, la normativa general del C. c., y en particular el artículo 397, que prohíbe a todo condueño, sin el consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, lo que recoge también el artículo 7.º de la Ley de 1960.

Título constitutivo que autoriza a aprovechar la fachada a los propietarios de la planta baja. Interpretación.—La Sala interpreta el título constitutivo de la propiedad horizontal, no en el sentido de la prohibición de colocar anuncios en la fachada a los propietarios de locales no situados en la planta baja, sino la de ser necesario para ello la correspondiente autorización de la Junta de Propietarios, y esta interpretación ha de mantenerse al no haber sido adecuadamente impugnada.

Acuerdo de la Junta por mayoría no consintiendo colación de anuncios luminosos en la fachada.—Al no autorizar la Junta por mayoría la colación de los anuncios y ordenar la retirada de los mismos, no hizo modificación alguna de las reglas contenidas en el título constitucional de la propiedad horizontal, toda vez que nada se había estipulado en éste en orden a la colocación de rótulos en la fachada del inmueble, a excepción de la correspondiente a la planta baja, habiéndose limitado aquélla a no consentir la colocación de los mismos, realizada por exclusiva voluntad del recurrente y sin dar previamente cuenta de ello a la Comunidad para obtener la oportuna autorización, ya que los anuncios luminosos adosados a la fachada suponen una alteración de la misma que afecta a la configuración, estado exterior y estética del edificio. (Sentencia de 4 de julio de 1980; no ha lugar.)

34. *Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—No pueden aducirse con este fin los mismos documentos que ya tuvieron en cuenta los Juzgadores de instancia, aparte de que los mismos son privados y carecen de efectos contra tercero—cuya cualidad tiene la entidad demandada—por no concurrir ninguno de los supuestos de excepción del artículo 1.227 Código civil.

Tercería de dominio. Requisitos.—Como reiteradamente ha declarado esta Sala, entre otras, en la Sentencia de 18 de mayo de 1978, viene a ser una acción reivindicatoria que sólo puede prosperar acreditándose cumplidamente los tres requisitos siguientes: a saber, el dominio del actor, identificación de la cosa reclamada, y posesión o detención de la misma por el demandado, habiéndose declarado, además, que tales requisitos son hechos cuya declaración corresponde a los Tribunales de Instancia y su criterio ha de respetarse en casación a menos que prospere la impugnación que se formule por la vía del número 7 del artículo 1.692 Ley Enjuiciamiento Civil.

Artículo 464 del Código civil. Defecto del recurso.—La violación alegada de este artículo, cuyo primer párrafo en el sentir del recurrente al hablar

de «posesión» no incluye la «propiedad» no puede prosperar por la simple razón de que el motivo presupone, según la particular apreciación del recurrente contraria a la obtenida por la Sala de Instancia, que la propiedad de las cosas embargadas le pertenece.

Tercería de dominio y artículo 464 Código civil.—Ese motivo olvida también la doctrina de esta Sala recaída en pleitos sobre tercería de dominio, en la que se ha seguido la dirección germanista en la interpretación del artículo 464, a tenor de la cual su párrafo primero sienta el principio de irreivindicabilidad de la posesión adquirida de buena fe, como lo atestigua utilizar en el segundo inciso la idea de reivindicación que no se utiliza nunca tratándose de recuperar una mera posesión, por tanto la posesión de las cosas muebles a estos efectos se refiere a título de dominio y el precepto sanciona la irreivindicabilidad de los bienes muebles; doctrina seguida, aunque para distintas consecuencias, por las Sentencias de 11 de julio y 19 de diciembre de 1900, 3 de marzo de 1951, 1 de diciembre de 1910, 8 de octubre de 1929 y 5 de diciembre de 1924. (Sentencia de 3 de marzo de 1980; no ha lugar.)

35. *Arrendamiento rústico. Individualización de las fincas. Retracto. Incongruencia.*—Hay incongruencia si el contrato de arrendamiento recae sobre dos fincas independientes y sobre ellas se ejercita el retracto con tal carácter, mientras que la sentencia lo estima sobre dichas fincas consideradas unitariamente, ya que lo a considerar en materia de retracto es el objeto tal como el retrayente lo contempla en relación con el vínculo arrendaticio, y no con base en la configuración distorsionada que el propietario arrendador puede haber establecido con el comprador, pues de no entenderlo así se conduciría al absurdo de alterar los derechos del arrendatario por la exclusiva voluntad del propietario mediante la simple alteración descriptiva de las fincas objeto del arrendamiento.

Cosa juzgada. Juicio de desahucio y juicio de retracto.—La identidad de los litigantes no deja de producirse por el hecho de la distinta situación procesal que las partes mantienen en uno y otro pleito, no ocurriendo así con los elementos objetivos y de acción, pues una cosa es el ejercicio de una acción con respecto a una unidad de finca y otra con relación a fincas independientes, y también se rompe la identidad cuando se ejercitan acciones que tienen distinta *causa petendi* como ocurre con la de desahucio y la de retracto.

