

II. SENTENCIAS

A cargo de. Antonio CABANILLAS SANCHEZ; María DIAZ DE ENTRESOTOS; Gabriel GARCIA CANTERO; Angel LUCINI CASALES; Alberto MANZANARES; María Angeles MANZA NO CEJUDO.

I. DERECHO CIVIL

3. Obligaciones y contratos

1. *Término en las obligaciones.*—El artículo 1.127 del C. c. presume que el término responde a beneficio o interés común de los contratantes; por tanto, si descarta la posibilidad de reclamar el pago en lo que concierne al acreedor, tampoco autoriza al deudor para acudir a la liberación anticipada. Sin embargo, esta regla general puede entenderse modificada atendiendo a la naturaleza del negocio y a las circunstancias concurrentes.

Valor de la confesión.—La confesión carece de rango preeminente como medio probatorio cuando ha sido conjugada por el juzgador con los restantes elementos de convicción obrantes en las actuaciones. En cualquier caso, el superior grado de acreditamiento habrá de ser referido no a una o más posiciones aisladamente contempladas, sino del conjunto armónico de lo declarado. (S. T. S. de 29 de enero de 1982; no ha lugar.)

2. *Novación.*—No existiendo una declaración terminante de las partes, exteriorización o indiscutible deducción de su «animus novandi», o manifiesta incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, no hay novación extintiva propia, sino modificativa o impropia de la obligación anterior, que el código admite, como claramente aparece en la frase inicial del artículo 1.203.

Según tiene declarado esta Sala, en los casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la novación modificativa, y no la extintiva de la obligación.

Plazo en el contrato de préstamo.—Es doctrina jurisprudencial que en el supuesto de indeterminación del plazo en un contrato de préstamo, dicho plazo lo será el transcurrido desde su celebración al de presentación de la demanda, de no justificarse la necesidad por el deudor de uno mayor o por desprenderse de la voluntad del acreedor. (S. T. S. de 29 de enero de 1982; no ha lugar.)

M. D. E.

3. *Compensación. Exigencia de liquidez.*—Como ya es doctrina jurisprudencial, aun sin desconocer que la compensación puede operar como excepción sin necesidad de reconvenir, tampoco puede olvidarse que tal figura viene sometida a presupuestos no sólo subjetivos, manifestados en la reciprocidad de las obligaciones dimanantes de las relaciones principales, sino también objetivos, pues ha de tratarse de débitos homogéneos y líquidos.

exigencia ésta de la liquidez que se traduce en la necesidad de que la prestación se halle *determinada y cuantitativamente* precisada para que pueda tener lugar el pago abreviado, a lo que no será óbice la circunstancia de que el montante pueda obtenerse sin más que una sencilla operación aritmética.

Valor de la confesión en juicio.—Una doctrina jurisprudencial harto conocida enseña que la confesión en juicio prestada bajo juramento indecisorio no es de rango superior a los restantes medios demostrativos y su eficacia ha de ser ponderada libremente en conjunción con el resultado que arrojen las demás pruebas, sometidas todas ellas a la libre y racional valoración de los Tribunales.

La misma jurisprudencia proclama como aspecto del principio de la indivisibilidad de la confesión declarada en el artículo 1.233 del C. c., que su fuerza probatoria hay que referirla al conjunto armónico de lo confesado y no a la estimación fragmentaria de las posiciones, sin que venga permitido el análisis aislado de las propuestas dadas sobre un mismo hecho, desfigurando fácilmente la verdad de lo declarado.

Carga de la prueba.—Es constante la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la infracción del artículo 1.214 del C. c. ha de ser combatida por el cauce del núm. 1 del artículo 1.692 de la L.E.C., y no por el núm. 7 de dicho artículo.

Documento auténtico.—No tiene las notas de documento auténtico la copia de una carta, pues su dicción no demuestra por sí sola autosuficiencia en el tenor literal, sin necesidad de acudir a otros elementos complementarios. (S. T. S. de 11 de junio de 1981; no ha lugar.)

4. *Presunciones. Revisión en casación.*—El resultado de la prueba de presunciones deberá ser impugnado en unión con el de las demás pruebas practicadas, por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Exigibilidad de los créditos a efectos de compensación.—Para que funcione la compensación como modo de extinción de las obligaciones es preciso que las deudas que se pretenden compensar sean exigibles y vencidas. En el supuesto de créditos representados mediante letras de cambio, éstos no serán exigibles, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.170 del Código civil, hasta su vencimiento, y no bastará con la simple emisión o entrega de las mismas. (Sentencia de 29 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad demandada, dedicada al negocio de edición de libros, mantenía relaciones comerciales con diversos encuadernadores, a quienes satisfacía sus honorarios mediante letras de cambio. Uno de estos encuadernadores, encontrándose falto de liquidez, concertó una operación con el actual demandante, en virtud de la cual, este último descontaba las cambiales entregadas por la sociedad editora, convirtiéndose en tenedor de las letras. Se producía así una cesión de crédito. Presentadas por el cesionario al cobro las letras, resultaron impagadas por la sociedad demandada.

Interpuesta la correspondiente demanda en reclamación de cantidad, se ejercita reconvencción alegándose el desconocimiento de la mencionada cesión

de crédito y la compensación en su caso de la cantidad adeudada con un crédito, que ostentaba contra el cedente.

El Tribunal de 1.ª Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. Apelada la sentencia ante la Audiencia Territorial resulta confirmada.

M. A. M.

5. *Defecto en la interposición del recurso de casación.*—El motivo ha de ser desestimado, ya que no indica el concepto en que haya podido producirse la referida infracción, lo cual, en recurso de la técnica y ritualismo del de casación, provoca su inadmisión por cuanto se encuentra comprendido en el supuesto del número 4.º del artículo 1.729 en relación con el 1.720, párrafo 1.º de la Ley de ritos civiles.

Responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones. Renuncia a la acción por dolo.—Que la redacción dada por el legislador de 1889 al artículo 1.107 del Código civil ofrece una doble dimensión en orden a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones; en primer lugar la del deudor de buena fe, aspecto cualitativo caracterizado porque en él la determinación del «quantum» resarcitorio puede venir determinado por la voluntad de las partes o por ser consecuencia necesaria del incumplimiento; y en segundo lugar los supuestos de indemnizaciones derivadas de un específico caso, el dolo, cuya trascendencia en orden al «quantum» del resarcimiento no tiene otros límites para el legislador que la realidad y el valor del daño, del perjuicio o de ambos si se produjeran, no pudiendo en consecuencia venir mediatizada la determinación de su entidad pecuniaria por acuerdo ni pacto alguno, dada la terminante prohibición que a la renuncia de la acción por dolo se establece en el inciso 2.º del artículo 1.102 del Código civil. (Sentencia de 16 de julio de 1982; ha lugar.)

HECHOS.—Se procedió a la venta de una vivienda en construcción estableciéndose en el contrato una previsión de los daños que pudieran derivarse por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. En vista de que el vendedor se negó a otorgar la escritura de compraventa de la vivienda, que además había enajenado a un tercero, el comprador lo demandó solicitando indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato y por haberse desprendido de la cosa vendida.

El Juez de Primera Instancia acogió la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo, salvo en lo referente a la indemnización de daños y perjuicios, que no podía exceder de la cantidad que habían previsto las partes al celebrar la compraventa. Prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador.

NOTA.—Esta sentencia tiene interés para comprender el sentido del artículo 1.107 del Código civil. Cuando existe dolo, el «quantum» del resarcimiento no tiene otros límites que la realidad y el valor del daño, no pudiendo venir mediatizada la determinación de su entidad por acuerdo ni pacto alguno. Nuestro Tribunal Supremo funda esta solución en el artículo 1.102 del Código civil, que prohíbe la renuncia a la acción de dolo.

Del artículo 1.107 se deduce que el dolo es un criterio de la medida del incumplimiento: el resarcimiento se extiende y se hace integral (cfr. Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1972, p. 708).

La solución del Tribunal Supremo es indudablemente acertada, pues, como ha precisado MORALES MORENO (*El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa*, en este ANUARIO, 1982, III, p. 598), la responsabilidad derivada del dolo tiene un tratamiento peculiar. De antiguo se dice que el dolo se presta siempre (cfr. P. 5,11,29; GARCÍA GÓMEZ YENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, vol. 3.º, Madrid, 1852, p. 49), lo cual significa que la autonomía de la voluntad no puede alterar el régimen de responsabilidad por dolo, si bien aquí ha de tenerse sumo cuidado en distinguir los pactos de exoneración de la responsabilidad por dolo, de los pactos de configuración de la obligación (en materia contractual). En el Código civil, el principio parece recogido en el artículo 1.102 y se puede conectar con los límites generales de la autonomía privada (artículo 1.255), por cuanto las cláusulas de exoneración de la responsabilidad por dolo... supondrían permitir la libre comisión de un acto ilícito (DÍEZ-PICAZO, *Op. cit.*, p. 717), lo cual, obviamente, es algo que atenta contra los principios éticos que inspiran el ordenamiento. A esa razón fundamental, hay que añadir otra de carácter técnico que opera principalmente en las obligaciones contractuales. Si, como sostiene una buena parte de la doctrina, para que haya dolo en el incumplimiento de las obligaciones basta un incumplimiento voluntario no justificado y no es preciso un ánimo de dañar, permitir el dolo es dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo cual está prohibido en el Código civil (art. 1.256). El dolo contribuye así a configurar unos deberes mínimos de conducta exigible a las personas.

A. C. S.

6. *Indemnización de daños y perjuicios*.—Hay una probabilidad objetiva según el decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso para la estimación de un lucro cesante, aun apreciado con el prudente criterio restrictivo con que lo ha hecho ya esta Sala, si bien su cuantía haya de determinarse en ejecución de sentencia, tal como en forma congruente con el pedimento segundo del escrito de reconvencción lo acordó la sentencia impugnada; de conformidad, por otro lado, con lo dispuesto en el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite en supuestos como el ahora contemplados que la cuantía de los daños se concrete en ejecución de sentencia determinando las bases para ello en la misma fase ejecutiva, y teniendo en cuenta por último que, como esta Sala ha declarado muy reiteradamente, las cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicios lo son de hecho y, por consiguiente, la apreciación de las mismas corresponde al Tribunal sentenciador, a no impugnarse en casación por error en la apreciación de la prueba, fundado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con los requisitos en el mismo precepto exigidos, incumbiendo también al mismo Tribunal determinar la cuantía de la sentencia o fijar en ella las bases para la liquidación.

Interpretación de los negocios jurídicos.—Incumbe a la Sala «a quo», como función privativa suya, la interpretación de los negocios jurídicos, cuyo criterio debe mantenerse en casación salvo exégesis desorbitadas o arbitrarias que pugnen con la lógica y el sentido de los textos, como ya declaró este Tribunal.

Aplicación del artículo 1.107 del Código civil. Carácter previsible de los daños y perjuicios.—Sin discutir el carácter de buena fe de todo deudor, salvo prueba en contrario, es indudable que en el caso debatido concurre el presupuesto que la norma invocada exige para la responsabilidad del deudor de

buena fe; es decir, que se trate de daños y perjuicios previstos o podidos prever al tiempo de constituirse la obligación, como son evidentemente los desperfectos o vicios observados en la construcción que se describen en la sentencia recurrida, todos perfectamente previsibles en la hipótesis probada en la instancia de construcción defectuosa, y que, además, son consecuencia necesaria del incumplimiento por parte de la entidad contratista de sus obligaciones para una perfecta y total terminación del conjunto, tal como se obligó expresamente en el contrato aportado a los autos. (Sentencia de 20 de octubre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la edificación de un conjunto de chalets. Para que el contratista respondiera de sus obligaciones se estipuló que el comitente efectuaría una retención del 5 por 100 sobre los pagos acordados, que le sería devuelta en metálico dentro de los treinta días a partir de la fecha de la recepción provisional. El comitente se negó a entregar al contratista la suma retenida, por lo que éste le demandó solicitando la devolución de la cantidad retenida. A ello se opuso el comitente, que formuló reconvencción destacando la mala calidad de la construcción y solicitando indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvencción. La Audiencia Territorial revocó este fallo y condenó al comitente a pagar al contratista una determinada cantidad de dinero y a éste a pagar al comitente la cantidad equivalente al costo de las reparaciones originadas por los vicios de construcción y una indemnización. No prospera el recurso de casación interpuesto por el contratista.

NOTA.—Sobre el significado del artículo 1.107 del Código civil, que es tenido en cuenta en esta sentencia, puede consultarse también la anotación a la Sentencia de 16 de junio de 1982, que aparece en este fascículo del ANUARIO.

A. C. S.

7. *Voluntad deliberadamente rebelde al pago.*—El tratar de eludir el pago mediante una actuación dolosa merecedora de sanción penal es, sin duda, demostrativo de una voluntad deliberadamente rebelde.

Modificación de la pena convencional.—Al expresar el legislador que «el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor» no está imponiendo un deber de imperativa observancia con independencia de las alegaciones de los litigantes, ya que afirmar que la modificación se hará de manera equitativa implica algo consustancial con la valoración y apreciación discrecionales, que es ajeno a la idea de un mandato imperativo e implica la necesidad de que sea solicitado por aquél a quien interese, a lo que es de añadir que al predicarse la modificación de la pena en relación con la concurrencia de circunstancias de equidad deviene inoperante la aplicación de la norma en el sentido de minoración de la pena. (S. T. S. de 30 de junio de 1981; no ha lugar.)

8. *Recurso de apelación.*—La apelación, ya se configure como un nuevo juicio, ya se conciba como una revisión del proceso anterior orientada a depurar los resultados del mismo, es en todos los casos un recurso ordinario que no limita los poderes del órgano jurisdiccional que de él conoce, en relación con los del Juez de Primera Instancia.

Modificación judicial de la cláusula penal.—El artículo 1.154 del C. c. contiene una potestad de los tribunales en los casos en que la obligación de pagar el precio aplazado ha sido parcialmente cumplida, en la que va implícito un juicio de equidad irrevisable en casación. (S. T. S. de 4 de julio de 1981; no ha lugar.)

HECHOS.—La cooperativa de viviendas T. demanda a don M. H. M., suplicando que se declare resuelto el contrato de compraventa de varios locales comerciales por haber faltado a la obligación de pago en la forma pactada.

El demandado contesta que dicha compañía ha incumplido la obligación de impermeabilizar la cubierta de uno de los locales.

El juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia confirmó en parte la del Juzgado y la revocó en otro sentido.

9. *Facultad moderadora del juez.*—Ya es doctrina jurisprudencial que la modificación de la pena por arbitrio judicial a que se refiere el artículo 1.154 del C. c. entraña el ejercicio de una facultad moderadora entregada a la soberanía del Tribunal de Instancia que, por referirse a un juicio de equidad, no es revisable en casación. (S. T. S. de 11 de mayo de 1982; no ha lugar.)

10. *Hechos probados.*—Este motivo debe ser desechado con sólo comprobarse con el examen de su desarrollo que se funda en hechos directamente opuestos a los que el juzgador de instancia tuvo por probados, y que se halla por lo mismo incurso en la causa de inadmisión 9.ª del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al referirse a la apreciación de las pruebas y no haberse amparado en el número 7.º del ya citado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Interpretación del contrato.—Está atribuida a los Tribunales de instancia y la Sala de Casación sólo puede conocer en esta materia por vía de excepción cuando la interpretación que se denuncia por el recurso sea absurda e ilógica.

Fianza.—El instituto de la caducidad no tiene nada que ver con la fianza por la que, según el artículo 1.822 del Código civil, se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste, y que entre los efectos, que le son propios está el de que el acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, según el artículo 1.834, aunque quede a salvo siempre el beneficio de exclusión cuando se dé sentencia contra los dos, sin que el plazo prefijado para la cobertura de la fianza señale la extinción del derecho del acreedor a hacerla efectiva, máxime si, aunque extrajudicialmente, ha reclamado, cual la Cooperativa recurrida, que, por acta notarial, se acogió a ella, preparando la ulterior formalización de la demanda origen del juicio. (Sentencia de 24 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Un banco avaló a un contratista con una determinada cantidad para responder ante una Cooperativa de las responsabilidades que pu-

dieran derivarse de la construcción por parte del contratista avalado de cuarenta y ocho viviendas. Como consecuencia del incumplimiento del contrato de construcción de las viviendas por parte del contratista, la Cooperativa demandó a éste como deudor principal y al banco como avalista.

El juez de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda. Su fallo es confirmado por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación interpuesto por el banco avalista.

11. *Confesión judicial. Indivisibilidad.*—Como tiene declarado unánime y constante doctrina jurisprudencial, la confesión judicial como medio de prueba es un conjunto armónico e indivisible y si ha de hacer prueba plena contra su autor no es lícito aceptarla solamente en lo que al confesante perjudique y rechazarla en lo que le favorezca. La indivisibilidad de aquella es carácter esencial de la misma que en modo alguno cabe olvidar, sin otras excepciones que las de que se refiera a diversos hechos perfectamente diferenciados, que parte de la confesión esté probada por otros medios o cuando algún extremo de la misma sea contrario a la naturaleza o a las leyes, debiendo ser la confesión explícita y absoluta y atenerse, en su apreciación, a las contestaciones que se den.

Valor de la confesión.—Es constante la doctrina jurisprudencial que estima que la prueba de confesión no es de rango superior a los demás medios probatorios, por lo que su apreciación ha de ser hecha poniéndola en juego, en función y concordancia con los otros elementos de prueba, para que el juzgador pueda formar su convicción, y no con absoluta y total independencia.

Entrega de letras de cambio.—La entrega de letras de cambio, pagarés u otros documentos mercantiles constituye una forma o modalidad de pago que no tiene valor alguno cuando no han sido satisfechos a su debido tiempo. El artículo 1.160 del C. c. no atribuye plena eficacia liberatoria a la mera entrega de tales efectos, en tanto no se acredite su total realización. (S. T. S. de 9 de marzo de 1982; no ha lugar.)

12. *Resolución por incumplimiento. Suspensión de la licencia de edificación.*—La impugnación no puede prosperar por las siguientes razones: a) Respecto a la determinación de quién sea el incumplidor del contrato, habrá de estarse en casación a lo resuelto por el Tribunal de Instancia, cuyas apreciaciones sólo pueden ser combatidas por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. b) Con independencia de sus orígenes y de las pautas seguidas en el Derecho comparado, la doctrina jurisprudencial enseña que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, determinando en definitiva si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada. c) Prescindiendo del incumplimiento resolutorio debido a una conducta informada por voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo convenido, la relación podrá ser resuelta cuando

el examen de los hechos patentice la producción de un suceso obstativo, que impida el cumplimiento de manera absoluta, lo que acontecerá en la hipótesis de que al incumplimiento culposo del deudor se añada la imposibilidad de la prestación o de alcanzar el fin práctico del contrato; y es manifiesto que el incumplimiento no atañe a una actuación accesoria o complementaria, sino por el contrario grave y sustancial, pues sin mediar la autorización administrativa no podía ser realizada la obra ni por consiguiente alcanzado el fin perseguido por los contratantes, que es presupuesto de importancia a la economía de los interesados, respecto del cual se produjo relevante incumplimiento que no se desvanece por la mera posibilidad de que en virtud de los recursos entablados ante la Administración por el comitente fuese al fin otorgada la licencia de edificación, ya que no es racionalmente exigible de la sociedad contratista que tenga inmovilizados los elementos de su empresa a la espera de la decisión de la Entidad local de fecha y contenido inciertos, incluso con la posibilidad de que fuese seguido un recurso contencioso-administrativo.

El principio de la conservación del negocio y la resolución por incumplimiento.—Dicho principio, que rebasa el ámbito de la teoría contractual para extenderse a la de todo el negocio jurídico, de tanta importancia en materia de interpretación de las declaraciones de voluntad y del que es un aspecto la regla *utile per inutile non vitiatur*, si bien resulta aplicable en nuestro ordenamiento como encuadrable en el más amplio de la buena fe objetiva (*favor negotii*) y ha sido aludido por la jurisprudencia, obviamente no impide ni excluye el juego propio de las pretensiones resolutorias cuando se ha frustrado el fin del contrato y media incumplimiento esencial y culposo imputable a una de las partes.

Documento auténtico.—Hay una reiterada doctrina jurisprudencial respecto a que carecen de la nota de autenticidad en el recurso de casación los mismos documentos ya valorados en la instancia y que tampoco tienen carácter de documento auténtico las manifestaciones de las partes en los escritos de alegaciones.

Confesión judicial.—La eficacia que el artículo 1.232 otorga a la confesión judicial no se extiende a las manifestaciones que los contendientes vieran en sus respectivos escritos en la fase expositiva, aparte de que aun tratándose de dicha prueba, tampoco tendría una fuerza vinculante superior a los demás medios admitidos por el artículo 1.215.

Operación deductiva del Tribunal de Instancia.—Se olvida la insistente doctrina legal de que la censura del resultado de la operación deductiva, por contravenir las reglas lógicas, ha de ser efectuada necesariamente por el cauce del número 1.º del artículo 1.692, pues el ordinal 7.º sólo es utilizable cuando se impugna la fijación del acaecimiento básico del que se partió, por no estar suficientemente demostrado. (Sentencia de 5 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la construcción de una planta de productos lácteos, acordándose en el mismo que eran de cuenta

del comitente las licencias y autorizaciones administrativas de todo orden necesarias para la iniciación y ejecución de las obras. La alcaldía de la localidad ordenó la suspensión de las obras, lo que fue cumplido por el contratista. En vista de ello el contratista se negó a continuar la obra y dio por resuelto el contrato por imposibilidad de cumplimiento. Posteriormente la alcaldía, atendiendo al favorable informe de la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda, dispuso que quedaba sin efecto la orden de suspensión de los trabajos de construcción. El comitente demandó al contratista solicitando el resarcimiento por incumplimiento contractual, y a su vez el contratista solicitó en reconvencción el pago de la parte de la obra ejecutada y no satisfecha y la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios.

La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del juez de Primera Instancia, decidió que la suspensión de las obras era sólo imputable al comitente y consideró procedente la resolución del contrato. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comitente.

NOTA.—En esta sentencia se precisa con claridad la posición de nuestra jurisprudencia en torno al significado del artículo 1.124 del Código civil. Llama especialmente la atención que se afirme en la sentencia que la relación podrá ser resuelta cuando el examen de los hechos patentice la producción de un suceso obstativo (en el caso de la sentencia la suspensión de la licencia de construcción) que impida el cumplimiento de manera absoluta, lo que acontecerá en la hipótesis de que al incumplimiento culposo del deudor se añada la imposibilidad de la prestación o de alcanzar el fin práctico del contrato. Hay que destacar que la resolución no se justifica tan sólo en la existencia de un suceso obstativo que imposibilite la prestación, pues se hace referencia también al incumplimiento culposo del deudor. No se dice que el puro hecho obstativo, de marcado carácter objetivo, sea el que justifica la resolución del contrato mediante la aplicación del artículo 1.124 del Código civil. En este sentido la sentencia que anotamos no sería contraria a las numerosas sentencias del Tribunal Supremo que precisan que el derecho de resolución presupone verdadero y propio incumplimiento y que éste proceda de causa imputable al deudor.

En nuestra doctrina el profesor Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1972, pp. 850 ss.) ha sostenido con sólidos argumentos que procede la resolución de las obligaciones sinalagmáticas no sólo cuando existe una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, sino también cuando existe una imposibilidad sobrevenida fortuita del cumplimiento de la prestación debida, sin hacer ninguna referencia a un incumplimiento culposo del deudor, tal como hace nuestro Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos. En apoyo de esta tesis Díez-PICAZO trae a colación algunas sentencias del Tribunal Supremo que siguen este criterio. Es particularmente importante la Sentencia de 25 de noviembre de 1946 (anotada por este autor en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, pp. 536-538), en la que se precisa que aun siendo el incumplimiento por caso fortuito (la guerra civil), produce en todo caso, respecto a las obligaciones recíprocas, el efecto determinado en el artículo 1.124 del Código civil, atribuyendo la facultad de resolverlas como en el caso de autos habían hecho justamente los arrendadores.

Ciertamente, si nos fijamos en el supuesto de la Sentencia de 25 de noviembre de 1946 y en el de la sentencia que anotamos veremos que la justificación de la resolución es semejante en ambas. En la primera se considera posible la resolución aun cuando el impedimento de la prestación (la guerra civil) sea sólo temporal o pasajero —de hecho la guerra civil retrasaba sólo en unos pocos años la ejecución de lo estipulado—, con tal que no sea de antemano conocida la duración de dicho impedimento de prestación y que no resulte razonable someter a la otra parte contratante a la incierta espera de que el impedimento desaparezca (cfr. Díez-

PICAZO, *op. cit.*, p. 538); en la segunda se precisa que al no mediar la autorización administrativa (el hecho obstativo del cumplimiento) no podía ser realizada la obra ni alcanzado el fin perseguido por los contratantes, respecto del cual se produjo relevante incumplimiento que no se desvanece por la mera posibilidad de que en virtud de los recursos entablados ante la Administración por el comitente fuese al fin otorgada la licencia de edificación, ya que no es racionalmente exigible del contratista que tenga inmovilizados los elementos de su empresa a la espera de la decisión de la Entidad local de fecha y contenido inciertos, incluso con la posibilidad de que fuese seguido un recurso contencioso-administrativo.

Puede consultarse también nuestra anotación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981, que anotamos en este ANUARIO (1982, fascículo 2.º, pp. 541, 543), donde aludimos a la cuestión planteada en la sentencia que anotamos ahora. A. C. S.

13. *Incongruencia*.—No existe incongruencia cuando la resolución judicial desestima completamente la reconvencción en que las pretensiones se contienen y estima en cambio la demanda en lo fundamental, aunque discrepe en el «quantum» o cantidad a que, en definitiva, se reduce la condena indemnizatoria.

Interpretación de los contratos.—Si bien es cierto que el párrafo primero del artículo 1.281 del C. c. ordena estar a los términos literales del contrato, lo es sólo si son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, ya que, como añade el párrafo segundo de dicho precepto, en el caso de que las palabras parecieran contrarias a dicha intención, prevalecerá ésta sobre aquéllas, entrando en juego las demás normas de hermenéutica. (S. T. S. de 22 de diciembre de 1981; ha lugar.)

14. *Venta simulada. Falta de causa*.—La apreciación de la inexistencia de los elementos de hecho sobre los que ha de asentarse la declaración relativa a la falta de causa en el contrato, determinante de la simulación del mismo, es de la competencia del Tribunal «a quo».

Venta simulada. Presunción de falta de precio. Defecto del recurso.—No puede prosperar el motivo que denuncia el error de derecho, al amparo del núm. 7 del artículo 1.692 de la L. E. C., por supuesta violación del artículo 1.253 del C. c., precepto éste que, aunque ciertamente no fue expresamente invocado por la sentencia combatida, dio pie a la de Primera Instancia para formular un juicio presuntivo del carácter simulado de la venta porque no puede ponerse en cuestión el enlace lógico entre los hechos afirmados como premisa de aquella presunción y la conclusión de inexistencia del contrato, que la Sala deduce ha de ser hecha, según una constante doctrina jurisprudencial acudiendo al cauce del núm. 1 del artículo 1.692 de la L. E. C. y no, como se hace en el motivo, por tal razón claudicante, por el del núm. 7 del propio artículo, apto únicamente para impugnar la fijación de aquella premisa o hecho básico.

Patrimonio social y acciones de la S. A. Defectos del recurso.—Es impropio la denuncia simultánea de la violación de los artículos 33, 76, 79 y 80 de la Ley de 17 de julio de 1951, reguladora de las Sociedades Anónimas, lo que significa la indebida acumulación de distintos preceptos sustantivos

supuestamente infringidos, esto es, la cita global de varios fundamentos del recurso en un solo motivo, contrariando la exigencia de claridad y precisión del artículo 1.720 de la L. E. C., amén de que el punto central sobre el que el motivo gravita, consistente en la distinción entre el patrimonio de la anónima «Las Flores Canarias» y las acciones de la misma, distinción que se hace a efectos de sentar que la venta de éstas no afecta a aquél, olvida que las acciones representan, en todo caso, conforme a los artículos 1.º y 33 de la L. S. A., parte alicuotas del capital social conectado a aquéllas en forma que sus vicisitudes inciden necesaria y decisivamente en las mismas. (Sentencia de 30 de octubre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Para la mejor comprensión de la doctrina de esta sentencia en la que, por cierto, se da valor intercambiable a los conceptos «falta de causa» e inexistencia de precio» se transcribe, seguidamente, un resumen del primer considerando, donde se sintetizan los hechos: «Dictada Sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia por la que, acogiendo sustancialmente la del Juzgado de Primera Instancia se declaró inexistente y radicalmente nula cierta escritura pública de compraventa otorgada entre doña L. K., vendedora, en representación de la sociedad «Las Flores Canarias, S. A.», y doña I. F., con las consecuencias documentales y registrales inherentes a aquella radical nulidad, declarada por apreciar, el Juzgado primero y la Sala después, conforme al artículo 1.275 del C. c., en el aparente contrato una manifiesta ausencia de causa como consecuencia de faltar toda real contraprestación por parte de la compradora que actuó, según el Tribunal, de acuerdo con la vendedora, madre de su esposo, movidas por la exclusiva finalidad de alcanzar el fin, extraño al negocio documentado, de defraudar a la entidad demandante que, con mucha antelación tenía embargadas y posteriormente adjudicadas en subasta judicial, 399 acciones de las 400 que representaban el capital de la compañía en cuya representación enajenó la señora K.; el ataque a la resolución impugnada se desencadena a lo largo de cuatro motivos de casación, de los cuales los numerados 2.º y 3.º acusan, respectivamente, error de hecho y de derecho en la resolución combatida.
A. L. C.

15. *Donación remuneratoria.*—Su validez es admitida por reiterada jurisprudencia, acreditándose la concurrencia de los requisitos de los artículos 633 en cuanto a la forma y 1.271 del Código civil.

Eficacia de la donación remuneratoria.—En los casos de donación remuneratoria encubierta bajo la forma de contrato de compraventa documentado en escritura pública, no deberá ser obstáculo para su eficacia, ni la invalidez del negocio simulado, ni la ausencia de la literal expresión de voluntad de abonar y aceptar la donación. Siempre que en esta donación disimulada concurren los requisitos generales de todo contrato y los que corresponden a su naturaleza especial, esto es, la individualización de los bienes donados y la aceptación del acto de liberalidad llevada a cabo por medio de éste.

El vínculo familiar como fuente de donaciones remuneratorias.—Se atribuye carácter remuneratorio al beneficio recibido de un cercano familiar por singulares muestras de cariño prodigadas al mismo, en forma de concretos servicios prestados por otro, durante un largo período de convivencia entre ambos. Ello no significa que todo comportamiento servicial y atento con un miembro de la familia pida como contrapartida una adecuada

retribución económica, sino sólo la afirmación de que si ésta se produce, el vínculo familiar preexistente no puede excluir que junto con el afecto familiar siempre presente, entre en juego la consideración del servicio recibido para mover la voluntad gratificante. (Sentencia de 31 de mayo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, abuela de las demandadas, después de un período de convivencia con las mismas, otorga en favor de éstas escritura pública de compraventa de una finca de su propiedad. Posteriormente y ante el cambio de actitud de las demandadas respecto al trato prestado a la demandante, ésta ejercita demanda solicitando la nulidad de la compraventa por simulación, o en su defecto, la rescisión de la misma, por lesión «ultradimiduum» o por «engany a mitges» en el Derecho civil catalán.

El Tribunal de Primera Instancia estima la demanda, declara la nulidad de la compraventa y de la donación encubierta. Apelada la sentencia ante la Audiencia, ésta la revoca.

16. *Facultades de los tribunales en materia de interpretación.*—En cuestiones de interpretación deberá predominar la realizada por el Juzgado de Instancia, siempre que no sea desorbitada o arbitraria ni pugne con la lógica y el sentido de los textos sometidos al raciocinio de éste.

Revisión en casación de la existencia de consentimiento contractual.—Se considerará como cuestión de hecho la existencia del consentimiento mediante la concurrencia de la oferta y la aceptación. Su revisión en casación se realizará por la vía del núm. 7 del artículo 1.692 Ley Enjuiciamiento Civil.

La apreciación de la existencia de consentimiento contractual en un contrato de suministro.—Hay consentimiento a través de conducta concluyente cuando se aceptan envíos parciales y se hacen pagos parciales.

La buena fe y la libertad de contratación como límites a la impugnación de las condiciones contractuales.—La posible negligencia de los contratantes al dar su conformidad a condiciones contractuales impugnadas después de haber empezado a cumplirlas no puede perjudicar los legítimos intereses de la contraparte sin quebrantar a su vez el principio de la confianza en el tráfico negocial, basado en la buena fe y la libertad de contratación reconocidas en los artículos 1.258 y 1.255 del Código civil, respectivamente.

No reconocimiento en el Código civil de la llamada «venta con precio del vendedor».—La «venta con precio del vendedor», modalidad contractual reconocida en otros códigos como el italiano (art. 1.474.I) o el portugués (883), requiere para su validez una norma legal que ordene su aplicación, disposición inexistente en nuestro Código, o en todo caso, un acuerdo contractual que tuviera por finalidad señalar el precio conforme al criterio del vendedor, lo cual resulta contrario a los principios inspiradores de nuestro Derecho al dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes. (Sentencia de 13 de abril de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes mantenían relaciones comerciales, fruto de las cuales la demandada suministraba a la actora toneles para guardar vinos, en

los precios y condiciones que se iban fijando sucesivamente en los pedidos. Constituye objeto del pleito el incumplimiento por parte de los demandados en la entrega de un pedido en el que en la solicitud de los actores no se había fijado un precio cierto, sino mediante la introducción de la cláusula «...teniendo en cuenta la evolución del mercado de la madera...».

El Tribunal de Primera Instancia estima en parte la demanda. La Audiencia confirma la sentencia del Tribunal de Instancia. M. A. M.

17. *Venta de un piso. Defectos de construcción. Aplicación del artículo 1.124 del Código civil.*—De los antecedentes fácticos aflora la evidencia de que la sentencia recurrida hizo recta aplicación del artículo 1.124 del Código civil, que se supone vulnerado, y de la doctrina legal interpretativa de las condiciones que deben concurrir al efecto.

Acción resolutoria. Inaplicación de los artículos 1.484, 1.485, 1.486 y 1.490 del Código civil.—Estos artículos resultan inoperantes, pues dándose lugar a la demanda por aplicación de la acción resolutoria regulada por el artículo 1.124 del Código civil, la sentencia recurrida se ha de mantener, ya que la misma no hizo ni tenía que hacer aplicación alguna de los tres preceptos supuestamente vulnerados, estando viva la acción resolutoria dimanante de la única en realidad aplicada.

Indemnización de daños y perjuicios. Determinación de su cuantía.—Son cuestiones de la exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador y el ejercicio de su prudente arbitrio no puede impugnarse en casación, a no ser que, por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acuse error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas.

Documento auténtico.—La recurrente olvida que la resolución impugnada ha analizado el alcance que puede concederse a la cédula de calificación definitiva, lo que priva a este documento de la cualidad de auténtico a efectos de casación.

Valoración conjunta de las pruebas.—No es lícito en casación, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, separar alguna de las probanzas o elementos de ella para, con apoyo en las mismas, acusar al juzgador de haber incidido en equívocación.

Afirmación fáctica.—Es obvio que al no haber quedado desvirtuada la afirmación fáctica por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, queda inalterable en casación. (Sentencia de 29 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de un piso radicado en un inmueble en construcción. Una vez terminada la construcción y entregado el piso en cuestión, se apreciaron en él defectos de construcción. El comprador ejerció la acción resolutoria por incumplimiento y solicitó la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Las sentencias del juez de Primera Instancia y de la Audiencia Territorial consideraron procedente la resolución de la compraventa en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Parece plenamente acertada la sentencia que anotamos, puesto que como hemos defendido en este ANUARIO (*La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, 1982, III,

pp. 878-926), teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 28 de noviembre de 1970, 30 de noviembre de 1972, 3 de febrero de 1975, 28 de enero de 1980 y 8 de febrero de 1982, que contemplan el supuesto de venta de pisos y locales defectuosamente construidos) y la tesis de MORALES MORENO (*El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1980, III, pp. 585 ss.), es admisible la compatibilidad entre las acciones edilicias y las generales de incumplimiento. Esto es particularmente claro cuando el vendedor se ha encargado previamente de la fabricación de las cosas vendidas y éstas son defectuosas, pues en estos casos puede evidenciarse una cierta impericia en la fabricación que sirva de fundamento a la aplicación de los artículos 1.101 y siguientes del Código civil (*Op. cit.*, p. 920). Recientemente MORALES MORENO (*El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa*, en este ANUARIO, 1982, III, pp. 591 ss.) se ha ocupado de precisar el significado de la responsabilidad del fabricante-vendedor, con especial referencia al promotor, partiendo de los antecedentes históricos. No puede olvidarse —dice MORALES MORENO— que la cosa ha sido hecha para su posterior venta, y que esa venta cubre una función transmisiva equivalente a la que se daría en ese caso de haber mediado un contrato de obra. De ahí se desprende que las anomalías de la cosa (en función de lo explícita o implícitamente pactado), son imputables al fabricante-vendedor; como si se tratase de un contrato de obra en el que el constructor hubiera incumplido en cuanto al resultado final, su obligación. Entre las consecuencias que derivan de este planteamiento se encuentra la posibilidad de aplicar de modo traslaticio la responsabilidad que las reglas generales del Derecho de obligaciones prevén en los casos de incumplimiento. Además, MORALES MORENO entiende que también caben otros remedios, como la aplicación en las ventas de edificaciones de la regla especial de responsabilidad del constructor, prevista en el artículo 1.591, y, por fin, la aplicación de las acciones edilicias (*Op. cit. ant.*, pp. 671-672).

A. C. S.

18. *Resolución de compraventa de bienes inmuebles.*—Si bien es cierto que el artículo 1.124 del C. c. tiene un carácter genérico que complementa el específico del 1.504 del C. c., no es menos cierto que este último es privativo de la venta de bienes inmuebles.

Cumplimiento de la obligación de pago en la compraventa.—No es que inexorablemente se resuelva la compraventa al expirar el término pactado sin que el comprador haya pagado, sino que dicho comprador puede hacerlo después, pero siempre que lo haga antes de ser requerido judicial o notarialmente para ello.

Voluntad deliberadamente rebelde.—También en el artículo 1.504 es de aplicar la necesidad de que medie una «voluntad deliberadamente rebelde» al cumplimiento.

Plazo para el cumplimiento.—Tratándose de bienes inmuebles, el artículo 1.504 prohíbe la concesión de un nuevo plazo para cumplir, una vez hecho el requerimiento. (S. T. S. de 30 de octubre de 1981; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. B. C. demanda a don J. M. L. G. y a su esposa sobre resolución de contrato de compraventa de una finca rústica, alegando que los demandados no dieron cumplimiento a su obligación de pago del precio, por lo que suplicaba la resolución del contrato.

A dicha demanda se oponen los demandados contestando que si no habían dado exacto cumplimiento a la forma de pago pactado había sido por el deplorable estado en que se hallaba la finca. El juez de Primera Instancia estima la demanda de resolución. La Audiencia desestima el recurso.

19. *Compraventa de piso a construir. Resolución por incumplimiento. Interpretación. Buena fe.*—Es de recto sentido entender que el «dies a quo» en el término para efectuar los sucesivos desembolsos a cargo de los adquirentes, precisaba una notificación de los promotores recurrentes respecto a la obra realizada, cuando menos por carta, porque entendiéndolo de otra suerte se impondría a los compradores su presencia casi permanente en el lugar de la ejecución de la misma para observar el grado de avance de los trabajos, de lo que se sigue que tal ponderación y resultado obtenido por los organismos jurisdiccionales de instancia, lejos de contravenir el artículo 1.285 del C. c., se atuvo cabalmente a la estimación del contrato como un conjunto enlazado con criterio sistemático y no como una suma de cláusulas, realizando su análisis a la luz del complementario principio de buena fe, esencial en el campo de la contratación.

Resolución de la venta de inmueble por incumplimiento. Requisitos.—La condición resolutoria expresa contemplada en el artículo 1.504 del C. c. modalidad singular de la doctrina general de que la facultad de resolver las obligaciones va implícita en las recíprocas con arreglo al artículo 1.124 del propio Código, requiere una voluntad deliberadamente rebelde por parte del comprador, presupuesto material cuya apreciación incumbe a la Sala de Instancia.

Prueba. Acta notarial. Documento auténtico.—No puede prosperar el motivo que con base en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., aduce error de hecho en la apreciación de la prueba, consistente en las manifestaciones vertidas en acta notarial previa al litigio por determinado industrial ebanista, porque echa en olvido la reiterada y sobradamente conocida doctrina jurisprudencial de que carecen del carácter de auténticos, a efectos de la casación, los documentos ya examinados y valorados en la instancia, entre ellos actas notariales, máxime como en este caso en que su contenido se limita a recoger una manifestación testifical prestada sin las mínimas garantías procesales y sin contra interrogatorio de la parte a la que concierne. (Sentencia de 10 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

20. *Compraventa. Resolución por incumplimiento. Requisitos.*—Es harto reiterada la doctrina jurisprudencial vertida en innumerables sentencias de que tanto en el supuesto de aplicación del artículo 1.504 del C. c., en el específico caso que contempla de la resolución de la venta referida a bienes inmuebles, como la genérica resolutoria de las obligaciones recíprocas del artículo 1.124 del propio cuerpo legal, exige al accionante de resolución el cumplimiento de la carga probatoria inequívocamente corroborante de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas, por parte del interpelado comprador, «onus probandi», cuya apreciación exclusivamente corresponde al Tribunal de Instancia, sin que un simple retraso en el abono del precio convenido pueda ser estimado como incumplimiento, ya que éste de suyo requiere una voluntad obstativa al cumplimiento de la obligación voluntariamente asumida en la convenición y que sea exclusivamente imputable al presunto incumplidor, de tal

manera que, cuando el tal incumplimiento no sea atribuible al contratante obligado, sino que obedezca a razones o causas que no le sean imputables, no podrá estimarse acreditado el aducido incumplimiento.

Resolución por incumplimiento. Cantidad a devolver por la vendedora. Enriquecimiento injusto.—Mal podrá resolverse un contrato que no se ajusta a lo realmente convenido entre las partes, cuando es la propia accionante la que en el suplico de su demanda ofrece devolver lo que percibió por tal contrato, cantidad que se reduce a la de cien mil pesetas —cuando lo realmente percibido fueron 4.600.000—, sin que por otra parte sea dable admitir que el único pronunciamiento obligado es el de la resolución con devolución de las cantidades por ella percibidas, remitiéndose a la fase de ejecución de sentencia tal fijación, pues ello hubiera determinado una resolución incongruente con sus propias peticiones, y en definitiva un injusto enriquecimiento.

Resolución por incumplimiento. Incidencia de la suspensión de pagos de la parte compradora.—Si la sociedad demandada estaba en situación de suspensión de pagos, cuando se produjo el vencimiento de la cambial representativa del precio de la venta concertada, su abono no podrá verificarse por ésta, sin abiertamente conculcar la prohibición contenida en la regla 2.^a del artículo 6 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, ni tampoco por los interventores al no gozar el presunto crédito de la actora de privilegio alguno, razones que excluyen la posibilidad de estimar la concurrencia de la existencia de la voluntad reiteradamente rebelde por parte de la compradora al cumplimiento de su obligación de pago por la parte de precio adeudada. (Sentencia de 11 de octubre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—La venta de la finca objeto del litigio se convino por precio real de 9.000.000 de pesetas, de los que la vendedora recibió 4.600.000. No obstante, en la escritura pública sólo se hizo figurar como precio la suma de 4.600.000 y, como recibidas, 100.000 ptas.

21. *Compraventa de inmueble. Resolución.*—Que es sabido, según declaró la Sentencia de 9 de noviembre de 1944, que el precepto general del artículo 1.100, relativo a la mora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y de no ser necesario el requerimiento al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe según el contrato, cede ante el precepto específico del artículo 1.504 cuando sea inmueble el objeto de la venta, según el cual, aún a falta de pacto comisorio expreso, podrá pagar el deudor mientras no sea requerido notarial o judicialmente, lo que no es sino un beneficio para el comprador, quien, a pesar de su incumplimiento o falta de pago en el plazo pactado, tiene una posibilidad de cumplir salvo que medie el aludido requerimiento, concebido por reiterada jurisprudencia —además de la citada por el recurrente— en el sentido de constituir una notificación el deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, más no un requerimiento o intimación para el pago del precio.

Requerimiento resolutorio y conminación al pago.—Es práctica usual en los requerimientos notariales que, al tiempo de manifestar la voluntad resolutoria, se conmine por última vez al comprador para que efectúe el pago y esta complejidad no puede ser, como ahora se pretende en el recurso, causa de una variación en la estimativa jurisprudencial del tema por las siguientes razones: a) porque la circunstancia de que en el caso aquí propuesto el requerimiento resolutorio vaya precedido de una conminación última al pago, no desprovee al acto de su verdadera naturaleza y fin esencial, y en este sentido la Sentencia de 30 de mayo de 1942, al sentar que el requerimiento no fue suficiente para resolver la venta, lo hizo fundada en que el vendedor no expresó su voluntad de resolver, es decir, por no dar ese efecto a la expresión «con el apercibimiento legal correspondiente» si no se pagaba, pero sin pronunciarse ni prejuzgar el supuesto en que tal voluntad resolutoria constase de modo claro y terminante; b) porque ese supuesto sí fue el contemplado en la Sentencia de 26 de junio de 1978, al declarar que tal requerimiento cumple las exigencias del artículo 1.504 del Código civil, pese a que en principio hubiera una intimación al pago, como se ha visto, y luego, subsidiariamente, una clara voluntad de resolución; c) porque no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro Derecho que impida calificar el requerimiento «ex» artículo 1.504 como un acto jurídico integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que se anuda por la ley un efecto resolutorio contractual— condicionada, es decir, en la que la finalidad última, que es el ejercicio de la resolución, se condicione o se subordine al cumplimiento de un acto (el pago por el deudor al comprador); d) porque, en fin, esa posibilidad de condicionar el requerimiento resolutorio tampoco choca contra ningún postulado, bien particular tocante a la licitud de las condiciones, bien general referido al ejercicio normal de los derechos o conforme a las exigencias de la buena fe, que en modo alguno pueden estimarse aquí como conculcados, cuando no se hace con ello sino dar al deudor una última oportunidad para el cumplimiento del contrato, es decir, una posibilidad para evitar la resolución.