Carácter rústico de las fincas retraídas. Valor en venta que excede del duplo de otra igual sita en la zona.—El valor superior al duplo, determinado por la circunstancia de proximidad a carretera, con camino en su lindero este, por el que circulan toda clase de vehículos, además de la existencia en las inmediaciones de algunas casas y un aserradero, conduce a que no se dé el carácter de finca rústica a efectos del retracto; tal proximidad no quiere decir inmediatez, situación de contacto directo o colindancia, sino simplemente cercanía adecuada que revaloriza, como ocurre en el presente caso en que la finca en cuestión dista 55 metros de la carretera.

Abuso de derecho. Artículo 7.2. C. c. Precio de venta muy inferior a la

valoración pericial.—No puede apreciarse abuso de derecho o ejercicio anti-social del mismo porque para ello se hubiera precisado la realidad de un daño efectivamente producido para un tercero, y en materia de retracto no puede apreciarse con base en la mera distorsión en el precio cuando no consta que éste haya sido efectivamente superior al concertado contractualmente; la mayor valoración pericial sólo implica un hipotético beneficio de futuro derivado de meras posibilidades especulativas, que por su propia naturaleza no puede impedir la finalidad social de posibilitar el acceso a la propiedad por parte de los trabajadores de la tierra. (Sentencia de 7 de noviembre de 1980; ha lugar.)

Sentencia prolija, acaso por un deseo de mayor claridad o motivada quizá por la complejidad del planteamiento. No es habitual que la demanda de retracto pida que se declare rescindida *ex lege* la transmisión base del derecho de adquisición preferente, como ocurre en este caso y aceptan las sentencias de instancia; el retracto arrendaticio no produce *rescisión* de la venta, como es sabido, si al término se le quiere dar su sentido técnico.

Me parece acertada la *ratio decidendi* consistente en dar relevancia a la individualización de las fincas, tal como se realizó en el contrato de arrendamiento y no a la posterior efectuada por el arrendador con el comprador. Es cierto que el acto de individualización de inmuebles es atributo de la propiedad, pero aquí se interpone una relación arrendaticia que ulteriormente puede servir de base al ejercicio de un derecho real de adquisición de origen legal, especialmente protegido por su finalidad social.

La desproporción entre la valoración pericial que el T. S. acepta, superior a los cuatro millones de pesetas, y la que figura en la transmisión, de 300.000 pesetas, en cuyo precio se incluyen también otras fincas no arrendadas, arguye simulación que el recurrente utiliza para invocar la equivalencia de las prestaciones y el principio de buena fe. Pero el T. S. no estima el abuso por falta de prueba del daño o perjuicio sufrido por el vendedor, pues no se justificó el precio realmente pagado.

G. G. C.

36. *Aparcería. Retracto. Pluralidad de aparceros. Falta de consentimiento unánime. Prueba.*—La probanza de la no unanimidad de todos los colonos para que los otros cultivadores puedan ejercitar el retracto, es una cuestión de hecho cuya apreciación es incumbencia del juzgador de instancia, por lo que la terminante declaración de la Sala de que se intentó y no se logró la unanimidad, deberá ser respetada en casación al no combatirse por el cauce marcado; en el presente caso dicha declaración se basa en un requerimiento notarial doble, el de los coaparceros y el de la dueña, a lo que el tercer aparcerero no contestó al no interesarle el retracto, lo que es suficientemente indicativo del desacuerdo en cuanto a la unanimidad del ejercicio de su acción, la cual fue ejercitada por los otros dos.

Indivisibilidad del ejercicio del retracto. Analogía con el artículo 1.515 C. c. No han podido infringirse los artículos 1.518 y 1.521 C. c., que no estudian ni contemplan el tema de la pluralidad de retrayentes, cosa lógica si se tiene

en cuenta que las particularidades de este retracto fueron establecidas por la legislación especial de arrendamientos rústicos y no por el Código civil, en cuyo articulado sólo podría encontrarse un supuesto con cierta semejanza o analogía en el artículo 1.515.

Consignación para retraer. Falta de proporcionalidad con el número de jornales que cultiva cada uno.—Ni en el artículo 16.6 del R. A. A., ni en el artículo 1.515 C. c., se exige la determinación *a priori* de la proporción en el retracto de cada comprador conjunto, de suerte que si la consignación hecha por los retrayentes no guarda exacta proporción numérica con el número de jornales que cultiva cada uno, ello no puede afectar a la eficacia del retracto, ni al derecho e interés del que forzosamente vende, que lo ve cumplido mediante la percepción del total valor y a quien le es o le debe ser indiferente la distribución del importe dinerario que aquellos consignaron, cuestión que a ellos corresponde regular en el ámbito de su privada autonomía.

Defectos formales del recurso.—No puede fundamentarse el recurso de injusticia notoria ni en la infracción de preceptos fiscales, ni en la de normas de carácter procesal. (Sentencia de 27 de octubre de 1980; no ha lugar.)

Ajustada sentencia (Pte. de la Vega Benayas) en un caso de pluralidad de legitimados para el ejercicio de un derecho de adquisición preferente, cuya normativa aparece insuficientemente regulada. Se hecha en falta la existencia de una parte general de tales derechos, que la doctrina dificultosamente construye. Conviene advertir que la precedencia cronológica del C. c. sobre la L. A. R. no supone, sin más, inaplicabilidad de los preceptos de aquél al retracto rústico. Sobre la problemática que plantea el artículo 1.515 C. c. vide GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil*, t. XIX (Madrid, 1980), p. 549 s.