Documento auténtico.—Este motivo carece de eficacia por infringir la reiterada doctrina de esta Sala relativa a que el documento auténtico ha de constituir prueba «per se», sin necesidad de interpretación ni deducción alguna de su sentido. (Sentencia de 29 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—El vendedor requirió notarialmente al comprador para que, ante el impago del precio convenido, se dé por notificado de que a tenor del artículo 1.504 del Código civil está resuelto el contrato de compraventa. Recayeron sentencias en ambas instancias con admisión de la demanda y el consiguiente fallo de resolución de la compraventa con sus efectos consiguientes, todo ello fundado en el incumplimiento del comprador y en la validez del requerimiento notarial de resolución. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador.

NOTA.—Esta sentencia es concorde con la de 3 de diciembre de 1982, que también anotamos en este fascículo del ANUARIO, al precisar la naturaleza del requerimiento a que alude el artículo 1.504 del Código civil. De otra parte, son convincentes los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo

para justificar la validez del requerimiento resolutorio precedido de una conminación última de pago, sin que ésta desprovea al requerimiento de su verdadera naturaleza. Nótese que antes de producirse el requerimiento resolutorio es factible cualquier tipo de intimación al comprador para que pague el precio debido; luego, ¿por qué no va a ser posible que, al mismo tiempo que se manifiesta la voluntad resolutoria, se comine por última vez al comprador para que efectúe el pago de lo debido?

A. C. S.

22. *Compraventa de bienes inmuebles. Resolución por falta de pago del precio debido.*—El artículo 1.504 del Código civil prevé que en la venta de bienes inmuebles se produce de pleno derecho la resolución del correspondiente contrato por causa de falta de pago afectante al precio, cuando, con antelación a llevarse éste a cabo, el vendedor, bien judicialmente o ya por acta notarial, hubiese requerido al comprador de resolución.

Ofrecimiento de pago con posterioridad a la notificación de resolución.—Para la producción de los efectos a que alcanza el referido artículo 1.504 del Código civil, en nada obsta el hecho de que el comprador demandado hubiese llevado a cabo ofrecimiento, no aceptado por el mentado vendedor, del pago de aquellas cambiales con posterioridad a esa notificación de resolución, como tampoco el que el mismo comprador hubiese atendido al pago de otras cambiales, afectantes también al referido precio aplazado, porque aquel ofrecimiento de pago realizado después de llevada a cabo notarialmente la notificación de la resolución acordada por la entidad vendedora carece de eficacia impeditiva de aquélla, como se evidencia del contenido del precitado artículo 1.504 del Código civil, cuando expresa y terminantemente previene que «hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término», lo que tanto quiere decir que no puede revitalizar el contrato, resuelto por causa de impago de precio, mediante pagos pretendidos realizar con posterioridad a que la resolución hubiese sido notificada por el vendedor al comprador.

Error de hecho.—Las manifestaciones de hecho son vinculantes en casación por no haber sido impugnadas por el cauce del error de hecho a que se refiere el núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Significado del artículo 1.124 del Código civil.—No es precepto revelador de una norma preestablecida de valoración de la prueba, sino simplemente un precepto sustantivo precisador de posibilidad de sanción resolutoria para el caso de incumplimiento, por lo que en manera alguna puede servir de fundamento en casación por pretendido error de derecho.

Error de derecho.—Este, por su propia esencia, solamente puede ser apreciado cuando se ha infringido un determinado precepto, no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley le concede, por estar sometida la valoración probatoria a una norma preestablecida, según reiterada doctrina jurisprudencial.

Doctrina de los actos propios.—Según tiene declarado esta Sala, para que pueda producirse vinculación por acto propio necesariamente se requiere que emane de un comportamiento claramente revelador de una actividad

intencional contraria a la pretendida, o cuando menos que realmente la contradiga, situación que no se da en el presente caso, puesto que realizada declaración de rescisión contractual, su propio carácter desprovee de eficacia a efectos emanantes de la relación jurídica resuelta que no provengan del personal actual posterior del que se pronunció por la resolución, y ante el que no cabe comprender la actividad de terceros, como ya ha dado a entender esta Sala en Sentencia de 16 de diciembre de 1890, con relación al giro librado y gestionado, así como en la de 12 de noviembre de 1891 al reconocer que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos es inaplicable a quien realiza el de que se trata con protesta y nota de desaprobación. (Sentencia de 3 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de una vivienda, habiendo dejado impagadas el comprador tres letras de cambio que fueron protestadas por tal causa. Mediante requerimiento notarial fue notificado al comprador que, por causa de impago de las citadas letras, daba por resuelto el contrato de compraventa. Con posterioridad al requerimiento de resolución el comprador trató de efectuar el pago de lo debido.

El juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial declararon procedente la resolución del contrato de compraventa. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador.

NOTA.—La solución que propugna nuestro Tribunal Supremo nos parece acertada. Se justifica en la propia «ratio» del artículo 1.504 del Código civil, como dice el Tribunal Supremo, ya que cuando establece que hecho el requerimiento el juez no podrá concederle nuevo término, da a entender que no puede revitalizarse el contrato de compraventa, resuelto por causa de impago del precio.

Ciertamente, el requerimiento a que se refiere el citado artículo no es para que el comprador pague el precio, sino para que el comprador se allane a resolver la obligación y a no poner obstáculos a este modo de extinción, tal como acertadamente ha señalado de forma constante nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de 29 de noviembre de 1982, que anotamos en este fascículo del ANUARIO); 10 de abril de 1981, anotada en este ANUARIO (1982, I, pp. 258-259); 23 de mayo de 1981, que anotamos en este ANUARIO (1982, II, p. 537); y otras muchas precedentes que han seguido este criterio y que son citadas en las mismas). Si esto es así, lo lógico es que ya resuelto el contrato de compraventa, el pago tenga carácter extemporáneo y, por tanto, en modo alguno evite la resolución, pues ésta ya ha tenido lugar. Antes de que tenga lugar dicho requerimiento resolutorio, cabe en todo caso el pago del precio, incluso aunque se hubiera pactado lo contrario. En este sentido afirma nuestro Tribunal Supremo en las recientes Sentencias de 16 de noviembre de 1979, anotada en este ANUARIO (1981, III, pp. 889-890) y 29 de noviembre de 1982, que anotamos en este fascículo del ANUARIO, que sin este requerimiento, aunque se hubiese convenido lo contrario, podrá efectuarse el pago fuera de plazo (Sentencias de 23 de septiembre de 1959, 15 de febrero de 1967, 24 de junio y 31 de octubre de 1968, 3 de junio de 1970, 23 de abril de 1975).

En el mismo sentido de la sentencia que anotamos, la de 10 de abril de 1981 precisó que la circunstancia de que el comprador haya abonado dos de las letras pendientes durante la tramitación de la apelación no enerva la acción de resolución intentada, dado que se trata de un pago extemporáneo, al no permitirlo el artículo 1.504 del Código civil, que impide otorgar nuevo término (anotada en este ANUARIO, 1982, I, pp. 258-259).

23. *Compraventa con pacto de retro. Negocio simulado.*—La normativa sancionada para la compraventa con pacto de retro precisa para su aplicación de una situación real de tal naturaleza, y en consecuencia no es de tener en cuenta cuando, como ocurre en este caso, lo en realidad convenido fue un mero préstamo con garantía inmobiliaria y no una compraventa con pacto de retro, toda vez que, conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala, las relaciones jurídicas apreciables son las que se revelan de lo expresamente querido por las partes, y no por las fórmulas exteriores que le hayan dado, en ortodoxa aplicación del principio de derecho de que las cosas son lo que son y no lo que las partes quieran.

Préstamo usurario.—El mencionado préstamo es calificado de usurario por el Tribunal Supremo conforme a la Ley de 23 de julio de 1908, debido a que fue concertado por la situación angustiosa de la entidad recurrida, demostrada por la circunstancia de tener que atender a la inminente efectividad de la paga de Navidad de sus empleados y de que dos meses más tarde se declarase en estado de suspensión de pagos. (Sentencia de 5 de julio de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad recurrida, debido a su difícil situación económica, había vendido un inmueble de su propiedad al recurrente bajo la forma de compraventa con pacto de retro, que habría de ser ejercitado en el plazo de un año. No se ejercitó el retracto y el comprador adquirió la plena propiedad del inmueble. La entidad vendedora presentó demanda alegando que la citada compraventa con pacto de retro encubría realmente un préstamo usurario con garantía inmobiliaria, solicitando se declarase nula la compraventa. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia confirmó la Sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

24. *Compraventa de finca. Cabida.*—Señala el Tribunal Supremo que el artículo 1.471 del Código civil distingue entre la venta de inmuebles por precio alzado (supuesto en el que la medida no cuenta), y aquellas otras ventas en que se especifican linderos y cabida o número y que obligan a la entrega de todo lo comprendido en aquéllos, aunque exceda de la cabida o número expresados en el contrato, y de no ser posible, a una disminución proporcional en el precio, salvo anulación al arbitrio del comprador, si éste insiste en obtener lo que se estipuló (art. 1.471, 2.º Código civil).

El Tribunal Supremo afirma que la finca se vendió por precio alzado, según el documento privado en que se pactó la compraventa y consiguientemente, según el artículo 1.471 del Código civil, sin derecho a disminución de precio, añadiendo que los enclaves poseídos por terceros en las fincas vendidas eran conocidos por los compradores y que en ningún caso éste había sido privado por sentencia firme de ningún trozo, parcela o enclave, como requiere el artículo 1.475 del Código civil. (Sentencia de 10 de mayo de 1982; no ha lugar.)

25. *Compraventa de inmuebles. Por unidad de medida y no de cuerpo cierto.*—Establecido que lo que las partes pretendían comprar y vender, respectivamente, era una porción de terreno de 100.000 metros cuadrados,

a 33 pesetas el metro cuadrado, el precepto a aplicar no es el artículo 1.471 C. c., que afecta a la venta de un inmueble hecha por precio alzado, sino el artículo 1.469 que se contrae a la venta de bienes inmuebles cuando se hubiese hecho con expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida o número.

Objeto cierto. Determinabilidad según bases pactadas.—Conforme se deduce «a sensu contrario» de la Sentencia de 3 de diciembre de 1928, no falta el objeto cierto, determinado o determinable, cuando puede concretarse en forma suficiente sin necesidad de posterior acuerdo, y el contrato en controversia pone de relieve con claridad el objeto vendido, al establecerse las bases adecuadas para la posterior determinación cuantitativa del terreno a que en definitiva haya de alcanzar la venta realizada.

Determinación de los linderos.—Si bien es cierto que toda enajenación de inmuebles precisa la expresión de sus linderos, que significa la línea poligonal esencial para la configuración de las fincas y su posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, ello no quiere decir que esa delimitación poligonal haya de constatarse precisamente en el documento formalizador de la compraventa, sino que puede supeditarse a condicionantes también pactados, sin precisar acudir a nuevos acuerdos entre las partes; en el presente caso la venta se formalizó en documento privado, con precio alzado, y sin exigencia legal de inscripción registral, no es obstáculo la normativa hipotecaria al no ser la inscripción en nuestro Derecho de alcance constitutivo, quedando voluntariamente sometida la fijación de los linderos al formalizarse la escritura pública, una vez efectuada la correspondiente delimitación conforme a las bases pactadas. (Sentencia de 16 de octubre de 1982; ha lugar.)

La finca vendida se describía inicialmente como segregada de otra más amplia, comprendiendo el trozo conocido por «La Pleta», que estaba completamente cercado de pared, y tenía una cabida de 100.000 metros cuadrados, añadiéndose que en el caso de que dicha porción no tuviera dicha cabida, se añadiría lo que hiciera falta tomándolo de la parte alta del monte adjunto a la misma, con una profundidad de 50 ó 60 metros de ancho, y se fijaba el precio a razón de 33 pesetas el metro cuadrado; se daban instrucciones para el levantamiento de un plano topográfico. Como el comprador exigiera el cumplimiento del contrato, el vendedor alegó la nulidad por indeterminación del objeto. Debe advertirse que la cabida de «La Pleta» no llegaba a la quinta parte del total vendido, y ello servía al vendedor para argumentar sobre el posible error en la determinación del objeto.

He escrito en otro lugar que sobre las partes pesa el deber accesorio de identificar debidamente la finca al tiempo de formalizar el contrato, cualquiera sea la forma en que se perfeccione (*Comentarios a los artículos 1.445 a 1.541 del C. c.*, t. XIX de los Comentarios dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1980, p. 225). Pudo originar confusión la referencia a una parcela determinada, perfectamente individualizada, y, en efecto, la Sentencia de la A. T. invoca la doctrina de los cuerpos ciertos del artículo 1.471. Con todo es correcta la sentencia del T. S. basada en una ajustada interpretación de la voluntad de los contratantes.

26. *El ánimo de liberalidad como factor excluyente de la rescisión por lesión del artículo 323 de la Compilación Catalana.*—La concurrencia de un ánimo de liberalidad en la compraventa, por ser la finalidad perseguida por la vendedora la de recompensar ciertos servicios prestados con ayudas personales y dinerarias por la compradora, impide la aplicación de la rescisión por lesión. La razón de tal exclusión estriba en que cualquier diferencia entre el precio real y el de venta resulta indiferente al enajenante.

El elemento moral como causa concomitante en el negocio patrimonial.—El artículo 323 de la Compilación Catalana, al hablar de «liberalidad del enajenante» no convierte sin más el negocio en uno mixto de venta y donación, sino simplemente declara compensada la equivalencia de las prestaciones por la entrada de un elemento no patrimonial o económico en el juego de las prestaciones recíprocas, convirtiendo un motivo moral en causa concomitante del negocio para una de las partes, con la consiguiente desaparición de una aparente desproporcionalidad del precio asignado a la cosa entregada a cambio. (Sentencia de 13 de marzo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, en su calidad de heredera universal, ejercita acción rescisoria por «engany a mitges» del Derecho catalán, para impugnar la compraventa realizada por su madre con los demandados, por considerar ésta lesiva para sus intereses sucesorios.

El Tribunal de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia confirma el fallo del tribunal inferior.

27. *Interpretación integradora en materia de cómputo de plazos civiles.*—La laguna legal existente para el cómputo de los plazos cuando el último día sea inhábil es llenada por la Jurisprudencia interpretando que en este caso se trasladará al primero hábil siguiente. Esta interpretación se realiza en base a unos criterios restrictivos, como corresponde a aquellas cuestiones limitativas de derechos.

Ejercicio del retracto convencional.—En los supuestos de compraventa con pacto de retro, no es aplicable la necesidad de consignación previa al ejercicio del retracto convencional, por tratarse de una compraventa con condición resolutoria. (Sentencia de 21 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

HECHOS.—Las partes realizan una compraventa de finca rústica con pacto de retro. Ejercitado por el vendedor su derecho de retracto, la compradora, que resulta demandada en este pleito, se opone alegando que ha sido ejercitado fuera de plazo.

El Tribunal de Primera Instancia desestimó la demanda absolviendo a la demandada. Apelada la sentencia, la Audiencia estima el recurso y revoca la sentencia del Tribunal inferior.

28. *Determinación del «quantum» en el arrendamiento de servicios.*—El «quantum» sobre el que se hace estribar el problema litigioso ha de ser determinado según el criterio que se forme el juzgador, en relación al resultado probatorio que le ofrezcan los elementos fácticos a conjugar. (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1981; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña F. T. P. demanda a la herencia yacente de su tío, don M. P. M., con el que convivió durante los 24 últimos años precedentes a su fallecimiento cuidando de su persona y bienes sin recibir retribución alguna; suplicando la pertinente retribución y que se declare que la citada herencia viene obligada a satisfacerle el importe global de los años de trabajo, convivencia, servicios..., etc.

El administrador judicial de la herencia se opuso a la demanda alegando que el señor P. estaba en condiciones de cuidarse y cuidar de sus bienes, y que dicho señor abrió una cuenta corriente a su nombre y al de la demandante, habiendo recibido ésta de la misma su importe poco antes del fallecimiento de su tío.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda en su totalidad. La Audiencia Territorial la estimó en parte.

29. *Obligación del arrendatario de indemnizar a los trabajadores contratados por él.*—La sentencia impugnada está ajustada a derecho en cuanto fiel al mandato de los artículos 1.101 y 1.561 del Código civil traslada al campo de la responsabilidad civil del arrendatario —en otro caso enriquecido indebidamente a costa del patrimonio ajeno— la indemnización correspondiente a los trabajadores contratados por él, y no obstante puesta a cargo del arrendador por la jurisdicción de trabajo, que limitó su actuación al puro campo laboral en el que en principio sólo entró en juego la existencia de una empresa —la de los herederos de la arrendadora al cesar el arriendo— continuadora de la tarea industria de otra, pero sin tomar en consideración el tema civil de la preexistencia de un contrato de esta naturaleza que atribuye definitivamente la indemnización satisfecha al arrendatario, porque así resulta de dicho contrato suscrito por las partes.

Interpretación del contrato.—El examen y la interpretación del contrato es de la exclusiva competencia de la jurisdicción ordinaria.

Competencia de la jurisdicción civil.—El precepto que el recurrente cita de la Ley de Procedimiento Laboral está literalmente referido a los conflictos que se produzcan entre empresarios y trabajadores o entre trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, tema bien ajeno al del presente litigio, en que no se ha cuestionado problema laboral alguno, sino el del contenido y alcance de un contrato de arrendamiento entre los litigantes, situación bien extraña a la jurisdicción laboral, aunque en suma se trate de determinar si la indemnización a terceros declarada por la jurisdicción de este carácter ha de sufrirla el arrendador o el arrendatario en relación con el mandato de los artículos 1.101 y 1.561 del Código civil, tema decisorio propio y peculiar de la jurisdicción ordinaria.

Cosa juzgada.—Para que ésta se produzca, aparte su alegación y desestimación correlativa en la instancia, sobre lo que este Tribunal ha pasado en raras ocasiones de incuestionable existencia de la misma por consideraciones de seguridad jurídica, se exige una identidad de «causa petendi» cuya existencia en modo alguno puede predicarse entre un pleito resuelto por la jurisdicción laboral, en que se resolvió el derecho de unos trabajadores a ser indemnizados por despido improcedente del dueño de la industria, que aparecía como continuador empresarial del que los contrató, y la pe-

tición formulada aquí frente a éste para que, con base en un puro contrato civil, asuma la responsabilidad patrimonial inicialmente soportada por aquél.

Inaplicación de normas específicamente laborales por la jurisdicción ordinaria.—No puede apoyar un recurso de casación formulado por infracción de normativa precisamente civil.

Cuestión nueva.—La evidente novedad del planteamiento determina su inaccesibilidad en casación, como cuestión nueva introducida en el recurso. (Sentencia de 3 de diciembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de arrendamiento con opción de compra de una fábrica, acordándose que el arrendatario fuese el único responsable de todas las cargas dimanantes de las leyes sociales. Los herederos de la arrendadora recibieron una notificación notarial mediante la cual el arrendatario les comunicaba su decisión de terminar el arriendo en la fecha prevista, por lo que debían hacerse cargo de la fábrica y de los cinco obreros que trabajaban en ella. Aquéllos se negaron a hacerse cargo de los cinco obreros, porque los mismos no habían sido objeto del contrato de arrendamiento. Por tal motivo, los cinco obreros, que se encontraban en situación de paro, demandaron al arrendatario y a los herederos de la arrendadora ante la Magistratura de Trabajo, que declaró nulos los despidos y condenó exclusivamente a los herederos de la arrendadora. Ante esta situación, éstos demandaron al arrendatario en vía civil, alegando incumplimiento del contrato de arrendamiento.

El juez de Primera Instancia estimó la demanda, no prosperando el recurso de apelación interpuesto por el arrendatario ante la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación interpuesto por el mismo.

30. *Arrendamiento urbano. Cesión de subsuelo por la arrendadora. Daños producidos por el cesionario. Responsabilidad contractual y extracontractual. Su compatibilidad.*—La acción judicial ejercitada por la actora, ahora recurrente, en concepto de arrendataria, contra la arrendadora de un local comercial y un solar contiguo, es una acción contractual basada sustancialmente en haber infringido la arrendadora su obligación de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento que le impone el artículo 1.554, 3.º del C. c., por haber variado o consentido variar por un tercero la forma de la cosa arrendada, lo que prohíbe el artículo 1.557 del propio Código, y, por otro lado, se dirige contra la entidad EBSA, autorizada por la arrendadora para socavar y construir en profundidad el solar arrendado con apoyo en el artículo 1.902 del C. c., para exigir una responsabilidad extracontractual, en razón a que entre la actora y ahora recurrente y dicha entidad no existe contrato alguno, pero esta última ha causado daños a la recurrente al alterar la forma de la cosa arrendada e intentar imponer a la arrendataria ciertas obligaciones que no dimanen del contrato arrendaticio; se está, por consiguiente, ante un supuesto de conjunción de responsabilidades de distinto orden en un mismo acreedor o perjudicado, frente al que existe una persona que responde en virtud de contrato y otra que responde fuera de contrato o extracontractualmente, es decir, se trata de obligaciones de personas distintas y con distinto origen, impuestas claramente por normas autónomas entre sí y que dimanen de la resultancia fáctica acreditada en la instancia, si bien es obvio que la entidad perjudicada no podrá obtener dos veces la reparación del mismo daño, viniendo

delimitadas las consecuencias jurídicas de las infracciones denunciadas, por un lado, por el incumplimiento de la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento, y en consecuencia, al no haberse abstenido de realizar actos que perturbaron ese goce cual la transmisión del subsuelo del solar arrendado y las obras de dicho subsuelo efectuadas por un tercero en virtud del derecho de dominio adquirido y arrogándose atribuciones para conminar al arrendatario a restringir el uso normal del terreno arrendado, quebrantando por otro lado el contrato de cesión de propiedad concertado con la arrendadora que le obliga a tolerar, según el pacto cuarto, la construcción de nuevas plantas sobre el sótano construido, e invadiendo, en otro aspecto, la posición jurídica del arrendatario, que si bien conocía el proyecto de construcción del citado sótano no consintió en momento alguno que tal construcción menoscabase sus derechos arrendaticios, como lo demostró a través de las gestiones, y cartas, que constan en autos y que efectuó una vez que la entidad propietaria de los sótanos intentó aquel menoscabo de derechos. (Sentencia de 19 de noviembre de 1982; ha lugar.)