G. G. C.

5. Derecho de familia

37. *Desheredación por adulterio.*—La apreciación de la indignidad por adulterio, como causa de desheredación, requiere su manifestación forzosamente en testamento, cual expresamente exige el artículo 850 Código civil.

Indignidad por adulterio.—El hecho de que la hoy viuda viviera con un hombre en el domicilio en que habitaba, y con el que contrajo matrimonio unos dos años después de quedar viuda, en modo alguno determina la apreciación de la causa de indignidad del número 5.º del artículo 756 Código civil, en la redacción anterior a la Ley de 26 de mayo de 1978, por la que se rige esta sucesión, dada la fecha del fallecimiento del marido, puesto que se requería entonces la existencia de una sentencia penal previa, no recaída en este caso.

Ley de despenalización del adulterio.—La citada Ley de 26 de mayo de 1978 no tiene eficacia retroactiva.

Interpretación del artículo 834 del Código civil.—La interpretación sociológica y de equidad del citado artículo ha de guardar relación con la situación ambiental al tiempo en que se produjo el fallecimiento del causante y, cuando ese artículo habla del cónyuge que «no se hallare separado», evidentemente se está refiriendo a la separación judicial y no a la de mero hecho o amistosa, como así se deduce de la referencia que se hace a los cónyuges que estuviesen separados en virtud de demanda.

Defecto del recurso.—Lo es la relación indiscriminada de preceptos legales de aspecto fáctico-jurídico independiente, con la ausencia de la precisa claridad y precisión.

Efectos de la separación de hecho en la sociedad de gananciales.—No figura ésta como causa taxativa de disolución de dicha sociedad, que el artículo 1.417 contrae a la disolución o nulidad del matrimonio, y no apareciendo en los autos pruebas fidedignas y fehacientes, como la resolución judicial o notarial o incluso, el documento privado fidedigno, del momento en que se inició tal separación, hay que concluir que la sociedad de gananciales persistió, y más en cuanto se ha comprobado el propósito de mantenerla por la voluntad y comportamiento de los cónyuges al adquirir bienes ambos a título privativo con la concesión por el marido de la licencia marital, y no hay prueba eficaz reveladora de destrucción de la presunción de ganancialidad del artículo 1.407 Código civil. (Sentencia de 7 de marzo de 1980; no ha lugar.)

38. *Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—A estos efectos no tiene la condición de auténtico el mismo documento examinado por la Sala de Instancia y que declara judicialmente la incapacidad mental del vendedor.

Venta en documento privado por un capaz y por un incapaz. Cuestión nueva.—La declaración de la validez del contrato otorgado en cuanto hace referencia a la vendedora, dado el contenido de la súplica, no pudo ser hecha más que incurriendo la Sala en incongruencia, ya que no fue solicitada ni tratada en los autos, siendo por tanto cuestión nueva.

Sociedad continuada de gananciales en Aragón. Naturaleza.—Es una comunidad de bienes con las características de la comunidad germánica, por lo que los componentes de la misma no tienen la propiedad de los bienes sino que únicamente les pertenecen cuotas ideales de dicha comunidad. (Sentencia de 27 de mayo de 1980; no ha lugar.)

6. Derecho de sucesiones

39. *Actos propios.*—La doctrina legal de que «nadie puede ir contra sus propios actos» no puede invocarse con éxito porque los recurrentes parten de un hecho, cual es la desigualdad de los lotes hereditarios, no admitidos por la Sala «a quo».

División de herencia. Igualdad de las adjudicaciones.—La circunstancia de que para el pago de lotes se adjudiquen bienes de distinta naturaleza

no implica, por sí, que se contravenga la igualdad dispuesta, ya que el artículo 1.061 Código civil, manda guardar la igualdad en las adjudicaciones sólo si ello es posible a base de cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, y se ha declarado por esta Sala (Sentencia de 25 de junio de 1977 y otras) que la formación de los lotes depende de las circunstancias de cada caso y de la naturaleza de lo que se reparta sin que sea precisa una igualdad matemática y absoluta.

Actos propios. Conducta procesal previa.—Habiendo los recurrentes admitido en pleito anterior la igualdad que ahora niegan, a tal aceptación han de estar y conformarse, ya que su representación así lo reconoció con plenos efectos, de modo que el que en este litigio adopten una posición contradictoria con su conducta anterior implica una falta de probidad.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Este motivo, basado en el contenido de ciertos documentos aportados, es desestimable, ya que en su desarrollo se incurre en el error de considerar un quebranto de la igualdad de las hijuelas la circunstancia de que se hayan pagado con bienes de distinta naturaleza, lo que no es cierto.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—No puede invocarse con este fin un documento interpretado y examinado por la sentencia impugnada y que además no revela en modo alguno la equivocación del juzgador.

Administrador judicial de cosa común.—El artículo 398, párrafo 3.º, del Código señala como requisitos previos para el nombramiento de un administrador judicial que no resulte mayoría o que el acuerdo de ésta resulte gravemente perjudicial a los interesados y medie instancia de parte. (Sentencia de 17 de junio de 1980; no ha lugar.)