31. *Arrendamiento de industria. Falta de licencia. Incumplimiento de la arrendadora.*—La industria arrendada, cuyo objeto era la explotación de unas canteras, después de varios meses de funcionamiento, fue cerrada por orden municipal, por carecer y no haber obtenido la arrendadora el pertinente permiso gubernativo para dicha explotación, siendo esta conducta constitutiva de una negligencia determinante de infracción contractual, pues la arrendadora se aquietó y no interpuso los pertinentes recursos, ni acudió a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, aunque intentara suplir aquella falta con autorizaciones de Industria o de Minería, que no podían sustituir a la municipal en el ámbito de su competencia.

Convenio renunciando a la renta durante la inactividad industrial. Inexistencia de novación.—El convenio por el que la arrendadora renuncia al percibo de la renta mientras no se levantara la suspensión municipal de la industria, no constituye novación, pues lo que en él se hace es reafirmar y ratificar el contrato originario, como lo prueba la dicción literal inserta de «sin que esta renuncia afecte en modo alguno al resto de las cláusulas del contrato de arrendamiento», sin modificar ni extinguir dicho contrato, antes bien, dejándolo subsistente con la mera variación de una renuncia temporal al percibo de la merced arrendaticia, en equitativa correspondencia a la inactividad de la explotación, también temporal.

Cierre decretado por explotación peligrosa de las arrendatarias. Resolución pactada. Daños y perjuicios no reservados ni probados.—Concedida una licencia provisional de apertura, la Autoridad volvió a decretar nuevamente el cierre por la explotación excesiva y peligrosa para los vecinos realizada por las arrendatarias, debido al uso de explosivos y voladuras incontroladas causantes de daños, cierre que permaneció hasta que las partes acordaron la resolución del contrato, procediendo la condena a las arrendatarias al pago de las rentas correspondientes al último período, pero con el tope

de la fecha en que se pactó la resolución, pues la arrendadora no se reservó derecho alguno en relación a las consecuencias dañosas posteriores a la fecha de la resolución, lo que no puede otorgarse sin pacto expreso y menos por vía presuntiva. (Sentencia de 25 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

32. *Arrendamientos rústicos. Renuncia a la prórroga.*—El documento suscrito por el arrendatario y las arrendadoras en el que se conviene que el primero dejará libre las tierras que lleva en arrendamiento y que «renuncia de forma expresa a cualquier prórroga que pudiera corresponderle» y a cambio se le descontará cierta cantidad de la renta del último año, integra un verdadero y válido acuerdo liberatorio del arrendamiento, implicando, además, una renuncia del derecho a la prórroga que, por haber sido efectuada con posterioridad a la notificación que el arrendatario hizo a las arrendadoras de su deseo de ejercitar el derecho de prórroga, y, por tanto, cuando este derecho había ya ingresado en su patrimonio, ha de reputarse válida. (Sentencia de 1 de octubre de 1982; no ha lugar.)

33. *Retracto arrendaticio rústico. Naturaleza del proceso.*—La naturaleza pública de la relación jurídico-procesal y el carácter vinculatorio y no dispositivo de la normativa reguladora del procedimiento, imponen la obligada observancia de los preceptos que lo encauzan, sustraídos de ordinario a la libre iniciativa de las partes una vez que ha sido instaurado el proceso mediante el derecho potestativo de la acción, y en este sentido una doctrina jurisprudencial reiterada tiene declarado que, en virtud de su carácter, las disposiciones que gobiernan la actividad procesal son de imperioso acatamiento por los Tribunales y los contendientes; por todo ello no es posible entender que los litigios sobre preferencia adquisitiva constituyen una excepción a la regla general, porque aún cuando el artículo 129 de la L. A. R. de 3 de octubre de 1980, sin correspondencia en el anterior Reglamento A. Rústicos, dispone que el procedimiento para sustanciar las acciones de retracto será el título 19, libro 2.º, de la L. E. C., añade que esa acomodación se realizará «ajustándose a lo prevenido» en la propia ley, operante por lo tanto en materia de recursos.

Aparcería. Conversión en arrendamiento. Posesión precaria.—Los efectos consiguientes a la extinción del contrato parciario una vez agotada su mínima duración y negada la prórroga por el titular de la finca (art. 49 del R. A. R.), sólo podrían ser impedidos en cuanto a la pérdida de la legitimación posesoria mediante el derecho de opción concedida al aparcerero para continuar como arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación, pero tal posibilidad de acceder al arrendamiento por la vía de la conversión queda vedada cuando la aparcería dura doce años o más, según constante jurisprudencia recaída en aplicación del artículo 7 de la Ley de 28 de junio de 1940, lo cual determina que el tiempo de la venta origen del presente pleito de retracto, la posesión del demandante, antiguo aparcerero, no era sino una posesión de mero precarista. (Sentencia de 17 de julio de 1982; no ha lugar.)

34. *Recurso de revisión.*—Al no haber formulado recurso de apelación contra una sentencia, es claro que en fase de revisión queda limitada la cuestión a tal aspecto de pretendida falta de pago de la renta, pues lo demás quedó definitivamente resuelto en cuanto que no puede ser alterado por quien perjudicándole lo consintió.

Impago de renta.—Si en verdad el impago de la renta a su tiempo es determinante de sanción de desahucio, ha de ser sobre la base de que esta situación de alegado impago se ofrezca clara y con nitidez de verdadero incumplimiento de tan esencial obligación por parte del arrendatario. (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1982; no ha lugar.)

35. *Contrato de obra. Desestimiento del comitente.*—Ha sido proclamado reiteradamente por esta Sala, entre otras, en Sentencia de 24 de enero de 1970 que el Derecho a percibir la indemnización a la que se refiere el artículo 1.594 del Código civil no depende de que concurran o no los requisitos exigidos por el artículo 1.124 para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas, por tratarse de preceptos autónomos e independientes entre sí, que contemplan figuras jurídicas diferentes y se someten a distinto tratamiento, al quedar la facultad que el artículo 1.594 otorga al libre arbitrio de su titular, sin necesidad de justificación de ninguna clase, y depender la acción conferida por el artículo 1.124 de la conducta observada por cada uno de los contratantes.

No puede entenderse violado el artículo 1.282 del Código civil.—Que aclarado que la acción esgrimida por el actor se basa en el artículo 1.594 del Código civil, mal puede entenderse violado el artículo 1.282, que se refiere a la interpretación de los contratos con base en los actos de las partes que demuestren su intención al suscribirlos, cuando, según aclara la jurisprudencia, tal intención, así como la actuación de las mismas que pudiera concretarse en un mayor o menor grado de cumplimiento contractual, es irrelevante a efectos de la acción que nos ocupa, como reconoce la Sentencia de 19 de noviembre de 1971 al decir que el derecho del contratista a percibir la indemnización no depende en absoluto de los móviles o razones que hayan inducido al propietario a desistir unilateralmente del contrato de obra y mucho menos de que concurran o no los requisitos exigidos por el artículo 1.124.

Indemnización de daños y perjuicios derivados del desistimiento del comitente.—Ha de entenderse acertada la postura adoptada por la resolución de apelación al fijar la cantidad reclamada como indemnización de daños y perjuicios con referencia al beneficio industrial dejado de obtener por el actor contratista, y así lo confirma la Sentencia de esta Sala de 15 de diciembre de 1981. (Sentencia de 7 de octubre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra por cuya virtud el contratista se comprometió a realizar la instalación eléctrica y de fontanería de un inmueble. El comitente retrasó el pago de las facturas y finalmente comunicó al contratista su decisión unilateral de que se paralizaran las obras acordadas. El contratista lo demandó en virtud de lo dispuesto en el ar-

tículo 1.594 del Código civil solicitando el pago de una determinada cantidad por los trabajos realizados, la utilidad dejada de obtener, los materiales retenidos y los intereses legales de dicha suma desde la interpelación judicial.

El juez de Primera Instancia admitió íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial acogió en parte el recurso rebajando la cantidad fijada. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comitente.

NOTA.—En esta sentencia se sigue el criterio mantenido de forma constante por el Tribunal Supremo al interpretar el artículo 1.594 del Código civil. Se tiene en cuenta la doctrina de la Sentencia de 15 de diciembre de 1981, que hemos anotado en este ANUARIO (1982, III, pp. 953-955), y cuyo acierto es indudable al fijar las consecuencias del desistimiento del comitente por ser conforme con los antecedentes del citado precepto, tal como hemos expuesto en el comentario a la sentencia citada y la «ratio» del mismo.

A. C. S.

36. *Vicios de construcción. Responsabilidad solidaria de constructor, arquitectos y aparejador.*—Al prevenir el artículo 1.591 del Código civil, sin consideración a módulos cuantitativos distributivos, que cuando la ruina de un edificio se produjere por vicios de la construcción serán responsables de los daños y perjuicios causados el constructor y el arquitecto, respectivamente, hay que entender también comprendido al aparejador en cuanto afecte en el ámbito responsabilizador, según tiene reconocido esta Sala en Sentencias de 5 de mayo de 1961 y 7 de mayo de 1967, entre otras.

Resarcimiento de daños y perjuicios.—Conforme ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 10 de enero de 1979, la amplia dicción del artículo 1.106 del Código civil produce que la entidad del resarcimiento presupuesto del evento perjudicial y la conducta sancionable abarca todo menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuando el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (*restitutio in integrum*).

Solidaridad.—Los artículos 1.137, 1.138 y 1.145 y el principio general de derecho del enriquecimiento injusto, son aplicables al deudor que habiendo percibido del acreedor una determinada cantidad y estando obligado a su reintegro sin efectuarlo determina que lo haga otro codeudor ligado con el preceptor con vínculos de solidaridad a tal fin. (Sentencia de 6 de octubre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Deseando construir un chalet, el dueño de una parcela entró en relación con dos arquitectos, un aparejador y un contratista. La construcción del chalet se hizo de manera muy deficiente, estando en peligro de ruina. El dueño demandó a éstos suplicando que se declarase resuelto el contrato de obra celebrado y se condenase a todos los demandados de forma solidaria a abonarle una determinada suma en concepto de indemnización.

El juez de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación inpropuesto.

NOTA.—A) Para comprender la posición del Tribunal Supremo en orden a la determinación del resarcimiento, conviene precisar que el juez de Primera Instancia estableció en concepto de indemnización una determinada cantidad, como devolución de igual suma abonada por el demandante a cuenta del precio de la obra, más la cantidad que se fije en ejecución de esta sentencia también en concepto de indemnización, y que vendrá determinada por el costo que se produzca por la demolición de la obra realizada hasta el momento en que los arquitectos ordenaron su paralización, que es toda la actualmente hecha, y el mayor costo de la nueva construcción, con arreglo al mismo proyecto, al tener que encomendarla el actor a otra empresa constructora, habida cuenta de la subida que haya experimentado los materiales y mano de obra, es decir, la diferencia entre el presupuestó que se confeccione para realizar la obra, una vez sea firme esta sentencia, y el presupuesto hecho en su día por la empresa demandada, aceptado por el actor, sin hacer expresa imposición de costas.

El criterio fijado por el Tribunal en esta sentencia es similar al mantenido en otras precedentes, como la de 10 de enero de 1979, citada por el Tribunal Supremo, y la que hemos anotado en este ANUARIO (1978, IV, pp. 949-953), de 14 de noviembre de 1979, al establecer como criterio básico que el resarcimiento abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor.

B) En esta sentencia se afirma la responsabilidad solidaria de los profesionales que intervinieron en la construcción del chalet, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial. Nos remitimos a las anotaciones a las recientes Sentencias de 9 de octubre de 1981 y 5 de diciembre de 1981 (en este ANUARIO, 1982, I, pp. 259-261; 1982, II, pp. 543-544). No hay que olvidar, sin embargo, que sólo jugará el criterio de la solidaridad cuando no pueda llevarse a cabo una individualización de las conductas y el hecho dañoso sea producto de una acción conjunta (Sentencia de 14 de noviembre de 1979, que también anotamos en este ANUARIO, 1979, IV, pp. 949-953). Así, en la Sentencia de 30 de abril de 1982, anotada igualmente en este ANUARIO (1982, III, pp. 957-959), se establece la responsabilidad mancomunada del arquitecto y del contratista, al confirmar nuestro Tribunal Supremo el criterio de la Audiencia Territorial, que había distribuido en desigual proporción entre el arquitecto y el contratista la obligación de indemnizar los daños causados a la actora, toda vez que fueron imputables a uno y otro y referidos en un caso al proyecto y en otro a la realización y dirección de las obras, actos en los que medió distinto grado de negligencia por parte de los interesados y que contribuyeron en diferente proporción a la causación de los daños. Véase también la Sentencia de 22 de noviembre de 1982, que anotamos en este fascículo del ANUARIO.

C) En esta sentencia se considera responsable al aparejador de acuerdo con el artículo 1.591 del Código civil, a pesar de que este precepto menciona exclusivamente al arquitecto y al contratista. Nuestra jurisprudencia es constante en afirmar la doctrina de la sentencia que anotamos, que como hemos visto cita a las Sentencias de 5 de mayo de 1961 y 7 de mayo de 1967 en este sentido. Además, han de tenerse en cuenta las de 22 de noviembre de 1982, que anotamos en este mismo fascículo del ANUARIO, y 9 de octubre de 1981, igualmente anotada en este ANUARIO (1982, I, pp. 259-261). Conviene destacar que el argumento básico que ha utilizado nuestro Tribunal Supremo para afirmar la aplicación del artículo 1.591 al aparejador o arquitecto técnico ha sido afirmar que éste tiene la consideración legal de arquitecto (Decreto de 19 de febrero de 1971) y, por tanto, es contemplado en el término «arquitecto» que aparece en el mencionado precepto legal. Se aplica el mismo sin necesidad de tener que recurrir al procedimiento analógico (artículo 4-1 del Título Preliminar del Código civil). En cambio,

cuando estemos en presencia de otros profesionales de la construcción, como los ingenieros, no hay más remedio que acudir al citado procedimiento analógico. Con buen criterio, en la Sentencia de 17 de mayo de 1967 (anotada por Díez-Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, pp. 316-319) se considera aplicable este artículo a un ingeniero que intervino como proyectista y director de la obra.

A. C. S.

37. *Vicio del suelo. Responsabilidad del arquitecto-director.*—Debe ser estimado el motivo porque, como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de esta Sala en interpretación del artículo 1.591 del Código civil, la normal previsión exigible al técnico arquitecto director de la obra no cabe confundirla con la simple diligencia del hombre cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, incluyendo, claro está, en sus deberes, el conocimiento y estudio del terreno sobre el que se edifica (Sentencia de 29 de marzo de 1966); la responsabilidad del arquitecto se basa en una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos, que no cabe confundir con la simple de un hombre cuidadoso, al tratarse de una diligencia alejada de la general definida en el párrafo 2.º del artículo 1.104 del Código civil (Sentencia de 24 de enero de 1975); y, finalmente, declarado en la sentencia que los daños causados al inmueble tuvieron su causa en vicios del suelo, sin establecer lo hayan sido por vicios en la construcción, de acuerdo con el artículo 1.591 del Código civil el único responsable de los daños es el arquitecto autor del proyecto y no el constructor (Sentencia de 21 de diciembre de 1981).

Responsabilidad del aparejador de acuerdo con el artículo 1.591 del Código civil.—Resulta de las disposiciones legales citadas, y concretamente del artículo 2.º del Decreto de 16 de julio de 1935, y como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 9 de octubre de 1981, la responsabilidad que impone el artículo 1.591 alcanza a los aparejadores o arquitectos técnicos, cuyas labores de coordinación y subordinación al arquitecto superior tienen el carácter de necesarias, porque los artículos 1 y 2 del Decreto de 16 de julio de 1935 precisan las facultades y competencias de los citados aparejadores en la dirección e inspección de las obras, así como porque el Decreto de 19 de febrero de 1971 los denomina arquitectos técnicos, denominación que ha de entenderse comprendida en la dicción del artículo 1.591 del Código civil.

Responsabilidad solidaria del arquitecto director y del aparejador.—Una reiterada doctrina de esta Sala, que cristaliza, entre otras, en la ya citada Sentencia de 9 de octubre de 1981, tiene declarado que cuando resulta imposible discernir las específicas responsabilidades de técnicos y contratistas en el resultado de la obra defectuosa, por desconocer o involucrarse los vicios determinantes de la irregularidad, de modo que se hace imposible una específica condena de los mismos, se entiende que la responsabilidad

es solidaria, con apoyo legal en el artículo 1.137 del Código civil, pues es indiscutible que la obligación existe según el artículo 1.591 y no puede discriminarse o segregarse la responsabilidad. (Sentencia de 22 de noviembre de 1982; ha lugar.)

HECHOS.—En el año 1967 una promotora vendió los diversos pisos de un inmueble. Tres años después, la Junta de la Comunidad de Propietarios acordó reclamar a la promotora el arreglo de determinados defectos de construcción. En vista de que la promotora no contestó a dicha reclamación, la Comunidad de Propietarios interpuso una demanda solicitando la condena solidaria de la promotora y los técnicos que intervinieron en la construcción del inmueble vendido a la reparación de los defectos observados en el mismo.

El juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial condenó a la promotora y absolvió de toda responsabilidad a los técnicos. Prospera el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios..

NOTA.—Esta sentencia es coincidente en los pronunciamientos relativos a la responsabilidad solidaria y la responsabilidad del aparejador en el marco del artículo 1.591 del Código civil con la de 6 de octubre de 1982, que anotamos en este fascículo del ANUARIO.

De gran interés es la configuración de la responsabilidad del arquitecto director como típicamente profesional, lo cual incide decisivamente en el grado de diligencia que le es exigible en el ejercicio de su actividad técnica, tal como hemos expuesto en la anotación a la Sentencia de 11 de noviembre de 1982, que aparece en este fascículo del ANUARIO.

Se alude también en esta importante sentencia al sistema de responsabilidad privativa configurado en el artículo 1.591 del Código civil, al establecerse que el único responsable de los vicios del suelo es el arquitecto director. Nuestro Tribunal Supremo precisa que cuando la ruina se debe a vicios del suelo la responsabilidad de los daños y perjuicios alcanza al arquitecto director de la obra.

La postura del Tribunal Supremo tiene una base importante en el texto del artículo 1.591, ya que en el mismo se imputa el vicio del suelo, lo mismo que el de la dirección, al «arquitecto que la dirigiere». Sin embargo, se ha precisado que el vicio del suelo tiene un sentido específico, en cuanto que es un vicio del proyecto, es decir, de la función de concepción, que en rigor es distinta de las de dirección y de ejecución material de la obra (sobre esta interesante cuestión, véase el amplio análisis de TORRALBA SORIANO, *Los vicios del suelo: reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código civil*, en «Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas», II, Pamplona, 1969, pp. 587 ss.). Por ello surge un importante problema cuando intervienen varios arquitectos, independientes entre sí, y encargados uno de la elaboración del proyecto, otro de la dirección de los trabajos de construcción. A nuestro juicio, el arquitecto director, aunque no haya realizado el proyecto, es también responsable de los vicios del suelo, y ello porque el arquitecto director está obligado, en el marco del control de la construcción al que aluden el R. D. de 1 de diciembre de 1922 y el D. de 23 de diciembre de 1972, a examinar el suelo sobre el que se construye y prever, si el mismo no tiene la resistencia precisa, la ejecución de los trabajos de construcción necesarios.

Conviene puntualizar, sin embargo, que en el caso de la sentencia que anotamos sólo intervino un arquitecto y un aparejador, lo cual determina que no se plantee en rigor el problema apuntado, ya que asumiendo el arquitecto todas las funciones que en relación con su técnica se pueden asumir

debe, sin duda, responder de los vicios del suelo lo mismo que de los vicios de la dirección.

A. C. S.

38. *Aplicación del artículo 1.591 del Código civil. El significado de la ruina.*—Es reiterada la doctrina de esta Sala, de la que son exponentes las Sentencias de 20 de noviembre de 1959 y 30 de abril de 1968, que el concepto de ruina a que se refiere el artículo 1.591 del Código civil no hay que referirlo tan sólo a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar el inmediato y actual derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino al más amplio y lato contenido de arruinamiento, extensivo a la estimación de tan graves defectos en la construcción que hagan temer la próxima pérdida de la misma, si inmediatamente no se sustituye, como impropia o inútil para la finalidad a que se destinó.

Responsabilidad del arquitecto director. Vicios del suelo.—Las deficiencias determinantes de tal modalidad de ruina han sido producidas por no haberse comportado con la diligencia que cabía esperar de sus conocimientos técnicos y profesionales, entre lo que se encontraba la previsión de las especiales condiciones del suelo sobre el que se procedió a levantar el edificio en cuestión y el estudio debido de su resistencia, cual le correspondía como una de sus principales obligaciones, generando ello una situación de ruina por vicio del suelo, lo cual claramente determina la concurrencia de todos los requisitos que conducen al reconocimiento de la responsabilidad del arquitecto director de la construcción que sanciona el artículo 1.591 del Código civil.

Error de hecho.—Esa aseveración no la hace la resolución impugnada, sino el mencionado recurrente, tratando con ello de alterar la apreciación fáctica, sin acreditación de error de hecho al respecto, y ello es improcedente en casación.

Inexistencia de caso fortuito.—No puede hablarse de caso fortuito cuando la consecuencia dañosa proviene precisamente de falta de la adecuada diligencia por parte de quien, como el arquitecto director de una edificación, tenía la obligación profesional de comprobar previamente a la construcción las características del terreno sobre el que dicha edificación había de levantarse, para tomar las medidas adecuadas en el orden constructivo, y no llevó a cabo.

Caso fortuito. Carga de la prueba.—La situación excluyente de la responsabilidad disciplinada por el artículo 1.591 del Código civil para que pueda entenderse producida por causa de caso fortuito, como pretende el recurrente, ha de ser probada por quien lo invoque, acreditando los hechos de que necesariamente se deduzca, puesto que el caso fortuito no se presume, y prueba de tal índole no se reconoce haya sido realizada por dicho arquitecto demandado recurrente.

Presupuestos de aplicación del artículo 1.591 del Código civil.—Para la aplicación de la sanción responsabilizadora que contempla el artículo 1.591 del Código civil basta y es suficiente que quien en él se ampare acredite que se ha producido una situación de ruina generante de daños y perjuicios apreciados y denunciados dentro de los diez años contados desde que concluyó la construcción y que sea debido a vicio del suelo.

Fuerza mayor. Previsibilidad de las causas de la ruina.—Ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala que si bien hay hechos que independientemente de la voluntad de las personas puedan crear una determinada consecuencia, no por ello constituyen casos de fuerza mayor si pudo ser prevista la posibilidad de que ocurrieran, y mayormente con el empleo de los medios técnicos adecuados de comprobación. (Sentencia de 11 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra por cuya virtud se construyó un edificio, debido a la existencia de grandes defectos en su cimentación se apreció peligro de ruina. Por este motivo los comitentes demandaron al arquitecto y al contratista, solicitando indemnización de daños y perjuicios.

El juez de Primera Instancia absolvió al contratista y condenó al arquitecto a resarcir de todos los daños y perjuicios sufridos por los comitentes. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el arquitecto.

NOTA.—A) En esta sentencia se adopta el criterio imperante en nuestra jurisprudencia sobre el significado de la ruina, presupuesto básico de aplicación del artículo 1.596 del Código civil. Sobre esta doctrina jurisprudencial véase nuestra anotación a la Sentencia de 11 de enero de 1982, donde señalamos las razones que justifican el concepto amplio de ruina (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 947-948). Véase también nuestra anotación a la Sentencia de 21 de abril de 1981 (en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100).