40. *División de comunidad hereditaria. Incongruencia.*—No la hay, porque si las partes estaban de acuerdo en dividir todos los bienes comunes, era necesario la inclusión de la casa omitida en perfecta congruencia con lo pedido, que no se altera por el hecho de que la adición de este bien como objeto concreto se hiciese por la actora en trámite de réplica, atemperando su proceder a la referida petición de los demandados de dividir toda la indivisión, que es justo lo que concede la sentencia impugnada, sin que tampoco pueda pensarse que con ello otorga más de lo pedido.

Acumulación de acciones.—No existe infracción del principio procesal que prohíbe acumular acciones después de contestada la demanda, porque no se ejercitó más que una sola acción, aunque se ampliara su objeto con el de aquel bien concreto y aunque en la demanda y en la súplica se pidan modos distintos de la división judicial solicitada.

Reconventio reconventionis.—No se ha vulnerado la prohibición de proponer reconvencción después de la contestación a la demanda, pues aquí, ante la reconvencción formulada en la que se pedía la división de toda la comunidad con el procedimiento del artículo 1.061 Código civil, la parte actora se avino a ambas cosas.

Adición de un objeto material.—No ha habido tampoco infracción del párrafo 2.º del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque no ha

habido una nueva pretensión que altere las peticiones fundamentales de la demanda, sino solamente una ampliación por adición de un objeto material a los bienes comunes cuya división se pidió inicialmente, y esta ampliación está permitida de modo expreso por el artículo que se dice infringido. (Sentencia de 4 de julio de 1980; desestimarse.)

II. DERECHO MERCANTIL

41. *Descuento de letras documentadas.*—Es un negocio jurídico autónomo que no se identifica con ninguna de las figuras contractuales recogidas en el Código de comercio y que la doctrina-científica define como contrato por el cual el Banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito no vencido contra tercero, mediante la cesión, salvo buen fin, del crédito mismo.

Nota esencial de este contrato.—Es esencial la cláusula «salvo buen fin» en el sentido de que el descuento se concede a condición de que el título sea pagado por el tercero deudor en la fecha de su vencimiento.

Nota esencial de este contrato.—El Banco no penetra en el contrato de compraventa ni adquiere el dominio de las mercancías vendidas mediante los títulos que las representan, pues se limita al cumplimiento del mandato de entrega recibido del vendedor, si bien tales documentos le conferirán sobre las mercancías vendidas el privilegio del comisionista del artículo 276 Código de comercio.

Nota esencial de este contrato.—Por cuanto se trata de una dación para pago, esto es, que el crédito descontado se cede «pro soluto» y no «pro soluto», el Banco asume la obligación fundamental de diligente gestión, teniendo que presentar al cobro la letra por la debida oportunidad y levantando en su caso el protesto por falta de pago, a no ser que en la cambial figure la cláusula «sin gastos», en cuya virtud el librador dispensa al tenedor de la obligación de protestar los efectos impagados, asumiendo sin tal requisito la responsabilidad en vía de retorno por ejercicio de la acción cambiaria ordinaria y de la causal, como si hubieran sido protestados, mientras la letra no prescriba.

Nota de este contrato.—El perjuicio de la letra imputable al Banco determina en sentir del más autorizado y general criterio la producción de efectos enervatorios de la cláusula «salvo buen fin», y la entidad descontante soportaría los efectos de su propia negligencia, conforme al artículo 1.170 «in fine». Código civil.

Interpretación del contrato.—La alegación de que no se impuso al Banco recurrente la obligación de presentar las letras al cobro, ni de levantar, en su caso, los correspondientes protestos por falta de pago, porque la gestión incumbía por propia decisión del librador al «Bank of Nova Scotia», no puede prosperar, ya que se trata de una cuestión nueva y además porque existen datos demostrativos del protagonismo que en la constancia formal del impago tomó la entidad recurrente.

Interpretación del contrato.—Ha quedado incólume la básica declaración de la Sala de que el Banco recurrente venía obligado a obtener el protesto por falta de pago de la librada aceptante, levantándolo en tiempo eficaz tanto de conformidad a la legislación patria como a la canadiense, aplicable por disposición del artículo 475 del Código de comercio, y que, si así no lo ha hecho, incurre en conducta negligente y la letra perjudicada produce los efectos del pago.

Doctrina legal sobre descuento.—La violación alegada de la doctrina contenida en las Sentencias de 26 de octubre de 1961, 21 de junio de 1963 y 30 de diciembre de 1972 no puede prosperar, pues estas sentencias contemplan problemas ajenos al objeto de este recurso.

Responsabilidad del librador.—Según el artículo 460 Código de comercio cesa cuando el tenedor de la letra hubiere omitido protestarla en tiempo y forma, siempre que el librador pruebe —lo que aquí ha ocurrido— que al vencimiento de la cambial tenía hecha provisión de fondos para su pago.

Imposibilidad de sacar el protesto por fuerza mayor.—La fuerza mayor de que habla el artículo 483 Código de comercio ha de consistir en un suceso no culposo imposible de prever o que, previsto, sea inevitable, y totalmente independiente de quien lo alega, lo que no sucede con la simple transmisión de las letras al Banco Canadiense.