B) En esta sentencia se sigue el criterio mantenido por nuestro Tribunal Supremo sobre el carácter de la responsabilidad del arquitecto director (Sentencias de 29 de marzo de 1966, 22 de noviembre de 1971, 24 de enero de 1975 y 22 de noviembre de 1982, posterior a la sentencia que anotamos y que comentamos en este fascículo del ANUARIO). La misma es configurada como responsabilidad típicamente profesional, lo cual incide decisivamente en el grado de diligencia que es exigible al arquitecto director en el ejercicio de su actividad técnica. La responsabilidad de éste se basa en una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos, que no cabe confundir con la simple de un hombre cuidadoso, al tratarse de una diligencia alejada de la general definida en el párrafo 2.º del artículo 1.104 del Código civil (Sentencia de 22 de noviembre de 1982). Comentando el artículo 1.532 del Proyecto de 1851, GARCÍA GOYENA decía que el arquitecto está obligado por su profesión a saber no sólo construir un edificio bueno y sólido, sino a conocer si el suelo podía resistir el edificio.

C) De sumo interés es la cuestión de la carga de la prueba. Señala nuestro Tribunal Supremo que el comitente sólo debe probar que se ha producido la ruina del inmueble generante de daños y perjuicios denunciados dentro de los diez años contados desde que se concluyó la construcción y que sea debido a vicio del suelo. La prueba del caso fortuito recae sobre el arquitecto demandado, puesto que el caso fortuito no se presume.

Con acierto, un importante grupo de autores (cfr. BOUILLÉ, *La responsabilité des architectes, des entrepreneurs et autres locataires d'ouvrages*, París, 1971, p. 71) ha desconectado la mención de los vicios contenida en el

artículo 1.792 del Código civil francés (de tenor semejante al artículo 1.591 de nuestro Código civil), del problema de la prueba de la culpa, afirmando que sólo significa que cualquier vicio es suficiente para determinar la responsabilidad del arquitecto o del contratista. En este sentido —pensamos nosotros— ha de entenderse la doctrina de la sentencia que anotamos; el comitente tiene que demostrar que existe un defecto en el inmueble construido, sin tener que probar, en cambio, que se debe a la conducta culpable del arquitecto director. Será éste el que tendrá que demostrar que el mismo tiene su causa en un hecho que no le es imputable. es decir, en caso fortuito o fuerza mayor. Ciertamente, el artículo 1.591, párrafo 1.º, establece una responsabilidad en buena medida objetivada. Nótese que en este artículo se distingue por una parte la responsabilidad nacida de los vicios de la construcción, del suelo y de la dirección, y por otra la responsabilidad nacida por falta de cumplimiento de las condiciones del contrato (cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1972, p. 700). Recientemente, MORALES MORENO (*El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, en este ANUARIO, 1982, III, p. 681), después de poner de relieve la importancia del párrafo 2.º del artículo 1.591 para interpretar el párrafo 1.º del mismo, ha señalado que si la ruina ocurre dentro de los diez años contemplados en este precepto pone de manifiesto (por el efecto, sin demostrar la causa) la defectuosa fabricación.

A nuestro juicio, de acuerdo con lo que hemos señalado en este ANUARIO (1980, IV, p. 998), si la ruina acontece durante el plazo de garantía decenal, hay que presumir que se debe a la conducta culpable del arquitecto o del contratista. Estos sólo se exoneran si demuestran que se debe a caso fortuito o fuerza mayor. El propio sentido del plazo de garantía decenal corrobora esta interpretación, pues sólo cuando han transcurrido los diez años que fija el párrafo 1.º del artículo 1.591 se comprueba, de acuerdo con el criterio de nuestro legislador, la solidez de la obra inmobiliaria construida y desaparece por tanto la sospecha de que la eventual ruina se debe a la conducta culpable del arquitecto o del contratista. Hasta entonces existe el fundado temor de que la ruina se debe a la conducta culpable del arquitecto o del contratista, por lo que la presunción *ius tantum de culpa* es acertada, tal como con suma claridad afirmó nuestro Tribunal Supremo en la importante Sentencia de 14 de noviembre de 1978, que también hemos anotado en este ANUARIO (1979, IV, pp. 949-953). Además, esta tesis es reafirmada por los antecedentes históricos del artículo 1.591 (cfr. Ley 21, título 32 de la Partida 3.ª y glosa de GREGORIO LÓPEZ y comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1.532 del Proyecto de 1851).

A. C. S.

39. *Distinción entre el contrato de obra y el de trabajo.*—El contrato de obra está previsto en el artículo 1.588 del Código civil, por el que una persona —contratista— se obliga respecto de otra —comitente— a la obtención de un resultado previsto por los contratantes, con aportación o no por aquél de materiales, pero corriendo el contratista con el riesgo de perecimiento de lo construido mientras la entrega no se efectúe, circunstancia ésta diferenciadora de la figura del contrato de trabajo en cuya existencia insiste, tan afanosa como inútilmente, el recurrente.

Error de derecho.—Únicamente es perpetrable cuando se infringe un precepto legal que asigne a un medio de prueba la eficacia que el juzgador le haya negado en la sentencia.

Prueba de confesión.—Es doctrina establecida por este Tribunal que la prueba de confesión no tiene carácter prevalente sobre los demás medios

de prueba en relación con los cuales debe ponderarse, sin que sirva por sí sola para destruir las razonables deducciones que el juzgador de instancia haya extraído del conjunto de elementos probatorios aportados al juicio.

Prueba testifical.—En punto a la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos es indiscutible que su apreciación queda a la sana crítica del Tribunal «a quo» —artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, cuya libertad de juicio está sustraída, en principio, a la casación.

Prueba de peritos.—Es notoria doctrina que señala que el artículo 1.242 del Código civil proclama que el mismo no contiene norma alguna valorativa de prueba que deba ser inexcusablemente observada por el Tribunal sentenciador.

Carga de la prueba.—El artículo 1.214 del Código civil no contiene norma alguna valorativa de prueba, sino el establecimiento del principio que gobierna su carga; no cabe, por tanto, su alegación para fundar en él, aisladamente, la casación cuando el juzgador da por probados los hechos constitutivos del derecho reclamado por el actor. (Sentencia de 6 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra, por cuya virtud el contratista se comprometió a construir una vivienda de conformidad con el proyecto redactado por el arquitecto. El precio se fijó en razón a las horas de trabajo que fueran necesarias para ejecutar la obra encomendada. El comitente se negó a pagar la totalidad del precio reclamado por el contratista, y por ello éste lo demandó solicitando la cantidad reclamada y los intereses legales desde la interposición de la demanda.

El juez de Primera Instancia acogió en su integridad la demanda. El fallo de éste fue confirmado por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comitente.

NOTA.—En esta sentencia se tiene en cuenta un criterio que fue admitido en el Derecho romano para distinguir la *locatio conductio operis* de la *locatio conductio operarum* (cfr. KASER, *Römisches Privatrecht*, 11.ª ed., München, 1979, pp. 178-179; BETTI, *Istituzioni di Diritto romano*, vol. 2.º, Padova, 1960, pp. 247-248). No se alude, sin embargo, en esta sentencia, al criterio de la dependencia, que ha sido adoptado comunmente por la doctrina y la jurisprudencia francesa (cfr. MAZEAUD-JUGLARD, *Leçon de droit civil*, tomo III-2.º, *Principaux contrats*, París, 1974, pp. 613-614; PLANIOL-RIPERT-ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, tomo XI, 2.ª parte, *Contrats civils*, París, 1954, pp. 140-141).

Ciertamente tiene razón LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, tomo II-3.º, Barcelona, 1979, p. 183) cuando pone en cuestión el criterio de la dependencia, pues ni todos los servicios implican subordinación, ni en el contrato de obra se puede excluir una modalidad en la que el dueño vigile y dirija la actividad del contratista.

La tesis mantenida por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos es acertada para determinar cuando se está ante un contrato de obra. En cada caso se planteará el problema de determinar si la prestación es de resultado o de medios. Para solucionarlo habrá que interpretar el contrato celebrado por las partes y tener en cuenta en tal sentido dos criterios señalados por la doctrina: 1.º El criterio de la aleatoriedad o no en la obtención del resultado (TUNC, *La distinction des obligations de resultat et des obligations de diligence*, en *Juris Classeur Periodique*, La Semaine Juridique, 1945, I, núm. 449; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1972, p. 443); 2.º El sistema de imputación del riesgo en el caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación (LARENZ, *Lehrbuch*

des Schuldrechts, vol. 2.º, *Besonderer Teil*, 11.ª ed., München, 1977, p. 258; PALANDT-THOMAS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39 ed., München, 1980, p. 603; Díez-PICAZO, *Op. cit.*, p. 856; RIJABE, *La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse*, Thèse, Lausanne, 1958, pp. 15-16).

Desde luego, el problema de la imputación del riesgo, tal como dice el Tribunal Supremo, es básico para caracterizar al contrato de obra. El artículo 1.589 del Código civil imputa al contratista el riesgo de la pérdida del material hasta el momento de la entrega de la obra (*periculum rei*) porque la obra constituye una prestación de resultado. El artículo 1.590 responde a un criterio semejante: el contratista no puede reclamar el precio establecido cuando la obra se destruye antes de haber sido entregada al comitente (*periculum obligationis*). La destrucción de la obra en construcción implica que el resultado (*opus perfectum*) no ha sido logrado; por ello no tiene el contratista derecho a la contraprestación debida (el precio), aunque el perecimiento de la obra se deba a una causa de fuerza mayor.

Conviene, sin embargo, destacar que la doctrina laboralista (cfr. SAGARDOY BENGOCHEA, *Un contrato especial de trabajo: El contrato de ejecución de obra*, en este ANUARIO, 1964, I, pp. 60-63), teniendo en cuenta la propia normativa laboral, ha destacado que el contrato de obra reúne todos los caracteres para que sea regulado por el Derecho del trabajo. Los elementos que en tal contrato resaltan de modo especial, son, por un lado, el resultado, y por otro, el hecho de conseguirlo fuera de la empresa o de su círculo de vida, es decir, con la autonomía que antes vimos. Es por ello por lo que puede hablarse de un contrato especial de trabajo frente al general o típico.

A. C. S.

40. *Documentos auténticos*.—Como ya es doctrina jurisprudencial, no tienen la consideración de auténticos, a los efectos de la casación, los propios documentos básicos del proceso, por ser objeto de la cuestión litigiosa.

Clasificación de contrato.—Es preciso alegar alguna norma de hermenéutica contractual cuando se combate la interpretación o calificación dada por el Tribunal «a quo».

Interpretación de contratos.—Es facultad privativa del Tribunal de Instancia la interpretación de los contratos, a la que hay que atenerse en casación cuando no se impugne en forma legal.

Constancia del contrato en documento público.—Estando comprendido el contrato celebrado por los litigantes entre los que, según el artículo 1.280 del C. c., deben constar en documento público por ser transmisorio de bienes inmuebles, es indudable el derecho que asiste a los demandados recurridos para pedir el cumplimiento de esa formalidad, conforme dispone el artículo 1.279 del Código civil.

Mandato irrevocable.—Es doctrina jurisprudencial que el mandato es irrevocable cuando no corresponde a la mera confianza en que esta figura tiene su soporte, ni a la conveniencia o interés exclusivo del mandante, sino que obedece a exigencias de cumplimiento de otro contrato con derechos y obligaciones para él y para terceros, y por lo mismo ha de subsistir mientras subsista el contrato originario que motivó el otorgamiento del poder. (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1981; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña T. R. y su hijo don J. N., copropietarios en proindiviso de unos terrenos, celebraron con J. C. un contrato privado bajo el régimen denominado de «permuta» en virtud del cual, previa segregación de parte

de dichos terrenos, edificaría el señor C. en los mismos repartiéndose entre ellos los pisos resultantes, a cuyo fin madre e hijo apoderaron al señor C. para que procediera al otorgamiento de las escrituras públicas pertinentes, cosa que el señor C. no realizó.

Terminadas algunas edificaciones surgieron entre los contratantes algunas diferencias respecto a la distribución de los pisos. Al no llegar a un acuerdo, madre e hijo demandaron al señor C., quien se opuso a las pretensiones de los actores.

El juez de Primera Instancia estimó la demanda promovida por doña T. R. y don J. N. La Audiencia desestimó el recurso.

41. *Interpretación de los actos jurídicos.*—Es doctrina de este Tribunal en materia de interpretación de los actos jurídicos que debe predominar la efectuada por los juzgadores de instancia sobre la particular e interesada de los recurrentes, a menos que se acredite que aquélla es errónea, ilógica, contradictoria o contraviene algún precepto de la Ley.

Contrato de vitalicio en Galicia.—Aunque el término «vitalicio» no conste en el contrato (también es sabido que los contratos son lo que son, y no lo que digan los contratantes), consta que una de las partes transmite en propiedad a la otra dos bienes inmuebles por una cantidad insignificante (24.000 pesetas, frente al valor según peritación que también consta en autos de 2.457.128 pesetas), con obligación del adquirente de prestar asistencia, cuidados y servicios de por vida a los cedentes; forma de contrato innominado, comprendido dentro del llamado «contrato vitalicio a título oneroso» en sentido genérico, que incluye distintas formas concretas, según los diversos tipos de prestación, que unas veces consiste en cantidades de dinero, como ocurre en la renta vitalicia, mientras que en otras lo es la satisfacción de una pensión de alimentos en sentido estricto («in natura») o bien en sentido amplio (asistencia, cuidados, servicios, etc., además de la alimentación propiamente dicha); forma, la segunda, en sus dos variantes, de la que se ven muestras en Derecho francés («bail à nourriture»), suizo («entretien viager», recogido en el Código de las Obligaciones, art. 521 y siguientes), alemán (especialmente el llamado «Altanteil»), italiana («vitalizio alimentare») y sobre todo, por lo que aquí interesa, en el Derecho consuetudinario español, donde se encuentra la figura análoga de la llamada «dación personal» del Alto Aragón, con la importante especialidad de Galicia, denominada precisamente vitalicio o contrato vitalicio, subsistente en la actualidad, en cuanto que no fue derogado, expresamente, cuya validez se basa en la autonomía privada del artículo 1.255 del Código civil, con la importante particularidad de que, justo porque es un contrato innominado, sin tipificación específica, habrá de regirse por los pactos, cláusulas y condiciones que las partes establezcan, con la cobertura legal común a toda clase de vitalicio como contrato oneroso que el Código regula, es decir, la renta vitalicia. (Sentencia de 1 de julio de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores habían transmitido a los demandados dos fincas rústicas por un precio de 24.000 pesetas y la obligación de estos últimos de cuidar de los cónyuges vendedores hasta su fallecimiento.

Los actores reclamaban la nulidad del contrato y subsidiariamente su resolución, alegando el incumplimiento de su obligación de cuidado por los compradores.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

El recurso, dice el Tribunal Supremo, parte del error de estimar que el contrato discutido, de acuerdo con los términos que en el mismo figuran, es una compraventa en la que concurren dos de los requisitos indispensables para su validez, que son el consentimiento y el objeto, pero no la causa, que aunque también concurrente, es falsa, pues la única contraprestación existente son «unos servicios consistentes en atenciones y cuidados que no son especificados ni pueden considerarse como precio», produciéndose la nulidad del acto actuable con base en el artículo 1.300, sin tener en cuenta, como se acordó anteriormente, que los contratos son lo que son, y no lo que se diga por los contratantes, y en este caso, ya se vio que se está en presencia de un contrato de «vitalicio oneroso» que reúne los requisitos exigidos y en el que la causa, como contrapunto a la entrega de unos bienes inmuebles transmitidos en propiedad (art. 1.802 del Código); es decir, aquello en consideración a lo que se hace entrega a los efectos del artículo 1.274, es la prestación de los servicios, cuidados y atenciones, durante todo el tiempo de la «vida contemplada», no pudiéndose hablar de precio porque éste no existe ni tiene que existir, teniendo, como ya se dijo, la cantidad figurada en el contrato un puro valor simbólico; y cuyo incumplimiento o mal cumplimiento sólo puede dar lugar, según el artículo 1.805, a reclamar judicialmente su efectividad, no a exigir la devolución del capital o bienes entregados.

42. *Cosa juzgada*.—Para que pueda producirse situación de cosa juzgada material se precisa la concurrencia total de la identidad de personas, cosas y acciones o causa de pedir («eadem personae», «eadem res», «eadem actionis», «eadem causa petendi») según tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencias, entre otras de 7 junio de 1944, 14 junio de 1945 y 28 octubre 1964, lo que ha de ser apreciado estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del posterior litigio, pues de la paridad entre los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, interpretada, si es preciso, con los hechos y fundamentos que sirvieron de base a la petición (Sentencias 4 de abril 1952) y requiriéndose para apreciar dicha situación de cosa juzgada una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretenda, de tal manera que no puedan existir en armonía los dos fallos (Sentencias 24 marzo 1948 y 30 noviembre 1953).

De lo expuesto se deduce que no existe en este caso cosa juzgada, por no darse la misma causa en las pretensiones de devolución de la suma de 2.000.000 de pesetas, pues en el primero se establecía como causa una relación jurídica de préstamo y en éste la causa se fundamenta en una situación de «enriquecimiento injusto».

Enriquecimiento injusto.—Reconocido por los mismos demandados que el actor les había entregado la cantidad de 2.000.000 de pesetas, que no fue devuelta, es de aplicación la doctrina de enriquecimiento injusto, dándose los requisitos jurisprudencialmente exigidos al respecto, cual es un enriquecimiento por parte de los demandados, representado por la ventaja patrimonial de recibir 2.000.000 de pesetas del demandante, un empobrecimiento de éste, significado por el daño que supone verse privado de tal suma y falta de contraprestación justificante del mantenimiento de dicho

enriquecimiento, o lo que es lo mismo, ausencia de justificación de contraprestación alguna acreditativa de la no procedencia de su devolución (Sentencias de 24 de junio de 1920, 8 de octubre 1927, 11 de julio 1940, 2 julio 1946, 29 abril 1947, 28 octubre 1950, 24 y 31 octubre 1951, 16 junio 1952 y 24 de septiembre y 9 de noviembre de 1953). (Sentencia de 25 de junio de 1982; ha lugar.)

HECHOS.—El actor formuló demanda de mayor cuantía contra los dos demandados, exponiendo que había entregado a éstos la cantidad de dos millones de pesetas en concepto de préstamo y solicitando se condenara a su devolución. Los demandados alegaron que los 2.000.000 de pesetas habían sido entregados como parte del precio de compra de dos apartamentos, quedando otros 3.000.000 de pesetas por pagar y formulando reconvencción por dicha cantidad. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que quedó firme, consideró que ni el actor había probado haber entregado la cantidad que reclamaba en concepto de préstamo, ni los demandados que dicha entrega hubiera sido como parte del precio de una compraventa, desestimando la demanda y la reconvencción.

A continuación el actor formuló una nueva demanda de mayor cuantía contra los demandados reclamando los 2.000.000 de pesetas como consecuencia del principio del enriquecimiento injusto. El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia confirmó la Sentencia. El Tribunal Supremo, sin embargo, estimó el recurso de casación interpuesto, casó la Sentencia de la Audiencia y dictó otra nueva.

43. *Asunción de la obligación de indemnizar. Daños en finca colindante. Compromiso del nuevo propietario. Novación modificativa. Consentimiento del acreedor.*—El artículo 1.204 C. c. se refiere a la novación propia o extintiva, que no es el supuesto que aquí se contempla, en el que la obligación simplemente se modifica sustituyendo la persona del deudor por otro nuevo que asume la misma e idéntica obligación que tenía el anterior, que no requiere «animus» extintivo, sino el consentimiento del acreedor sin exigirse que tenga que recaer en el momento mismo en que los dos deudores acuerdan la operación, sino que puede ser posterior. (Sentencia de 7 de junio de 1982; no ha lugar.)

44. *Culpa extracontractual. Accidente de circulación. Cuantificación del daño. Doctrina general.*—En los supuestos de indemnización de daños causados por culpa extracontractual, la cuantificación de los mismos corresponde exclusivamente a los Tribunales de Instancia, habiéndose establecido por Sentencia de 15 diciembre 1981 que «el artículo 1.902 no contiene norma o regla secundaria de valoración del daño, ni referencia al momento que ha de tenerse en cuenta para su estimación, por lo que estos datos han de ser conjugados por el juez según el resultado de la prueba y dentro de las facultades atribuidas al mismo por reiteradísima jurisprudencia como problemas de hechos incursos en su soberanía de apreciación», doctrina que confirma la sentada anteriormente por la Sentencia de 13 noviembre 1981, que aclara que el módulo cuantitativo indemnizatorio, como cuestión de hecho, no es susceptible de impugnación por el cauce de la interpretación errónea del artículo 1.902 C. c.

Daño moral.—La doctrina general sobre cuantificación del daño tiene aún una más ajustada aplicación en la indemnización por daños morales, constituidos, según dijo la Sentencia de 28 febrero 1964, por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, al honor, la libertad y otros análogos, bienes que deben ser indemnizados discrecionalmente como compensación a los sufrimientos del perjudicado, siendo su valoración cuestión de hecho de la exclusiva y soberana apreciación del Tribunal de Instancia. (Sentencia de 7 de octubre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia extractada expresa que «es precisa y únicamente el necesario respeto a esta libre y soberana apreciación, el que impide a la Sala de Casación fijar, como tal vez sería justo, una más alta cuantificación de la indemnización a abonar al recurrente por los gravísimos daños físicos y morales causados a consecuencia del accidente». Afirmación inusual, plenamente justificada por lo demás, ya que, a consecuencia del atropello por un autobús de una niña de seis años, además de necesitar un año de curación, con cinco intervenciones quirúrgicas, fractura de pelvis e incontinencia de heces por toda su vida, aparato ortopédico en la pierna derecha con probable amputación ulterior, precisará botas ortopédicas en ambos pies y necesitará cesárea en cualquier parto que pueda tener. La indemnización concedida en ambas instancias, aparte de los gastos médicos, es de dos millones de pesetas, solicitándose tres por la parte recurrente, que el T. S. no concede por la doctrina extractada.

G. G. C.

45. *Acción civil derivada de falta no renunciada ni reservada.*—La acción civil dimanante de falta de imprudencia simple fue ejercitada oportunamente en el proceso penal por medio de acusación particular, haciendo uso de la facultad que a los perjudicados concede el artículo 111 de la L. E. Crim., no constando reserva ni renuncia alguna, por lo cual no hay violación por inaplicación del artículo 116 de la misma Ley que presupone el no ejercicio de la acción civil en el proceso penal.