Valor al cobro en el endoso.—Es un simple endoso para cobranza que incorpora una forma de apoderamiento cambiario que no transfiere la propiedad y que sólo legitima al endosatario para el cobro de la letra, siendo una modalidad de endoso limitado que ha de admitirse infiriéndolo de los principios y finalidad del artículo 463 Código de comercio.

Protesto tardío.—Produce el perjuicio de la letra por imperativo del artículo 469 y del 504.1.º Código de comercio.

Enriquecimiento injusto.—Su alegación constituye una cuestión nueva y en este caso no existe, aunque el recurrido descontatario obtuvo las sumas del descuento, dado que tenía hecha provisión de fondos y se ha visto privado con el perjuicio de las letras de las acciones propias del rigor cambiario. (Sentencia del 14 de abril de 1980; no ha lugar.)

42. *Interpretación de los contratos.*—Es tarea privativa de los juzgadores de instancia, la cual ha de prevalecer frente a la particular e interesada de quien en el recurso la impugna, pudiendo sólo ser combatida demostrando que la Sala sentenciadora infringió en su exégesis alguno de los preceptos de los artículos 1.281 a 1.289 que la regulan, pues únicamente cabe rechazar dicha interpretación cuando resulte arbitraria, absurda o contradiga los términos del convenio.

Fianza mercantil.—Frente a la tesis del recurrente de que el contrato es sólo un aval cambiario, es correcta la interpretación de la Sala de que se trata de un afianzamiento mercantil, pues se ha atendido no a la literalidad de una cláusula, sino al total contenido del documento, teniendo en cuenta que la sociedad avalista acepta y presta su aquiescencia al contrato causal de compraventa mercantil que se menciona, aparte de la íntima conexión

entre la Sociedad compradora y la avalista, constituida ambas por unas mismas personas, coincidiendo varias de ellas en la administración de una y otra, en el mismo domicilio social, y siendo una misma persona la que firma el documento como compradora y avalista, apoderada de ambas sociedades, aunque tengan éstas distinta personalidad jurídica.

Prescripción de la fianza mercantil.—No puede aplicarse al caso de autos el artículo 950 Código de comercio, que fija en tres años el plazo de prescripción de las acciones procedentes de letras de cambio, ya que la acción ejercitada en la demanda no es la cambiaria, sino la derivada del contrato de fianza mercantil, cuya prescripción, al no estar fijada en el Código de comercio, ha de regularse por el Derecho común, conforme dispone el artículo 943 Código de comercio y, por tanto, el plazo es de quince años, como acción personal sin término especial de prescripción. (Sentencia de 31 de mayo de 1980; no ha lugar.)

43. *Contrato de cuentas en participación. Requisitos y calificación.*—El recurrente estima que la operación que ha concertado con el recurrido no puede calificarse de contrato de cuentas en participación, porque —entre otros motivos que el T. S. acuerda no discutir, confirmando su doctrina de que no pueden traerse a la casación cuestiones nuevas que no fueron promovidas en su momento procesal pertinente—, porque, decíamos, es impropio de este tipo comercial la intromisión del partícipe en la gestión de la empresa de la que es titular exclusivo el gestor. El T. S. entiende, sin embargo, que la consecución a favor del gestor de una línea de descuento en un Banco (hasta una cantidad, en concreto, de 400.000 pesetas) no comporta necesariamente la intervención del partícipe en el negocio propio del gestor y, por consiguiente, no implica una actividad de gestión social del partícipe que desnaturalizaría el contrato de cuentas en participación. La apertura de la mencionada línea de descuento a favor del gestor no es más —continúa el T. S.— que una garantía bancaria que fue aportada por el partícipe como parte del capital. Lo cual es perfectamente coherente con la estructura del contrato (que, justamente, conlleva la aportación de capital a un negocio ajeno, sin una paralela intervención del aportante en la gestión del mismo). (Sentencia de 18 de abril de 1980; no ha lugar.)

44. *Transporte de mercancías. «A riesgo y ventura del porteador». Pérdida por incendio fortuito.*—Celebrado un contrato de transporte de mercancía por carretera, cuya base era un contrato de porte entre la sociedad cargadora y el conductor del camión, una de cuyas cláusulas decía expresamente que las mercancías se transportaban a riesgo y ventura del porteador que asumía plena responsabilidad por las posibles pérdidas y averías que pudiera sufrir la carga en todos los casos, resultando en el curso del viaje, que lo era de regreso de otro transporte, incendiado el camión sin que mediara culpa o negligencia por parte del conductor, única persona que en el mismo viajaba, perdiéndose parte de la mercancía y resultando dañada el resto, debe responder el porteador.

Responsabilidad de la empresa porteadora. Uso mercantil.—No puede decirse que la relación entre el porteador dueño del camión y el conductor

del mismo sea de mandato o comisión mercantil, sino la que normalmente media entre la empresa transportista y su empleado, habiéndose probado, además, el uso o práctica mercantil según el que los conductores, al llegar al punto de destino, efectúan nuevos contratos para el regreso, a fin de no hacerlo de vacío, y ello en beneficio del porteador, sin necesidad de constancia especial de la autorización de éste, en cuyo nombre se presume que actúan, salvo prueba en contrario, firmando la carta de porte.