Acción ex art. 1.903 contra padre del responsable penal insolvente.—Solamente en los casos de extinción de la acción penal por no poder declararse un hecho delictivo (absolución, sobreseimiento, muerte o rebeldía, indulto) queda expedita la jurisdicción de los Tribunales civiles según se deduce de las Sentencias de 9 febrero 1961, 12 mayo 1981, 14 diciembre 1961 y 20 marzo 1965; en otro caso quedan definitivamente resueltas las responsabilidades civiles derivadas de la infracción penal, pues la competencia de los Tribunales penales excluye, sobre todo en supuestos de sentencia condenatoria, la competencia de los Tribunales de este orden al quedar la acción civil consumida o agotada. (Sentencia de 10 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

46. *Responsabilidad civil de los padres por daños cometidos por los menores. Prevalencia de la jurisdicción penal. Actos propios.*—El recurrente va abiertamente contra sus propios actos, ya que al contestar la demanda, lejos de plantear la incompetencia jurisdiccional que en este trámite casacional aduce, aceptó las normas invocadas por el demandante respecto de

competencia y trámite, invocando las excepciones de falta de personalidad del demandado y la de prescripción de la acción, de ahí la extemporaneidad del planteamiento en el acto de la vista de la alzada de la cuestión de prejudicialidad penal, correctamente rechazada en la sentencia impugnada, y del exceso de jurisdicción que en este recurso se acusa, cuando el acatamiento verificado en la instancia a la competencia jurisdiccional, sin oponer la oportuna excepción, justifica el rechazo del motivo, como esta Sala dijo en sus Sentencias de 13 noviembre 1934, 3 marzo 1950 y 21 junio 1952. (Sentencia de 16 de julio de 1982; no ha lugar.)

No deja de sorprender el planteamiento del recurso y la misma resolución recaída. Los hechos básicos consistieron en que, jugando varios menores de edad, uno de ellos, mediante un disparo de carabina, produjo la pérdida de un ojo al otro. No parece que los hechos dieran lugar ni a la intervención de los Tribunales Tutelares de Menores ni tampoco a la jurisdicción criminal. No deja de sorprender que la parte demanda haga valer, en trámite de alzada, la prevalencia de la jurisdicción penal, ¿para lograr una mejor defensa o para dilatar el procedimiento? En todo caso, si hay indicio de responsabilidad penal, el pasar el tanto de culpa a los Tribunales de este orden es una norma imperativa que no puede subordinarse, parece, a la doctrina de los actos propios.

G. G. C.

47. *Culpa extracontractual. Prescripción de la acción. Tratamiento restrictivo.*—Según las Sentencias de 17 diciembre 1979 y 16 marzo 1981, la prescripción extintiva, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no ha de merecer una aplicación técnicamente desmedida por fundada en una aplicación rigorista, antes bien, como instituto no fundado en justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo.

«*Dies a quo*».—El tratamiento restrictivo de la prescripción conduce a fijar el «*dies a quo*», no en la fecha del sobreseimiento libre, ni siquiera en la del auto de determinación cuantitativa de las cantidades máximas exigible con cargo al Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, al que tantas sentencias atribuyen el efecto de la ruptura del tracto temporal de la prescripción, sino a partir de la notificación de dicho auto a los perjudicados.

Interrupción del plazo por demanda de pobreza.—Es corriente doctrina de esta Sala que la demanda de pobreza interrumpe el plazo de prescripción, aunque no se presente con la principal, si en aquélla se expresa con términos precisos el futuro pleito en que se utilizará el beneficio, debiendo advertirse que el plazo del año, por ser material (Sentencia de 1.º febrero 1982 y las que allí se citan) debe computarse arregladamente a lo que dispone el artículo 5.1. del Código civil. (Sentencia de 8 de octubre de 1982; no ha lugar.)

48. *Culpa extracontractual. Daños por inmisión de polvo industrial en plantación de naranjales. Causa determinante.*—La causa adecuada y determinante del daño no es otra que la inmisión del polvo industrial, producido por las fábricas de los demandados, en la finca agrícola del actor, con la consecuencia del deterioro y disminución de la cosecha, causa incluso reco-

nocida por los demandados, sin que por su parte hubieran acreditado la eficacia de otras concausas, aun de darse las mismas, lo que convierte en correcta la sentencia impugnada al atenerse a las más autorizada doctrina que señala como causa aquélla que, aun concurriendo con otras, sea la decisiva y la determinante del evento dañoso, en relación con las circunstancias del caso y el buen sentido, según indicó la Sentencia de 30 diciembre 1981.

Prescripción. «Dies a quo». Doctrina general. Notificación sentencia penal absolutoria.—Cuando la sentencia o resolución judicial firme despeja de obstáculos procesales y abre el camino para el ejercicio de las acciones resarcitorias derivadas del artículo 1.902 C. c., es lógico, equitativo y razonable sentar que esa posibilidad de ejercicio surge en el mundo jurídico y judicial cuando formalmente se le notifica al interesado, es decir, «cuando lo supo el agraviado» en dicción del artículo 1.968-2.º C. c., pues en tanto no ocurra ello no se le puede cargar a la cuenta de la inactividad de éste (fundamento subjetivo de la prescripción) el desconocimiento de una circunstancia determinante de su derecho, cuya constancia no depende de él, sino de un deber oficial cual es la notificación de un acuerdo judicial (artículo 260 L. E. C.), sin la cual no existe para el interesado, quien si bien tiene derecho a ella, no tiene ciertamente el deber de exigirla, a salvo siempre el que corresponde «ex officio» a los jueces y tribunales.

Doctrina aplicable a las acciones nacidas de culpa o negligencia.—El principio general del artículo 1.969 C. c. hay que entenderlo subordinado al especial del artículo 1.968-2.º, para las acciones derivadas de culpa o negligencia, cuyo cómputo se inicia desde «que lo supo el agraviado», factor cognoscitivo que constituye una particularidad propia de las mismas en el que la prueba no puede ser otra que la notificación procesal cuando ese conocimiento libre de obstáculos viene condicionado por un proceso penal en el que no se hizo reserva de acción civil, criterio seguido por esta Sala en asuntos derivados de la Ley del Automóvil, en torno a la notificación del auto llamado de fijación de cantidad exigible, y no a la fecha del auto de sobreseimiento. (Sentencia de 14 de julio de 1982; no ha lugar.)

Sentencia notable por varias razones. En primer lugar por constituir un ejemplo de lo que, en términos amplios, podemos denominar «daño ecológico» que con frecuencia viene planteándose últimamente ante los tribunales españoles. La colisión entre los intereses de la industria y de la agricultura en el Levante dista de encontrar soluciones aceptables para la parte más débil, obviamente las plantaciones de naranjas. En segundo lugar, porque habiéndose debatido en la instancia la posible concurrencia de otras causas de la pérdida de cosecha (descuido o negligencia del perjudicado) el T. S. sigue la dirección de la causa determinante o prevalente. Por último, en cuanto al «dies a quo» del plazo prescriptivo, porque extiende la conocida doctrina que viene últimamente aplicando a las acciones derivadas de la Ley del Automóvil a otros supuestos incluidos genéricamente en el artículo 1.902.

G. G. C.

49. *Culpa extracontractual. Lesiones por caída de tablones. Iliquidez de la suma debida. Abono de intereses.*—Según constante doctrina de esta Sala, de la que son exponentes las Sentencias de 30 marzo y 8 junio 1981, y 15

febrero y 22 abril 1982, en aquellos supuestos en los que se llega a la determinación del daño en la sentencia recaída en la instancia, ello es demostración de la iliquidez de la cantidad originariamente reclamada, lo que constituye un obstáculo para la condena al deudor al pago de los intereses, lo que por ello no son de abono desde la fecha de la interpelación judicial, sino desde la firmeza de la sentencia. (Sentencia de 18 de octubre de 1982; ha lugar.)

50. *Culpa extracontractual. Daños por inundación en local arrendado. No es responsabilidad contractual.*—La responsabilidad del arrendador, con específica proyección al local arrendado, se basa en haber omitido las obligaciones que le vienen impuestas legalmente, alcanzando únicamente a reparaciones o mantenimiento en el goce pacífico del local arrendado, y no a las que hubieran de ser llevadas a cabo en dependencias distintas de las arrendadas, o que por haberlo sido inadecuadamente, o por comportamiento culposo o negligente en ellas, sean productoras de daños a terceros, y, en particular, a quien sea arrendatario del local en donde el resultado dañoso es producido, que tienen su adecuado cauce reparador por la vía extracontractual o aquiliana.

Concurrencia de culpas.—La causa determinante del daño causado por inundación al averiarse una motobomba, proviene tanto del comportamiento de los demandados, al no haber adoptado las cautelas más elementales, realizando obras que incrementaban el riesgo de averías, como por el actuar del demandante a quien correspondía la limpieza del sumidero, y por su retraso en acudir al almacén para evitar el incremento del daño a la mercancía y falta de precaución en la colocación de ésta. (Sentencia de 23 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

51. *Culpa extracontractual. Responsabilidad civil derivada de delito. Extinción de la responsabilidad penal por indulto. Innecesariedad de litisconsorcio pasivo.*—No es lícito imponer un proceso inútil a personas totalmente ajenas a la relación de causalidad, como ocurre en este caso con la entidad I. que no ha tenido parte alguna en la originación del accidente controvertido. (Sentencia de 6 de octubre de 1982; no ha lugar.)

52. *Culpa extracontractual. Daños por fumigación en finca colindante. Solidaridad de los responsables. Inexistencia de situación litisconsorcial.*—La relación creada por el contrato de arrendamiento de obras con una sociedad anónima que, en su ejecución, incurre en imprudencia con resultado de daños a terceros, excluye toda posibilidad de oponer y, de apreciar la existencia de situaciones litisconsorciales de carácter necesario.

Solidaridad entre los responsables. Legitimación pasiva. Acción directa contra el asegurador.—Tratándose de una hipótesis del denominado por la doctrina litisconsorcio pasivo «cuasi necesario», y siendo permitido sustanciar la reclamación tan sólo frente a alguno de los interesados, bastaría no ya dirigir la acción contra el autor material del daño, el responsable civil por el hecho ajeno y asegurado, y contra el asegurador voluntario,

sino que sería suficiente interponer la demanda contra la compañía aseguradora ejercitando la acción directa que ha reconocido la jurisprudencia y proclama ahora el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 octubre 1980. (Sentencia de 28 de mayo de 1980; no ha lugar.)

53. *Culpa extracontractual. Muerte por inmersión en una piscina.*—Declarado probado que en la piscina de la urbanización no existía el personal adecuado e idóneo de vigilancia que exigen los artículos 20 y 21 de la O. M. de 31 mayo 1967, y que el que había no adoptó todas las prevenciones necesarias para evitar lo que resultó, es decir, la muerte de un bañista al ahogarse en la piscina, hecho que no fue descubierto por el encargado que había cerrado las instalaciones, sino por los compañeros de la víctima, la cual no pudo ser auxiliada, se concluye por establecer la declaración de responsabilidad atribuida al dueño de la urbanización, al no tener los necesarios medios de vigilancia y auxilio posterior a cualquier accidentado en un establecimiento público. (Sentencia de 23 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

Es de observar que el dictamen del forense es que la muerte se debió a un corte de digestión, por lo cual no debe excluirse que la víctima cometió una imprudencia al bañarse. La sentencia condenatoria se basa en la omisión de las precauciones reglamentarias que deben adoptar los responsables de piscinas abiertas al público. No se entra en sí, de haberlas observado, el resultado hubiera sido el mismo.

G. G. C.

54. *Culpa extracontractual. Lesión en accidente de circulación. Sentencia penal absolutoria.*—Las sentencias recaídas en el proceso penal no gozan del carácter de documentos auténticos a los efectos del recurso de casación, máxime cuando se trata de sentencias absolutorias que no prejuzgan la valoración de los hechos que pueda hacerse en vía civil.

Prescripción. «Dies a quo».—Habiendo adquirido firmeza la sentencia absolutoria recaída en juicio de faltas no comienza a correr el plazo de prescripción desde ese momento, sino desde que se dictó el auto de fijación de la cantidad máxima que podía reclamar el perjudicado en concepto de daños y perjuicios.

Cuestión de hecho.—En los pleitos sobre responsabilidad civil es cuestión de hecho a los efectos del recurso de casación la descripción y apreciación de los hechos constitutivos de la acción u omisión incriminada, función que incumbe al Tribunal de Instancia sin posibilidad revisoria en casación, salvo por el estrecho cauce del error de hecho.

La calificación de la acción como culpable es cuestión de derecho.—No puede menos de considerarse como culpable, tal como lo apreció ya el Tribunal «a quo», no sólo por circular a velocidad superior a la permitida, sino porque consta probado que el conductor se apercibió de la presencia de unos niños de corta edad al margen de la carretera y no previó, como aconteció después, que dada la natural inconsciencia de los mismos era de esperar para un conductor diligente que podrían lanzarse inopinadamente a invadir o cruzar la vía, pues dadas las condiciones mentales de un niño de

ocho años, lo normal es que no prevea el mal que de su conducta pueda sobrevenirle.

Concurso de culpas.—Según criterio de las Sentencias de 5 abril 1963 y 26 junio 1968 no cabe concurrencia de culpas en los menores, a la sazón perjudicados, si bien en el presente caso no ha sido recurrida en este punto la sentencia que declaró dicho concurso. (Sentencia de 15 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

55. *Culpa extracontractual. Sigue siendo básico el principio culpabilístico. Exoneración en caso de culpa exclusiva del perjudicado.*—Como dice la Sentencia de 27 mayo 1982, es el principio de la responsabilidad por culpa el básico de nuestro ordenamiento y el acogido precisamente en el artículo 1.902 C. c., de tal suerte que se da por punto general la necesidad ineludible de que el hecho le haya de poder ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable, aunque a salvo los varios paliativos de tal principio introducidos por la doctrina de esta Sala, y el rigor interpretativo que, en beneficio del perjudicado, viene impuesto por la presente realidad social y técnica, a través del cauce del artículo 3.1 C. c.; y por ello cuando el aporte de culpa del interfecto y víctima fue tan acusado y determinante que, a nadie más que a él mismo y a su propia conducta, puede serle imputado el resultado letal producido, procede la exoneración de responsabilidad; como ocurre cuando el interfecto, que conocía perfectamente los riesgos de una manipulación en el transformador, sin necesidad alguna, y sin esperar a la llegada del técnico electricista llamado a la reparación de la avería, procedió a entrar en la caseta del transformador y a manipular en éste, recibiendo una descarga de corriente eléctrica en alta tensión que le ocasionó la muerte instantáneamente. (Sentencia de 4 de octubre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Véase el comentario a la Sentencia de 27 mayo 1982, en este mismo ANUARIO.

56. *Culpa extracontractual. Evolución del principio subjetivista. Importancia de la culpa de la víctima.*—Sin desconocer en la esfera de la culpa extracontractual la evolución experimentada por el principio subjetivista en la doctrina y en la jurisprudencia hacia pautas propias de la responsabilidad objetiva, bien imponiéndola como contrapartida de la actividad provechosa pero generadora de riesgo para los demás (*«ubi emolumentum, ibi onus»*), ora acudiendo a la inversión o atenuación de la carga de la prueba, o a la elevación del nivel de cuidado exigible, que ha permitido hablar del «agotamiento de la diligencia», en modo alguno viene permitida la exclusión sin más —aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la presente realidad social y técnica— del básico principio de la responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo (Sentencias de 14 diciembre 1976 y 27 abril 1981), lo que comporta la indeclinable necesidad de que el acto dañoso tenga que ser antijurídico, por vulnerar una norma, aun la más genérica (*«alterum non laedere»*), protectora del bien lesionado, y culpable, esto es, imputable a negligencia o dolo del agente, por más que la diligencia obligada —que habrá de ser

«irreprochable», como dijera esta Sala— abarque no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino también todos los que la prudencia imponga para prevenir el daño; y desde luego habrá que partir del postulado, como tal irrefutable (Sentencias de 17 octubre 1974, 12 abril 1975 y 3 abril 1979), de que la culpa de la víctima exonera al agente cuando es único fundamento del resultado, rompiendo el nexo causativo, pues por manifiesto ha de tenerse que en tal supuesto no autorizan la condena del otro, ni el precepto legal, ni la equidad, ni la lógica.

Muerte por explosión de compresor de barco. Negligencia profesional de la víctima. Obligación del jefe de máquinas.—El artículo 632, segunda parte, regla 3.ª, del Código de comercio establece como específica obligación del jefe de máquinas la de mantenerlas «en buen estado de conservación y limpieza», realizando lo concerniente «a fin de que estén siempre dispuestas para funcionar con regularidad, siendo responsable de los accidentes o averías que por su impericia o descuido se causen al aparato motor, al buque y al cargamento», precepto con el que se concilia el artículo 18 de la Ordenanza de Trabajo en la Marina Mercante de 20 mayo 1969, al hacer responsable a dicho miembro de la dotación con funciones técnicas, del «buen funcionamiento de los servicios asignados al departamento de máquinas», incluso confiriéndole autoridad sobre el contramaestre de máquinas o calde-retero; a tenor de lo expuesto no cabe apreciar antijuricidad alguna en el proceder de la empresa naviera, ni del dueño de la embarcación, ni siquiera en el genérico sentido de haber faltado a un mandato amplio de diligencia con relación a bienes jurídicamente protegidos, sino que el lamentable suceso provino de la negligencia de la propia víctima, incumpliendo obligaciones —abrir las válvulas de comunicación del compresor y, en su caso, mantener en debidas condiciones de limpieza y operatividad la válvula de emergencia o seguridad— que formaban parte de su cometido profesional como técnico de las máquinas del buque. (Sentencia de 27 de mayo de 1982; ha lugar.)

NOTA.—Con cierta frecuencia —quizá reiterada en los últimos tiempos— el T. S. nos «sorprende» con declaraciones que parecen volver al principio subjetivo o culpabilístico en materia de culpa extracontractual. En el presente caso se reclamaba por la muerte del jefe de máquinas de un barco, fallecido al explotar un tubo del compresor, siendo de destacar que tanto las sentencias de primera como de segunda instancia habían estimado la demanda de la viuda y otorgado una indemnización de un millón de pesetas. El Tribunal Supremo se ve forzado a profundizar en los deberes y obligaciones que profesionalmente recaían sobre la víctima del accidente, llegando a la conclusión de que éste se produjo exclusivamente por su culpa o negligencia, por lo cual estima el recurso del naviero y del propietario del barco, absolviéndoles de toda responsabilidad. En el tercer considerando se hace una apretada síntesis de la evolución jurisprudencial en la materia, dejando bien claro que sigue en vigor el principio básico de la responsabilidad por culpa, que informa el artículo 1.902 C. c., y que resulta contrario al texto legal, a la equidad y a la lógica, imputar responsabilidad cuando el daño se produce exclusivamente por culpa de la víctima. La responsabilidad cuasi-objetiva supone la existencia de un nexo causal entre la conducta del responsable y el daño producido, el cual si deja de existir por interferirse la acción de la víctima, exonera de responsabilidad. Lo contrario sería una

absoluta socialización del daño que no se compadece bien con los principios generales de nuestro Derecho civil. En conclusión, el «retroceso» o vuelta atrás» en la línea progresiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de culpa aquiliana es sólo aparente.

G. G. C.

57. *Seguro de daños. Subrogación legal del asegurador frente al causante de los daños. Causa principal del siniestro.*—Aunque se aprecia una conjunción o concurrencia de causas originadoras del incendio, se destaca como más relevante la que fue debida a la actuación del demandado, consistente en entroncar a una chimenea de evacuación de humos de calefacción, en la planta inmediatamente superior al establecimiento de exposición y venta de muebles del perjudicado, un tubo metálico acodado, obstruyendo casi totalmente la chimenea, con la consiguiente imposibilidad de que los humos provenientes de la calefacción del establecimiento de muebles tuvieran una salida normal, en la forma en que venía acaeciendo desde hacía varios años sin que se produjera siniestro de clase alguna y tal hecho fue la causa principal, al producirse el recalentamiento del combustible que alimentaba el sistema de calefacción del establecimiento de muebles, de que se inflamara dicho combustible; y ha de tacharse cuando menos de imprudente la actuación del demandado, al no prever lo que era previsible. (Sentencia de 14 de junio de 1982; no ha lugar.)

58. *Culpa extracontractual. Daños por obras en finca colindante. Concurrencia de culpas entre arquitecto y contratista.*—Sin desconocer el rango profesional del arquitecto, con sus deberes de conocimiento y estudio del terreno sobre el que se edifica, y el cálculo de la carga que el suelo debe soportar, para evitar desplazamientos, como recordó la Sentencia de 22 noviembre 1971, cabe que a su falta de diligencia se una la del contratista, con significación de culpabilidad no menos evidente, como esta Sala decidió en las Sentencias de 24 enero 1975 y 29 marzo 1980, y basta el relato de lo acaecido para concluir que ha de tenerse por indudable la colaboración culposa del constructor, desentendiéndose de la vigilancia de una obra tan peligrosa como es el vaciado de un solar con edificios fronteros, encomendando tal fiscalización a quien carecía de los mínimos conocimientos para ello.

Culpa profesional del contratista.—Aun prescindiendo de que en la actualidad el «status» profesional del contratista no siempre se acomoda a la pauta, otrora usual, de subordinación al arquitecto, el proceder del interesado en el caso de que se trata, absteniéndose de atender a la obligada vigilancia, y de adoptar las medidas que la simple observación imponía para prevenir todo desplazamiento del terreno, con evidente peligro para un endeble edificio tan cercano, comporta obviamente la inobservancia del grado de diligencia que al recurrente le era exigible en razón de las circunstancias. (Sentencia de 19 de abril de 1982; no lugar.)

59. *Culpa extracontractual. Responsabilidad por daños cinegéticos. Doctrina general.*—Según la Sentencia de 8 abril 1958, la responsabilidad civil

derivada de culpa o negligencia fuera de todo vínculo contractual precedente, tiene su origen generador en el artículo 1.902 C. c. desarrollado en las normas subsiguientes para supuestos concretos, y entre ellos el del artículo 1.906, que determina la del propietario de una heredad de caza frente a los que lo sean de las fincas vecinas, por los daños causados por los animales cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación, o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla, deber de indemnizar fundado en la pasividad o actitud negativa por parte del dueño del predio o, en su caso, del titular del derecho de caza, que comporta negligencia o incumplimiento de una carga de vecindad; preceptos que deben ser completados con el artículo 33 de la Ley de Caza de 1970 y el artículo 35 de su Reglamento de 1971, a tenor de los cuales serán responsables del menoscabo patrimonial originado por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados, los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, con responsabilidad subsidiaria de los dueños de los terrenos.

Inexistencia de concurrencia de culpas.—Se trata de piezas de caza procedentes de los terrenos acotados, que se desplazaron por su excesiva multiplicación, no combatida en forma por quienes venían legalmente obligados a ello, buscando la inmediación del pasto, por lo que claramente es de apreciar una responsabilidad que el legislador mantiene aun en los casos de duda (art. 35, pár. b, del Reglamento de 1971), y que impone rechazar toda hipótesis de culpabilidad de los perjudicados, interfiriendo la relación de causalidad para romper el nexo. (Sentencia de 14 de julio de 1982; ha lugar.)

La sentencia de la A. T. había declarado la concurrencia de culpas con base en que cierto número de roedores habían pasado a las fincas limítrofes, abriendo e instalando madrigueras y permaneciendo establemente fuera del perímetro cinegético, por lo cual sólo condenó a abonar el 40 por 100 del daño causado. El T. S. hace la observación fáctica de que si esos animales invadieron las parcelas de los perjudicados, salieron del coto según las pruebas practicadas, y por ello se ha incurrido en responsabilidad civil extracontractual.