Pacto lícito.—La cláusula «a riesgo y ventura del porteador» no es contraria a la moral ni al orden público, y tampoco contraviene a la ley, representada en este caso por el artículo 361 Código comercio, puesto que precisamente se ampara en la excepción que el mismo permite. (Sentencia de 30 de junio de 1980; no ha lugar.)

45. *Agente afecto de seguros. Infidelidad.*—La válida apreciación de la infidelidad (del agente respecto de su principal, la entidad aseguradora) y consecuentemente de la extinción del derecho a percibir determinadas comisiones de cartera por parte del agente, no viene condicionada por la necesidad previa del trámite de conciliación sindical, a que se refieren los artículos 22 de la Ley de producción de seguros privados de 30-XII-1969 y 50 y 69 de su Reglamento de aplicación. La realidad de la misma (de la infidelidad) viene expresamente determinada por tratar el agente de que los contratos de seguro que forman la cartera sobre la que percibe sus comisiones pasen a otra entidad aseguradora. Y a este respecto —estima el T. S.— son terminantes los términos de los mencionados preceptos, según los cuales «bastará el acreditamiento de esa desleal gestión para que el derecho al percibo de esas comisiones quede automáticamente extinguido».

Acto de conciliación sindical.—Aunque tal requisito formal estuviese todavía vigente —y sobre ello no se pronuncia el Tribunal—, su inobservancia no sería apreciable. En efecto, ejercitada la acción en vía reconvenional, el acto de conciliación que exige el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para promover cualquier proceso declarativo, ya no resulta necesario; pues aunque ciertamente la reconvenional es una nueva demanda, el declarativo ya está iniciado. Así las cosas, tampoco es necesario el acto de conciliación sindical, dada su analogía con el que establece la ley procesal; ambos persiguen idéntica finalidad: agotar todas las posibilidades de avenencia entre las partes.

Facultad de resolución de las obligaciones recíprocas en caso de incumplimiento de una de las partes.—No resulta aplicable el artículo 1.124 del Código Civil y con él la imposibilidad de resolver cuándo ha habido incumplimiento por ambas partes, pues, *primero*, sobre el incumplimiento de la entidad aseguradora no se pronunció el Tribunal de apelación; *segundo*, la entidad aseguradora no solicitó la resolución del contrato, sino que se limitó a pedir que se declarase extinguido el derecho del agente a la percepción de ciertas comisiones por haber incurrido en infidelidad (al amparo del artículo 22-2 de la Ley de Producción de seguros privados), y *tercero*, no se da el supuesto de «bilateralidad obligacional recíproca» (que es presupuesto de aplicabilidad del artículo 1.124), pues el deber de fidelidad del

agente —como requisito *sine qua non* para tener derecho a la percepción de la comisión de cartera— no viene impuesto por el contrato celebrado con la entidad aseguradora, sino que «es una obligación, cuyo incumplimiento lleva consigo, por expresa disposición legal, la pérdida o extinción de ese derecho». (Sentencia de 23 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

46. *Pago de deuda solidaria en periodo de retroacción de los efectos de la quiebra y excepción litis consorcio pasivo necesario.*—El tribunal de apelación declara nulo —y consecuentemente ordena su reintegración a la masa activa de la quiebra— un pago hecho por dos fiadores del quebrado a un acreedor (una entidad bancaria), por entender que tal pago entraña un «acto de dominio o administración» realizado en período de retroacción de los efectos de la quiebra, cuya nulidad sanciona radicalmente el párrafo 2.º del artículo 878 del Código de comercio. El acreedor pagado recurre ante el T. S. por *violación de doctrina legal sobre litis consorcio pasivo necesario* (pues no se había demandado a los fiadores, a quienes también habría de afectar la sentencia) y por *incorrecta aplicación del artículo 878, párrafo 2.º* (pues del texto de este precepto del Código de comercio sólo se infiere que es aplicable a los actos de dominio y administración del quebrado y no —como parece haber entendido la Audiencia— a los actos realizados por terceros, cuales son los pagos satisfechos por los fiadores). El T. S. casa la sentencia de la Audiencia, pues tratándose de una deuda solidaria del quebrado y sus fiadores —señala textualmente— «*la nulidad de los pagos efectuados por estos últimos* (obsérvese que el pago lo realizan los fiadores y no el quebrado) *les afectaría directamente* (a ellos mismos, los fiadores) *al permanecer viva la acción del (...) demandado* (es decir, el Banco acreedor de la deuda solidaria, cuyo pago se considera nulo por haber sido hecho en período de retroacción) *para exigir el pago*» de su crédito. Razón por la cual «es evidente —continúa el Tribunal— que la sentencia dictada afectaría directamente a los dos avalistas que no han sido demandados y por ello la relación jurídica procesal está mal constituida al no haber sido demandados todos los afectados por la relación jurídica en litigio». Se admite, pues, la excepción de litis consorcio pasivo necesario. (Sentencia de 18 de octubre de 1980; ha lugar.)