4. Derechos reales

60. *Tercera de dominio.*—Resulta probado que el demandado ejecutado era arrendatario de la misma, por lo que es obvio que tiene derecho a hacer suyos los frutos como aprovechamiento agrícola, según el contrato, siendo por tanto la cosecha de su propiedad. (Sentencia de 21 de junio de 1982.)

HECHOS.—El dueño de una finca rústica ejercita una acción de tercera de dominio contra el ejecutante y el ejecutado —este último arrendatario de la finca— con la pretensión de alzamiento e inefectividad del embargo trabajo sobre la cosecha de alfalfa, solicitando se declare ésta de la propiedad del tercerista. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial desestimó la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

61. *Incongruencia.*—Alegada por la recurrente la incongruencia de la sentencia impugnada, al amparo del artículo 1.692, 3.º de la L. E. C. y fundamentado el motivo en que el Tribunal sentenciador establece en su fallo «... que se practique la partición mediante la venta de la finca en

pública subasta...», lo que implica según la recurrente otorgar más de lo pedido, es patente su inconsistencia dado que en el apartado c) del suplico de la demanda se interesa que «...al no haberse llegado a un acuerdo sobre la adjudicación a uno de ellos, con indemnización al otro, el señor P. C. tiene derecho a exigir la venta en pública subasta», que es precisamente lo que ha acordado la resolución recurrida.

Indivisibilidad de cosa común. Defectos del recurso.—No puede prosperar el motivo que, al amparo del artículo 1.692, 1.º de la L. E. C., denuncia la infracción, por interpretación errónea, del artículo 401, pfos. 1.º y 2.º en relación con el artículo 1.062, pro. 1.º, ambos del C. c., al no estimar que el edificio objeto de este proceso es susceptible de división, toda vez que si bien se citan dos preceptos relacionados con la división de las cosas comunes, es lo cierto que el primero de dichos artículos contempla dos supuestos que además de perfectamente diferenciados vienen referidos a hipótesis distintas, razón por la cual, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1.620 de la L. E. C., debieron ser desarrollados en motivos diversos; el pfo. 1.º relativo a la imposibilidad de exigir la división cuando la cosa común resulte inservible para el uso a que se destina, y el 2.º que regula la conversión de la copropiedad ordinaria en propiedad horizontal.

Cosa común. Fórmulas para salir de la indivisión.—Con objeto de hacer cesar las siempre polémicas situaciones de indivisión, la Ley ofrece a los condóminos estas posibilidades: Pedir la división de la cosa común, opción que a su vez contiene dos alternativas; el ejercicio de la «actio communi dividundo», estrictamente jurisdiccional y acudir a los árbitros o amigables componedores (arts. 400, 1 y 400, 2 del C. c.); interesar que se adjudique el objeto del condominio a uno de los comuneros mediante la correspondiente indemnización a los demás (art. 404 C. c.); pedir la adjudicación de pisos y locales independientes, con sus elementos comunes anejos, lo que da lugar a la conversión de la situación de comunidad ordinaria en propiedad horizontal (art. 401, 2 del C. c.); y por último, solicitar la venta del bien común en pública subasta (art. 404 del mismo Cuerpo legal).

Indivisibilidad. Cuestión de hecho.—Descartadas por ambas partes la adjudicación a una de ellas del edificio y resuelto en primera y segunda instancia el proceso (lo que elimina la vía arbitral), en favor de la tesis del actor, o sea, la venta en pública subasta, sólo queda contemplar si el juicio del tribunal «a quo» ha incidido en la interpretación errónea del artículo 401, pfo. 2.º del C. c., que le imputa al recurrente, cuya argumentación no parece tener en cuenta que el citado precepto y párrafo exigen como requisito esencial para su aplicación que las características del edificio lo permitan, lo que en este caso y por los presupuestos fácticos que se han dado como probados en esta sentencia no acontece, dado que, aun cuando en defensa de tal posibilidad se argumente por la recurrente que el edificio es divisible, ello no es exacto, implicando un hacer supuesto de la cuestión, dado que la resolución recurrida, después de declarar que en la casa en cuestión «... son completamente distintos el bajo y el principal...», afirma que «... ante la diversidad de características del piso bajo y de la planta

alta del inmueble, la divisibilidad resulta incuestionable...» (Segundo Considerando de la sentencia recurrida).

Indivisibilidad. Cuestión de hecho. Defectos del recurso.—La recurrente, al estimar que el edificio en cuestión es divisible frente a la tesis del Tribunal «a quo», descuidó atacar tal alegación por la vía del núm. 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., lo que es fundamental cuando se está aludiendo constantemente a una situación de hecho, la del inmueble como entidad real y objetiva, aspecto este en el que como consecuencia de dicha omisión y por razón de la especial naturaleza del recurso de casación, esta Sala no puede entrar. (Sentencia de 8 de octubre de 1982; no ha lugar.)

62. *Legitimación del Presidente de la Comunidad y de cualquier propietario.*—Dicha obra de cierre inconsciente, mediante el cual el demandado sustrae a la copropiedad un elemento común que queda en su exclusivo beneficio, actuación que permite, a mayor abundamiento, ser judicialmente discutida por cualquier condómino afectado y, por supuesto, con mucho mayor motivo por el Presidente de la Comunidad que legalmente ostenta la representación de la misma como con irreprochable corrección también advierte la sentencia de Primera Instancia en razonamiento que hace suyo la apelación. La cita del artículo 1.715 del Código civil, según el cual no se consideran traspasados los límites del mandato comunitario cuando se cumple de manera más ventajosa el conferido por la Comunidad, lo que cierra definitivamente el camino a la supuesta extralimitación del representante de ésta y a la viabilidad del motivo apoyado en la misma.

Interpretación del contrato.—Ha usado de las soberanas facultades de interpretación propias del tribunal de instancia, cuyo criterio pretende sustituir, sin base alguna, el recurrente en el presente motivo abogado.

Documento auténtico.—La valoración ya realizada en autos les desprovee del valor decisivamente probatorio frente a lo afirmado por el juzgador según notoria doctrina jurisprudencial. (Sentencia de 25 de marzo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se realizaron determinadas obras que determinaron la apropiación de un elemento común. El Presidente de la Comunidad solicitó en la demanda la demolición de tales obras, que se efectuaron sin contar con el acuerdo de la misma. Prosperó la demanda interpuesta en el Juzgado, cuyo fallo es confirmado por la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo.

NOTA.—Esta sentencia tiene interés porque reitera la doctrina defendida constantemente por nuestro Tribunal Supremo sobre la legitimación del Presidente de la Comunidad para representarla tanto en el campo judicial como en el extrajudicial. Sobre este problema puede consultarse mis anotaciones a las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1981 y 30 de abril de 1982, en este ANUARIO (1982, III, pp. 958-960), que son las últimas sentencias publicadas que reconocen la mencionada legitimación del Presidente de la Comunidad. Llama especialmente la atención que se afirme que cualquier condómino perjudicado puede oponerse judicialmente a la actuación del que realiza la obra sobre un elemento común, no habiéndose consentida por la Comunidad. No es la primera vez que nuestro Tri-

bunal Supremo ha afirmado semejante legitimación. Lo ha admitido claramente en la Sentencia de 27 de enero de 1977 y en la misma línea hay que citar a las Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona de 24 de marzo de 1971 y 22 de enero de 1973 (en «Revista Jurídica de Cataluña», 1973, enero-marzo, 1973, pp. 69-71). Sobre la solución de este problema en nuestra doctrina: HERRERA CATENA, *La legitimación (activa y pasiva) al ejercitar las acciones derivadas de los artículos 1.591 y 1.909 del C. c.*, en «Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada», 1969, pp. 19-20; CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, p. 189.

A. C. S.

63. *Servidumbre de desagüe*.—La servidumbre natural de aguas nacida de la situación de los fundos, tiene como base que se trate de aguas que, aun procediendo de establecimientos industriales, discurran naturalmente, sin obra del hombre, por lo que no es legítimo estimar tal servidumbre cuando el vertido de aguas residuales de la industria propiedad de la sociedad demandada, se realiza por medio de sendas conducciones de hormigón instaladas, precisamente, con el propósito de realizar aquel vertido en las acequias de la demandante. (Sentencia de 24 de septiembre de 1982; no ha lugar.)

64. *Objeto del retracto*.—El ejercicio del retracto tiene que limitarse a lo arrendado, sin posibilidad de extensión a otras partes de la finca sobre las que no tenga el arrendatario uso y disfrute. (S. T. S. de 2 de febrero de 1982; no ha lugar.)

5. Derecho de Familia

65. *Matrimonio canónico. Separación. Causas. Conducta injuriosa o vejatoria. Requisitos*.—La jurisprudencia recaída en aplicación del núm. 2.º del derogado artículo 105 C. c., norma de contenido sustancialmente análogo al de la causa 1.ª del actual artículo 82, ha recordado la necesidad de una «conducta injuriosa o vejatoria», como tal informada de la nota de reiteración en los actos y de un elemento psicológico de rencor o aversión para su relevancia a la hora de la separación matrimonial; en tal sentido se ha declarado que no procede cuando se trata de alguna leve agresión o pequeña violencia que corresponde a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial, o como reacción natural de un cónyuge ante las ofensas del otro o su comportamiento (S. 5 marzo 1957), por lo que no basta un simple acto de maltrato de obra, sino que ha de responder a una actitud reiterada (S. 28 febrero 1963), ni es suficiente de suyo que «no reine la mejor armonía en el hogar conyugal» si se desconocen los resultados graves que de esas desavenencias pudieran derivarse (S. 30 diciembre 1975), lo que en definitiva significa que las denominadas servicias morales han de ser graves, en cuanto que hagan la vida en común demasiado difícil para el otro cónyuge o los hijos, han de producirse de modo reiterativo, pues si fueran ocasionales no engendrarían el malestar ni temor futuro que

justifiquen la separación, y han de tener conexión con la vida en común, de suerte que la cesación de ésta sea remedio necesario para evitar la crueldad en el trato y el consiguiente malestar conyugal.

Una única discusión conyugal no es causa de separación.—La prueba practicada sólo acredita que ha habido una discusión, sin que conste el motivo, zarandeando el marido a la esposa, lo que el Juzgado estima una pequeña violencia, insuficiente para entender probada la causa de malos tratos de obra, y la Audiencia considera existente una situación tensa dentro del matrimonio que no alcanza, o al menos que no se probó que alcanzara, la intensidad suficiente para hacerla figurar como causa de separación.

Prueba.—El certificado de un especialista en neuropsiquiatría, que ya fue tenido en cuenta por la Sala, aparte de no ser documento auténtico, sólo prueba la existencia de ocasionales crisis convulsivas parecidas por el marido y provocadas por alteraciones que ninguna relación guardan con su recto proceder moral, y sí con un grave accidente de circulación viaria; por otra parte, tal hecho más bien debería ser ocasión para estimular a la esposa la mayor solicitud y la afección en los cuidados, observando de esa suerte el deber de ayuda mutua a que hace referencia el artículo 67 C. c., o el de socorro recíproco mencionado en el anterior artículo 56, y con independencia de ello, tal dolencia esporádica en manera alguna permite obtener la obligada deducción de que el paciente de los aislados y breves trastornos, hace objeto de malos tratos a su mujer, punto además extraño al cometido de la pericia médica. (Sentencia de 15 de julio de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Si se compara la doctrina de esta sentencia con la de 14 julio 1982 (extractada en este mismo ANUARIO) pudiera verse alguna discrepancia; así, mientras aquí se dice que la existencia de una situación tensa en el matrimonio no alcanza entidad suficiente para constituir causa de separación, en aquélla se alude a un «estado permanente de tirantez y desafecho existente entre los esposos»; en ésta se constata una única discusión con caracteres de pequeña violencia, y en aquélla se dice que al menos una vez ha habido una agresión física del marido con resultado de hematomas en una de las hijas del matrimonio. Probablemente la razón del diferente trato estriba en la etiología de tales situaciones conyugales, pues en la sentencia aquí extractada se imputan a secuelas de un accidente de tráfico. Habrá que dar tiempo a que se consolide la jurisprudencia en esta materia relativamente nueva para la Sala 1.ª, aunque es de temer que no serán muchas las ocasiones en que tendrá ocasión de formar doctrina legal.

G. G. C.

66. *Matrimonio canónico. Separación por abandono del hogar. Decreto-ley de 29 diciembre 1979. Prueba.*—La situación de abandono del recurrente viene establecida por apreciación conjunta de las pruebas practicadas, la que sólo puede atacarse en casación por el cauce del ordinal séptimo del artículo 1.692 L. E. C., el cual, al no haber sido utilizado por el recurrente, deja inalterada la declaración de abandono que al mismo se atribuye, siendo acertada la aplicación a tal situación de la causa 2.ª del artículo 105 C. c.

Inaplicabilidad de la legislación canónica. Actos propios. Cuestión nueva.—

No puede considerarse indebidamente aplicado el artículo 105 C. c. cuando el recurrente se amparó en él para postular también la separación conyugal, si bien atribuyendo la culpabilidad a su esposa, no siendo dable que al resultarle la resolución contraria a sus pretensiones, vaya contra sus propios actos, tratándose además de una cuestión nueva. (Sentencia de 17 de julio de 1982; no ha lugar.)

Dado el corto espacio de tiempo en que ha estado en vigor el Decreto-ley de 1979, la jurisprudencia recaída sobre el mismo tiene ahora sólo valor de doctrina legal sobre Derecho transitorio. El inadecuado planteamiento procesal sobre la posible aplicación de la normativa canónica por los tribunales civiles no ha permitido al T. S. entrar a fondo en una cuestión que se debatió, con cierta resonancia, en el período indicado de vigencia. En la Sentencia de 14 de julio del mismo año se da por supuesta la aplicación de la normativa civil.

G. G. C.

67. *Matrimonio canónico. Separación por estado permanente de tirantez y desafecto entre los cónyuges.*—El estado permanente de tirantez y desafecto existente entre los esposos, unido al hecho de que ello haya desencadenado, al menos una vez, la agresión física del marido, quien a golpes produjo un hematoma en el ojo de una hija, y un gran altercado en la familia, revelan la falta de mutuo afecto y respeto que deben presidir las relaciones matrimoniales (S. de 5 marzo 1957), implicando la notoria gravedad a que dicha sentencia se refiere, así como poniendo de manifiesto el peligro de la convivencia de los cónyuges y la alta conveniencia de que no continúen unidos los que claramente demuestran una irreductible enemiga espiritual. (Sentencia de 14 de julio de 1982; ha lugar.)

Se trata de un caso sometido al Decreto-ley de 29 diciembre 1979, que hoy tiene sólo valor de derecho transitorio. Destaca la novedad de enfoque de esta sentencia —notable precisamente por casar la de la A. T.— que habla de «tirantez y desafecto entre los esposos» «que claramente demuestran una irreductible enemiga espiritual», terminología que no encaja directamente en las causas de separación del derogado artículo 105 C. c. En el vigente artículo 82, habría que subsumir los hechos en la causa 1.ª, violación grave y reiterada de los deberes conyugales.

G. G. C.

68. *Separación matrimonial. Legitimación.*—La acción en cuyo ejercicio la recurrente pretende suceder a su difunto padre es la de separación matrimonial, que tiene carácter personalísimo, al contrario de lo que ocurre con la acción de nulidad matrimonial (art. 102 de la anterior redacción y art. 74 de la redacción actual del Código civil), en que, expresamente, se permite el ejercicio de la acción no sólo a los cónyuges y al Ministerio Fiscal, sino a cualquier persona que tenga interés en ello. (Sentencia de 26 de mayo de 1982.)

HECHOS.—El actor formuló demanda de separación contra su esposa, que fue desestimada por el Juzgado. Apelada la Sentencia, falleció el actor, personándose en autos su hija. La Audiencia dictó auto denegando la legitimación de la hija, y ésta interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

69. *Divorcio en el extranjero de españoles domiciliados en España. No procede el «exequatur». Mutuo consentimiento. Cautelas previsiones del artículo 86 C. c. Hijos sometidos a la patria potestad.* A pesar de la inexistencia en la nueva normativa del C. c. de un precepto rotundo sobre la competencia judicial internacional en materia de divorcio y la imposibilidad de su modificación por acuerdo de los cónyuges, esta Sala en, en Auto de 14 julio 1982, ha denegado el *exequatur* pretendido para sentencia de divorcio pronunciada con arreglo a la *lex loci*, en cuanto a consortes de nacionalidad española y que habían contraído matrimonio en España, criterio que conviene reiterar por las siguientes razones: 1.º) La sumisión de los españoles a un tribunal extranjero que aplica su propia ley para disolver el matrimonio, si ya en principio no aparece acomodada a la jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios en cuestiones de Derecho de familia, tradicionalmente afirmada con base en los derogados artículos 9, 11, párr. 3.º y 12 del C. c. y el espíritu que informa el artículo 51 de L. E. C., máxime si no es aplicada la legislación personal de los cónyuges, resultará desacorde con las reglas de conflicto contenidas en los actuales artículos 9, párr. 1.º, 12, párr. 1.º y 107 C. c., puestos en relación con la Disp. Adic. 1.ª núm. 1, de la Ley de 7 julio 1981. 2.º) Es improcedente acceder a la ejecución de una sentencia de divorcio entre españoles pronunciada en el extranjero con arreglo a la *lex fori*, ya que pugnaría con el estatuto personal y la atribución de competencia a los Tribunales españoles por dicha Disp. Adic., no alterable mediante convenio de los interesados; y 3.º) Siendo aplicables de oficio las normas de conflicto, habrá de prestarse atención a los frecuentes fraudes posibles sobre la materia, como la doctrina advierte, incluso recogiendo anécdotas que han pasado a los medios de comunicación social.

Fraude ley y orden público interno.—En el presente caso la improcedencia de acceder al *exequatur* pretendido, así como el oportuno juego de las excepciones de fraude de ley y orden público interno (arts. 954.2.º y 600.1.º de la L. E. C. y 123 del Código sustantivo) se patentizan con resaltar que el solicitante y su esposa, ambos de profesión liberal, tienen la nacionalidad española, contrajeron matrimonio en Madrid el 30 diciembre 1971, y de esta capital es vecino el primero, siéndolo su mujer de Colmenar Viejo; la sentencia de divorcio extranjera aparece dictada por la «Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de San Cristóbal», en la República de Santo Domingo, fundándose en la única causa del mutuo consentimiento; particularidades que están evidenciando la conducta fraudulenta seguida para sustraerse a las cautelosas previsiones del artículo 86 C. c. e impedir las determinaciones que debería adoptar el juez con arreglo a los artículos 90 y ss., de la mayor significación cuando —como aquí acontece— existen hijos sometidos a la patria potestad. (Auto de 5 de octubre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Si bien en sentido estricto, los Autos de la Sala 1.ª del T. S. en materia de *exequatur* no constituyen doctrina legal, es innegable el valor de los dictados con fecha 14 de julio y 5 octubre 1982, en relación con las sentencias de divorcio pronunciadas en el extranjero relativas a ciudadanos españoles, debiendo observarse que se trata de una de las pocas cuestiones que necesariamente han de llegar al T. S. en materia de divorcio. De

gran interés es la reafirmación de la *competencia exclusiva* de los tribunales españoles que se reconoce no estar claramente expresada en la nueva normativa (cfr. mi comentario al art. 107 en el tomo II, 2.ª ed. de los Comentarios dirigidos por Albaladejo, 1982, p. 483) pero que se considera adecuado mantener. También ofrece gran trascendencia el que se vaya perfilando el orden público interno en materia matrimonial, muy desdibujado en la reforma; al menos las medidas protectoras de los hijos (cfr. art. 39.2 de la Constitución: protección integral) deben incluirse en él y negar, en consecuencia el reconocimiento cuando en la sentencia extranjera no aparezcan suficientemente salvaguardadas. Sobre la Disp. Adic. 1.ª cfr. BONET NAVARRO, en el vol. colectivo sobre *Matrimonio y divorcio* (dirigido por Lacruz, Madrid, 1982, pp. 953 ss.). En general, sobre la jurisdicción de los tribunales extranjeros y la ejecución en España de sus sentencias de separación y divorcio, cfr. PÉREZ GORDO, *Los juicios matrimoniales*, Zaragoza, 1982, pp. 161 ss., autor que augura conflictos de todo tipo derivados de la pretensión de cada Estado de conservar la soberanía sobre sus súbditos, tanto dentro como fuera del territorio, como ocurrió ya al aplicarse la Ley de 1932.

G. G. C.

6. Derecho de Sucesiones

70. *Herencia yacente. Naturaleza a efectos procesales.* La herencia en situación de yacente puede figurar como término subjetivo de la relación jurídico-procesal y por lo tanto ocupar la posición de demandada, en cuanto masa o comunidad de interesados, en relación con el caudal hereditario, a la que sin ser verdadera persona jurídica, se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria, lo que conlleva la necesidad de la citación edictal de los desconocidos herederos, a no ser que la representación de aquélla haya sido otorgada al albacea por el testador (art. 901 C. c.) o exista administrador como acontece en los supuestos contemplados por los artículos 1.020 y 1.026 de dicho Cuerpo legal o se haya promovido juicio sucesorio (arts. 1.008 y 1.098 de la L. E. C.).

Herencia yacente y comunidad hereditaria. Acción ejecutiva. Reclamación por deudas.—No se trata de acción ejecutiva entablada contra uno de los coherederos como responsable solidario y por entero de las deudas del causante a tenor del artículo 1.084 del C. c., sino de reclamación dirigida a la comunidad hereditaria, cuyo llamamiento al proceso por medio de edictos, acordó el Juzgado, pero no consta la relación de lo proveído, acaso porque la citación interesada se creyó ociosa una vez que en el testamento abierto abierto del causante, éste, después de legar a su esposa ahora recurrente «el usufructo universal y vitalicio de todos sus bienes, del que será de traída la cuota viudal usufructuaria», instituyó «por su único y universal heredero a su hijo, lo que permitió a éste efectuar la comparecencia en las actuaciones «por sí y como heredero y para la herencia de su padre».

Deudas de la herencia.—Posición del cónyuge del causante. Quebrantamiento de forma. Brocardo «nemo auditus»...—Si a la falta de emplazamiento en la primera o segunda instancia de las personas que hubieran debido ser citadas para el juicio, con el quebrantamiento consiguiente de las formas esenciales, equivale a la inexistencia de la citación de remate del

recurrente, no puede dudarse que al haberse prescindido del llamamiento edictal solicitado por la entidad accionante y ordenada oportunamente por el juez, se ocasionó vulneración trascendental de forma y el desconocimiento de un principio esencial del procedimiento (el de audiencia bilateral, conforme al brocardo «*nemo inauditus damnari potest*»), dificultando la intervención en el debate, por lo pronto, del cónyuge supérstite, heredero forzoso aunque su legítima haya sido pagada mediante legado, o de otros posibles interesados, tanto más que tampoco consta que el mencionado testamento rija la sucesión del causante y que si bien la viuda no puede ser condenada al pago del pasivo de la herencia y menos aún imponerle una responsabilidad *ultra vires*, es preciso que sea convocada al litigio en que se reclamen deudas contra el haber hereditario de su consorte, por tener un interés directo en el mismo, al poder ver mermado el contenido de su cuota usufructuaria, lo que excluyó la posibilidad de que el hijo —demandado *nominatim* en su concepto de fiador y no en otro— asuma válidamente por su unilateral manifestación referida la representación voluntaria de la herencia. (Sentencia de 20 de septiembre de 1982; *ha lugar*.)