Hechos.—Para la comprensión de la doctrina del Tribunal Supremo en esta decisión es preciso tener en cuenta el entero *iter* judicial de la contienda. La cuestión se inicia en el momento en que los síndicos de una quiebra reclaman a un acreedor del quebrado la devolución de ciertos pagos hechos por éste durante el período de retroacción de la quiebra. El Juzgado que conocía de la quiebra —después del requerimiento extrajudicial de los síndicos— acuerda también pedir al acreedor la reintegración a la masa de la quiebra de la cantidad reclamada por los síndicos. El acreedor no accede, manifestando que entre las cantidades exigidas por la sindicatura se encuentran partidas, cuya reintegración no es procedente *por tratarse de pagos hechos por los fiadores del quebrado y no por el quebrado mismo*. Los síndicos se oponen nuevamente al escrito del acreedor requerido, alegando que tales cantidades fueron ingresadas en la cuenta que el quebrado posee en la entidad demandada, en período de retroacción de la quiebra,

para enjugar su saldo deudor. (Conviene tener presente que el acreedor demandado es un Banco, en una de cuyas sucursales tenía el quebrado abierta una cuenta corriente con saldo deudor en la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra. Así se comprenderá por qué los síndicos entienden que ha existido un *acto de dominio* por parte del quebrado: Al ser pagado por los fiadores el crédito que el Banco le había concedido al quebrado, como es el caso, necesariamente hubo de ser afectado el saldo de su cuenta, en el sentido de que se redujo. Lo cual, a su vez, no significa una alteración patrimonial de la situación del quebrado en perjuicio de los acreedores de la quiebra, pues es evidente que lo que debía al Banco se lo deberá ahora a los fiadores, que a tales efectos gozan de la acción de regreso). Ante esta situación, el Juez que conoce de la quiebra dicta una providencia declarando que para la ocupación de estas cantidades es menester un juicio declarativo previo que reconozca la nulidad de tales pagos al acreedor y el derecho de los síndicos a reintegrarlos en la masa de la quiebra. Consecuentemente, ante el Juzgado ahora competente, presentan los síndicos demanda, argumentando que las cantidades en cuestión *deben formar parte de la masa activa de la quiebra, toda vez que han salido del patrimonio del quebrado en virtud de actos dispositivos, cuya nulidad absoluta sanciona el párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio*. Admitida la demanda se traslada a la parte demandada (el Banco), quien se opone contestando que el hecho de que el saldo deudor de la cuenta corriente del quebrado se haya visto reducido por obra de los pagos efectuados por los fiadores, no comporta la realización por parte del quebrado de actos de disposición, pidiendo por ello que se estime correctamente el valor jurídico de los asientos contables. *A fortiori*, se aduce la excepción de litis consorcio pasivo necesario, pues la validez o nulidad de tales abonos —se dice— no afeta tan sólo al demandado; pues, como resulta obvio, si éstos se anulasen, como los síndicos pretenden, los fiadores vendrían obligados a hacer frente a la obligación que, junto con el quebrado, deben solidariamente al demandado. El Juez de Primera Instancia acepta esta última excepción y, sin pasar al examen de fondo, desestima la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia acuerda revocar la sentencia de la instancia y, desestimando la excepción de litis consorcio pasivo necesario, ordena al demandado que reintegre a la masa de la quiebra las cantidades reclamadas por la sindicatura. El curso ulterior del litigio ya ha quedado expuesto con ocasión del resumen anteriormente efectuado de la doctrina del T. S.

C. P. A.

III. DERECHO PROCESAL

47. *Resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa. Efectos civiles conexos.*—Anulada por la Sala cuarta de este Alto Tribunal la autorización municipal para el aumento de las tarifas del precio de arrendamiento de los locales de un mercado explotado por un particular en régimen

de concesión, la reclamación de las cantidades indebidamente pagadas por los arrendatarios al concesionario tiene evidentemente carácter civil.

Responsabilidad municipal. Legitimación activa.—Declarada por la jurisdicción contencioso-administrativa la existencia de defectos insubsanables en el expediente de elevación de tarifas, la pretensión de hacer recaer sobre el Ayuntamiento la responsabilidad del cobro indebido sólo podría ejercitarse, de existir, por el concesionario, nunca por los arrendatarios de éste. (Sentencia de 29 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

48. *Litis consorcio pasivo necesario.*—La situación litisconsorcial pasiva necesaria o cualificada se originará siempre que la decisión no pueda pronunciarse más que frente a varias partes. En este sentido ha declarado la jurisprudencia que es obligado traer al debate a todas las personas a quienes la sentencia pueda alcanzar y que, como tales, tengan un evidente y legítimo interés en la contienda al hallarse relacionados con el objeto de la demanda, pues de no hacerlo así resultaría vulnerado el principio *nemo debet inaudita damari*.

Responsabilidad in solidum. Culpa extracontractual.—Una cosa es la responsabilidad *in solidum* a la hora de alcanzar la satisfacción de la deuda dimanante de la culpa aquiliana, cuando el hecho dañoso se presenta como el resultado de una acción colectiva, y otra muy diferente que pueda ser postulada la aplicación del artículo 1.144 del Código civil a una esfera distinta de la contractual antes de que haya recaído decisión afirmativa de la concurrencia de todos los elementos exigidos para que surja la obligación de reparar, según aquellos preceptos, marginando de la controversia a pretendidos coautores a los que, sin embargo, alcanzará el posterior deber de reembolso en la parte correspondiente, resultando de esta suerte prácticamente condenados sin su previa audiencia y vencimiento. (Sentencia de 29 de febrero de 1980; ha lugar.)

Hechos.—Se discute si se ha producido una irregular constitución de la relación procesal, por no haber sido dirigida la demanda contra unas personas implicadas en los hechos y afectadas por sus consecuencias. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Territorial, señalando que existe un litisconsorcio pasivo necesario.

49. *Ejecución de sentencia.*—Tanto la jurisprudencia como la doctrina han aclarado la aparente antinomia entre el artículo 944, párrafo segundo, Ley Enjuiciamiento Civil y el artículo 1.695 de la propia Ley, en el sentido de entender que la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios es facultad soberana del juzgador de instancia contra cuyo ejercicio no cabe recurso alguno, pero sí juntamente con la liquidación o con ocasión de ella se hubiere promovido y resuelto en el incidente algún punto esencial no contravertido en el pleito ni decidido en la ejecutoria o se contraviene lo ejecutoriado, en cualquiera de estos casos procede el recurso de casación contra el auto resolutivo del incidente, aunque también haya decidido sobre la liquidación.

Ejecución de sentencia.—Si bien es lícita la función interpretativa de la sentencia, es improcedente que al socaire de ella se tengan por decididos aspectos sustanciales no suscitados por los contendientes y tampoco resueltos explícita ni implícitamente por la resolución a ejecutar, según previene el artículo 1.695 Ley Enjuiciamiento Civil.

Coordinación con la sentencia ejecutoria.—La imprecisión de cierta frase de ésta, en relación con el tiempo de la liquidación, tiene que ser superada, en trance de dar a la sentencia de condena la efectiva realización que su misma naturaleza exige, atendiendo a lo que fue materia de la contienda y a lo decidido en el fallo ejecutoriado, antecedentes entre los que el intérprete ha de establecer la lógica y obligada coordinación.

Fijación de intereses moratorios.—La denuncia que se hace al auto recurrido por haber resuelto sobre puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decidido en la ejecutoria, procediendo a la arbitraria fijación de intereses moratorios, a pesar de que la decisión a ejecutar no contiene pronunciamiento alguno sobre tal particular ni la demanda instó, según sería preciso, la condena del demandado como incurso en mora, merece ser acogida por ser cierta, al margen y con independencia de la regla «in iliquidis non fit mora». (Sentencia de 28 de noviembre de 1980; ha lugar.)

50. *Cosa juzgada. Planteamiento en casación.*—Las declaraciones del Tribunal sobre identidad de personas, cosas y causa de pedir que producen la cosa juzgada formal son cuestiones de hecho que sólo pueden ser atacadas por el cauce del núm. 7 del artículo 1.692 de L. E. C. En el presente caso, al haberse alegado el núm. 5 del citado artículo, ha de tenerse en cuenta que es requisito previo e inexcusable para el éxito del motivo que la cosa juzgada haya sido alegada como excepción, pues, en otro caso, el motivo habría de ampararse en el núm. 1 de tal artículo, por violación del artículo 1.252 del Código civil.

Interpretación de los contratos.—La exégesis contractual hecha por la Sala debe ser respetada y permanece inalterable si no es atacada en forma, al no ser ilógica ni absurda. (Sentencia de 15 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

51. *Congruencia de la sentencia.*—Cuando la sentencia recurrida estima completamente las pretensiones de la demanda y, lógicamente, rechaza las de la contestación, mal puede ser tachada de incongruente.

Apreciación conjunta de la prueba y presunciones. Distinción.—No es procedente alegar la violación del artículo 1.253 del Código civil cuando el Juzgador no haya utilizado el medio de presunciones, sino que se apoyó en la apreciación conjunta de la prueba expresa, directa y no presuntiva, sin que pueda confundirse, además, con las deducciones complementarias del razonar lógico que puede contener la resolución.

Cuestiones nuevas. Inadmisión de su planteamiento en casación.—La cuestión nueva, que no se suscitó, ni debatió en el período de alegaciones del pleito precedente, tiene vedado su acceso a la casación. (Sentencia de 9 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

52. *Recurso de casación por quebrantamiento de forma. Jurisdicción voluntaria.*—La alegación del recurrente de no haber sido citado, emplazado, ni tan siquiera oído en las actuaciones seguidas a instancia del promotor del expediente de jurisdicción voluntaria del que dimana este recurso, ha de parecer necesariamente con sólo tener en cuenta que el artículo 525 Ley Enjuiciamiento Civil y doctrina legal, que como infringidos se alegan, son de aplicación únicamente a los juicios contradictorios seguidos entre partes, pero no a los actos de jurisdicción voluntaria, regidos en este aspecto por el precepto específico del artículo 1.813 de la misma Ley, en modo alguno vulnerado en el caso presente.

Recurso de casación por quebrantamiento de forma.—Las causas establecidas por el artículo 1.693 Ley Enjuiciamiento Civil, no son susceptibles de interpretación extensiva o analógica, y aun cuando el recurrente arguye que lo solicitado por el recurrido no es materia de la jurisdicción voluntaria sino del juicio declarativo de mayor cuantía, es obvio que esta declaración no cabe interesarla en este tipo del recurso de casación que en modo alguno sirva para anular un procedimiento judicial con base en una pretendida inadecuación del procedimiento seguido. (Sentencia de 12 de julio de 1980; no ha lugar.)