71. *Simulación. Cuestión nueva. Sucesión intestada.* Declarada en la sentencia recurrida la nulidad por simulación de cierta compraventa, no puede prosperar el motivo que denuncia la comisión de vicio *in iudicando* por cuanto dicha sentencia recurrida «no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 912 del C. c. que establece la sucesión legítima cuando uno muere sin testamento o con testamento nulo, cual es el caso que nos ocupa»; entre otras razones, porque la hipotética apertura de la sucesión intestada en el supuesto litigioso comporta una cuestión nueva en el recurso, apartándose de lo debatido en la instancia, en contravención a lo ordenado en el número 5.º del artículo 1.729 de la L. E. C., con olvido de que en la fase de alegaciones del proceso la recurrente partió de la no negada eficacia de los respectivos testamentos otorgados por los causantes.

Revocación del testamento.—Para que se produzca la revocación tácita de un testamento anterior es necesario que el posterior sea perfecto y como tal válido, según dispone el artículo 739 del C. c., lo que significa que habrá de tratarse de un negocio que ha de reunir todos los requisitos legalmente prevenidos, pues en otro caso se seguirá la carencia de efectos y por tanto habrá de ser descartada toda posibilidad de que se origine la revocación anterior conforme a la regla *quod nullum est nullum producit effectum*. (Sentencia de 30 de septiembre de 1982; *no ha lugar*.)

72. *Título nobiliario. Prueba de la posesión por ascendiente común. In-necesidad de acreditar el parentesco con el fundador del título.*—En los supuestos en que se halla acreditado y admitido por las partes la posesión legal y efectiva de los títulos nobiliarios por un ascendiente común, no es preciso acreditar el parentesco con el fundador del título, como lo acredita la doctrina de esta Sala al declarar la Sentencia de 3 mayo 1963 que «reconocido por las partes contendientes que fue poseedor legal de la dignidad nobiliaria controvertida un ascendiente común de ambas, del cual la actora

es descendiente por línea directa de varón primogénito y la demandada y recurrente de hembra segundona, sin que, por añadidura, exista el menor atisbo de que el título desde su fundación no haya seguido el orden regular, es obvio que, ante esta escueta realidad fáctica, al declarar la sentencia impugnada el mejor derecho genealógico de la primera, ha aplicado rectamente la Ley Segunda, Título 15, de la Partida Segunda», y la Sentencia de 16 febrero 1968 que «no hace falta llegar hasta la persona del cesionario o fundador del título, sino que basta referirse al último poseedor, cuando de él se derive asimismo el parentesco invocado».

Legislación aplicable.—Según declara reiterada jurisprudencia, la legislación a aplicar en todos los casos en que debe discernirse el mejor derecho a la posesión de los títulos y dignidades nobiliarias, es, en primer término, lo establecido en el acto soberano de la concesión, y, a falta de precepto expreso, por las normas que regulan la sucesión a la Corona, todo ello según las inspiraciones del Derecho histórico y la Ley de 4 mayo 1948.

Poseción civilísima.—Según constante y reiterada jurisprudencia el privilegio de la posesión civilísima de la Ley 45 de Toro corresponde no sólo al óptimo sucesor o heredero único del mayorazgo, sino también al proclamado legítimamente, es decir, al que tenga un mejor derecho, si bien con la diferencia de que, en tanto al primero le asiste ese privilegio con carácter absoluto, en cambio al segundo sólo le corresponde con carácter relativo, es decir, en relación con quien ostente un derecho de categoría inferior; constituyendo esa posesión civilísima la base y fundamento de la imprescriptibilidad de los títulos y grandezas.

Cualidad de religiosa de la reclamante.—Según la Sentencia de 3 mayo 1963 la renuncia que hacen los religiosos en razón a la perfección a que aspiran, acorde con la prohibición que impone el canon 515 del Código de Derecho canónico, por implicar algo que se tiene y posee, pone de manifiesto que precisamente para que tenga valor de verdadero desprendimiento no puede comprender la del ejercicio de la acción dirigida al reconocimiento del mejor derecho al uso y disfrute del título nobiliario, sin perjuicio de que la autorización canónica se obtenga con la condición de hacer cesión inmediatamente a sus hijos. (Sentencias de 5 de noviembre de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Se trataba de una persona que, en estado de viudez, ingresó en una orden religiosa, constando que había tenido sucesión de su matrimonio. En todo caso, después de la Constitución no parece que la cualidad de religiosa implique mengua al Derecho nobiliario que pueda legalmente ostentarse (art. 14).

II. DERECHO MERCANTIL

73. *Compraventa de mercancías embargadas. Incongruencia.*—No puede prosperar el motivo que denuncia el vicio de incongruencia de las sentencias impugnadas (Juzgado y Audiencia), porque si bien es cierto que en el

«petitum» del escrito de la demanda se postula condena «a la demandada a pagar la cantidad de 28.507 dólares USA y a cumplir todos y cada uno de los pactos u obligaciones que contrajo en el contrato de compra de madera de 10 de febrero de 1977» y que en el del escrito de réplica no hay sino una referencia «a los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda», con todo, no es menos cierto que el único objeto del juicio de que el presente recurso dimana aparece nítidamente caracterizado por los hechos allí consignados y de los cuales no puede predicarse que fundamenten otra ni más pretensión que la concerniente al pago del precio de la partida de madera, pretensión sobre cuyos antecedentes de hecho ha versado íntegramente la prueba producida, deduciéndose de lo razonado que, aunque separándose de la literalidad de la redacción del suplico de la demanda, lo cierto es que las sentencias combatidas han dejado decidido por modo expreso el único extremo realmente sometido a su juicio, por lo que en manera alguna se ha infringido el artículo 359 de la L. E. C. invocado.

Compraventa mercantil. Entrega. Pactos especiales. Mora. Resolución hechos probados.—Habiendo quedado plenamente probado el hecho de que las partes pactaron especiales cláusulas sobre una posible mora —art. 329 C. c., la cual efectivamente se produjo y fue aceptada por la compradora— en el sentido de impedir el rehúse de las mercancías, excluyendo implícitamente la opción legal (art. 332) entre pedir el cumplimiento o la rescisión, y de admitir la obligación de pagar a partir de la entrega o puesta a disposición (art. 339), sin perjuicio de ciertas compensaciones a favor del comprador para el caso de infracciones como la mora, no puede prosperar la pretensión de resolver el contrato, ya que los mencionados pactos especiales sólo pueden interpretarse, como acertadamente hace la Audiencia, en contraste con los preceptos invocados, artículos 329, 332 y 339 del C. c., en el sentido de «que las prevenciones y cautelas a que se refieren los artículos citados sólo entran en juego a falta de estipulación expresa sobre la forma de entrega de la mercancía. (Sentencia de 26 de octubre de 1982; no ha lugar.)

74. *Compraventa mercantil. Incumplimiento. Prestación defectuosa. Caducidad de la acción.*—No son estimables ninguno de los motivos de casación porque en primer lugar, olvida el actor, ahora recurrente, que a su pretensión indemnizatoria opuso la demandada la excepción de caducidad de la acción entablada al amparo de lo dispuesto en los artículos 336 y ss. del Código de comercio, que la Audiencia estimó por tratarse de una compraventa mercantil, estar los defectos de calidad a la vista (los embalajes o cajas de cartón conteniendo las botellas de agua mineral), y no haberse procedido por el comprador —demandante, hoy recurrente— a su reconocimiento y constatación de faltas, como indica el citado artículo 336 Código de comercio, implicative de su aceptación —a su contento— en el término de cuatro días.

Compraventa mercantil. Compatibilidad de las reglas civiles y mercantiles.—La alegada compatibilidad entre los artículos 336 del Código de co-

mercio y 1.101 del Código civil no obsta en modo alguno a la aplicación del primero por ser el artículo 1.101 una regla general y el otro una especificación normativa fundada en el carácter mercantil de la compraventa en cuestión y justificada por la expeditiva ejecutoriedad requerida por el tráfico de ese orden, que sacrifica en ocasiones la razón de una queja por incumplimiento a la rápida protesta formal y solemne de la misma, es decir, a la pérdida del posible derecho en beneficio del tráfico mercantil y de su seguridad y eficacia.

Compraventa mercantil. Prestación defectuosa. Saneamiento.—Cuando se trata de prestación defectuosa en el tráfico mercantil por vicios en las mercaderías, el comprador ha de acudir a las normas específicas del saneamiento contenidas en el Código de comercio, sin que le sea permitida la utilización de las reglas generales del derecho común sobre el resarcimiento de daños y perjuicios por cumplimiento inexacto. (Sentencia de 23 de septiembre de 1982; no ha lugar.)

75. *Responsabilidad por daños ex art. 1.591. Impermeabilización defectuosa. Contrato realizado por representante mercantil. Prueba. Valor certificación Registro mercantil. No son documentos auténticos. Publicidad negativa.* Las certificaciones expedidas por el Registro de Sociedades no son documento auténtico (Sentencias de 5 diciembre 1949 y 4 diciembre 1953), no justificando nada más que la ausencia en la inscripción de la sociedad impermeabilizadora de una Delegación, cuya existencia se ha acreditado por apreciación conjunta de la prueba, y por ello ningún efecto cabe atribuir a la no inscripción fuera de la posibilidad de que el tercero pueda invocar como no existente lo no inscrito, por el juego de la llamada publicidad negativa.

Deber del comisionista de manifestar que actúa en nombre del comitente. Artículo 247 Código de comercio.—Declarado probado que el comisionista actuó como encargado del Departamento Técnico de la Delegación Sur de la empresa A., S. A., utilizando los impresos de la Delegación, habiendo estampado su firma en los pliegos de condiciones generales bajo los cuales habrían de ejecutarse las obras, y sobre un sello expresivo de su cualidad, ha de entenderse suficientemente cumplido el deber de manifestar que se obra en nombre del comitente, impuesto por el artículo 247 Código de comercio, como modo de hacer visible la gestión de un interés extraño.

Aplicación incorrecta de doctrina jurisprudencial.—Esta alegación escapa los tres modos en que, conforme a reiterada jurisprudencia, ha de producirse la infracción, por cuanto que no denuncia que la norma haya sido desconocida, ni interpretado con error, ni aplicado sin deber hacerlo. (Sentencia de 28 de junio de 1982; no ha lugar.)

76. *Contrato de seguro. Finiquito, error en el consentimiento.*—El actor firmó el recibo de finiquito en la creencia avalada por los diagnósticos médicos, de que las lesiones sufridas en el accidente afectaban sólo al ojo izquierdo, creencia que se demostró luego equivocada, en cuanto que las

lesiones evolucionaron en el sentido de provocar la incapacidad permanente en ambos ojos.

El Tribunal Supremo acepta la conclusión de la Sala de Instancia de que el asegurado padeció indudable error al entender que su capacidad visual se había consolidado y que no iba a perder más visión como desgraciadamente ocurrió, y tal error sustancial en el consentimiento viciaba a éste de nulidad, según lo dispuesto en los artículos 1.261, 1.265 y 1.266 del Código civil, y en consecuencia ello arrastraba la ineficacia del acuerdo o «finiquito». (Sentencia de 27 de mayo de 1982; no ha lugar.)

77. *Transporte marítimo. Responsabilidad por daños. Omisión de la protesta o reserva de derechos del cargador o consignatario y protesta de averías del capitán.*—No cabe entender suplida la inactividad de la parte que reclama indemnización de perjuicios, que debió, según el artículo 952 del Código civil, realizar la oportuna protesta o reserva al tiempo de la entrega o dentro de las 24 horas, con la del capitán que, para justificar y calificar la avería particular (arts. 624 y 807 de dicho Código), ha de formular ante el juez para «hacer constar las causas de las averías ... o cualquier otro hecho por el cual pueda caberle responsabilidad», actuación que no tiene otra finalidad que la de justificar, en su caso, una conducta y la de preconstituir una prueba fehaciente ante la posible reclamación del otro contratante en el fletamiento o transporte marítimo, es decir, del cargador o del consignatario, pero que en modo alguno puede valer como protesta o reserva de estos últimos, pues no es indiferente la persona de los contratantes que realice la protesta, ya que, en todo caso, es carga que el citado artículo 952 del Código de comercio impone al titular del derecho y de la acción procesal en su caso y precisamente ante o contra el naviero o su delegado el capitán. (Sentencia de 29 de octubre de 1982; ha lugar.)

NOTA.—Se trataba de un transporte de caballos para un concurso hípico, algunos de los cuales murieron durante la travesía por causas discutidas entre los litigantes. El Tribunal Supremo revoca la sentencia condenatoria de la Audiencia y confirma la absolutoria del Juzgado, pero no por sus fundamentos, sino por razón de caducidad al no haberse formulado, en tiempo oportuno y por quien debía, la protesta de daños del artículo 952 del Código de comercio sin entrar en el verdadero fondo de la cuestión.

A. L. C.

III. DERECHO PROCESAL

78. *Competencia. Cláusula de sumisión expresa en nota impresa.*—Afirma el Tribunal Supremo que conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala, sancionada, entre otras, por Sentencias de 14 octubre 1952 y 26 septiembre 1977, «no constituye principio de prueba a efectos de competencia territorial, la copia de factura con nota expresa de sumisión a determinado juez, si cual ocurre en el caso de autos, no aparece suscrita por el comprador,

ni consta de modo *claro y preciso* que haya aceptado la nota renunciando a su fuero propio». (Sentencia de 16 de julio de 1982.)

79. *Allanamiento. Iniciativa procesal. Procurador. Actos propios. Conducta antisocial.*—A las partes es a quien corresponde la iniciativa, el desarrollo y el fin del proceso, en cuanto titulares de los derechos que en él se ponen en juego, aunque la comparecencia en el juicio, según se dice en los artículos 3, 6 y 10 de la L. E. C., la tengan que hacer por medio de procurador, con poder que el letrado estime bastante y con su firma; y aquella iniciativa, reflejo de la voluntad de los demandados, en el caso concreto debatido consta fehacientemente, con la particularidad de que es producto de un convenio con los demandantes que firman con aquéllos para lo que, evidentemente, no puede exigirse la intervención del procurador; pero es que además, son los propios demandados, que ahora recurren, quienes permiten estar representados por el procurador de los demandantes, dándose por tanto el supuesto del número 1.º del artículo 9 de la L. E. C., de revocación tácita, coincidente con lo dispuesto en el artículo 1.735 del Código civil, que, al propio tiempo, se confirma con el supuesto concurrente del número 3.º del mismo precepto, a cuyo tenor «cesará el procurador... por separarse el poderdante... de la oposición que hubiese formulado», pues el allanamiento supone separarse de la oposición a la demanda, al margen del cambio posterior de actitud de los demandados que, en contra de sus propios actos, extrajudiciales y judiciales, reaccionan con su antiguo procurador, impugnando aquello que voluntariamente habían convenido, poniendo de relieve una conducta antisocial y antijurídica que ha provocado un retraso de más de cuatro años en la solución del problema de fondo planteado. (Sentencia de 15 de julio de 1982; no ha lugar.)

80. *Valor de la confesión judicial.*—Es sabido que el artículo 1.232 del Código civil no confiere a la confesión judicial una fuerza o virtualidad probatoria superior a la de los otros medios de prueba que enumera el artículo 1.215 del Código civil, ni sirve por sí sola para destruir las deducciones que el juzgado extrajo de todos los elementos probatorios aportados al juicio, no siendo lícito el desarticular uno de ellos, para imprimirle fuerza preponderante.

Valor de los pactos sobre el pago de las costas.—El Código civil atribuye a los tribunales la facultad de decidir respecto al pago de las costas judiciales con arreglo al régimen de imposición de costas, pues en suma la aplicación de la penalidad que las costas implica está sometida al prudente arbitrio de los tribunales y una cosa es conceder validez al pacto de costas en ciertos casos y otra su absoluta e indiscriminada obligatoriedad. (S. T. S. de 29 de diciembre de 1981; ha lugar.)

81. *Propiedad horizontal. Incongruencia.*—Las causas señaladas en los números 2 al 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las que tienen como denominador común el implicar la infracción del precepto general contenido en el artículo 359 de la L. E. C. que determina el deber

para los jueces y tribunales de que sus sentencias sean claras, precisas y congruentes con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, suponen una relación comparativa entre los propios términos del fallo, así como de éste con aquellas pretensiones (Sentencia de 19 de noviembre de 1963) y si bien es cierto que en el fallo deben resolverse todas las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, ello no quiere decir que el órgano jurisdiccional haya de resolver en el fallo y de una manera expresa sobre cada una de las excepciones esgrimidas por el demandado, cuando la estimación de alguna de las pretensiones del actor las excluya de manera tácita (Sentencia 12 mayo 1964). Por todo ello no puede concluirse que incida en congruencia la resolución recurrida por el hecho de no incluir en su fallo una declaración que como la de nulidad de la junta aludida, no había sido expresamente solicitada en la contestación a la demanda. (Sentencia de 26 de junio de 1982.)

81 bis. *Ejecución de sentencia. Nulidad de actuaciones.*—El recurrente alegaba que la Sentencia de la Audiencia había resuelto puntos no controvertidos en el pleito, pues en éste no se había fijado de dónde provenían los perjuicios indemnizables. Solicitaba además la nulidad de actuaciones al haberse fijado la indemnización por el Juzgado de Primera Instancia por medio de auto, y no sentencia, de conformidad con el artículo 942 L. E. C.; en cuanto a este punto dice el Tribunal Supremo que no es causa de nulidad, dada la mayor amplitud que el segundo tipo de resolución abarca, sin desbordar por ello los propios límites y fines que el artículo 942 asigna a la resolución judicial que ponga fin a la incidencia de determinación de la cuantía de los daños y perjuicios; no se está en presencia de la omisión de una formalidad legal esencial, sino de índole meramente accidental en relación al acto que se trata, y que en definitiva, al ser el realizado —sentencia— de más amplias garantías que el omitido —auto—, viene a ser simplemente una actuación formal irregular, pero que no por eso deja de producir los efectos normales a que está destinado, porque la sanción de nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, cuando no existe sanción de nulidad «per se», y esto no se produce en el presente caso, no hay que interpretarlo con criterio rígido, sino flexible, teniendo en cuenta que no toda disconformidad con una ley cualquiera, o toda omisión de formalidades que sean puramente accidentales, determina una consecuencia de absoluta o radical nulidad, pues no toda norma jurídica contiene regla de derecho necesario, lo que conduce a que en tal aspecto deba extremarse la prudencia, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contraído y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja (Sentencias 19 octubre 1944, 28 enero y 3 abril de 1958, 20 noviembre 1959, 20 febrero 1961, 2 noviembre 1965, 1 febrero y 8 marzo 1966 y 20 abril 1967). (Sentencia de 28 de mayo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandado y ahora recurrente había sido condenado por el Juzgado de Primera Instancia de Redondela a no ejercitar actividad al-

guna de la misma clase que era objeto la sociedad actora y a indemnizar a ésta los daños y perjuicios causados por haber incumplido el compromiso que con ella tenía en este sentido. Apelada esta sentencia, la Audiencia la confirmó y el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

Instada por el actor la ejecución de la Sentencia, el Juzgado de Primera Instancia de Vigo condenó al demandado a pagar 2.300.000 pesetas. La Audiencia revocó esta sentencia y condenó al demandado a pagar 5.039.912 pesetas. Interpuesto por éste recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestimó.

82. *Confesión judicial. Prueba de conjunto.*—El Tribunal Supremo establece: a) Que el juzgador valoró la prueba en conjunto, sin ser lícito desarticular en casación el conjunto probatorio, destacando una probanza aisladamente, por importante que sea.

b) La eficacia en juicio que el artículo 1.233 atribuye a la confesión no es superior al de otras pruebas, y debe apreciarse en conjunción con ellas (Sentencia 14 marzo 1972).

c) Desarticular la prueba de confesión, analizando preguntas aisladas significa dividirla, lo que va contra el artículo 1.233-1.º del Código civil (S. 21 febrero 1972). (Sentencia de 21 de mayo de 1982.)

83. *Reconocimiento legal del documento privado.*—Para que un documento privado en el que no conste la aceptación de su autenticidad, pase a ser «reconocido legalmente» y adquiera por este cauce el mismo valor que una escritura pública, es necesaria una actividad procesal, consistente en que «la parte a quien perjudique» certifique su veracidad en presencia judicial. (Sentencia de 2 de marzo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad demandante requiere a la sociedad demandada una cantidad de dinero que había sido entregada en concepto de préstamo a esta última. La oposición a la demanda se basa en la existencia de un documento privado firmado por el entonces administrador de la actora, en la que se autorizaba la aplicación de la mencionada cantidad para cubrir impagados de empresas de su mismo grupo con la sociedad demandada.

El Tribunal de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a la sociedad demandada. Apelada esta sentencia, es revocada por la Audiencia Territorial.

84. *Opción de compra. Escritura pública. Apreciación de la prueba.*—Para desechar el motivo invocado basta observar que en él se denuncia no la infracción por la sentencia combatida de una imperativa norma de valoración de prueba que es lo que, a título de error de derecho, es denunciabile en casación, sino el valor dado por el juzgador al contenido de una escritura pública en que se recoge la discutida opción de compra, a cuya valoración de contenido —en modo alguno prohibida por el artículo 1.218 del Código civil— contraponen, el recurrente, la resultancia de otras pruebas, en un claro intento de sustituir el criterio de la Sala de Instancia por el propio, poniendo en cuestión la discrecional apreciación de prueba, hecha por aquélla, en extremos en que tal discrecionalidad no está legalmente ve-

dada, ni puede, por tanto, ser discutida en casación como error de derecho al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

Interpretación. Actos coetáneos y posteriores.—No conteniendo el artículo 1.282 del Código civil —norma que se dice violada— principio valorativo de prueba alguno que sea de riguroso acatamiento por el juzgador, puesto que la exigencia de que éste se atenga, «principalmente», a los actos coetáneos y posteriores de los contratantes, para juzgar de su intención, no excluye que a la ponderación de esta intención concorra cualquier otro medio de prueba, falta la precisa y legal exigencia valorativa cuya presencia es inexcusable para que el error de derecho tenga lugar según una constante jurisprudencial. (Sentencia de 17 de julio de 1982; no ha lugar.)

85. *Hechos probados.*—El motivo del recurso es improcedente en casación, en la que es norma indeclinable el respeto de los hechos que, como probados, contenga la sentencia dictada en la instancia y que sean fruto de la valoración probatoria llevada a efecto por la sala sentenciadora de instancia, si aquellos no son impugnados eficazmente por el cauce o vía que, al objeto, abre el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites Civil.

Valoraciones probatorias.—El ámbito del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C. no posibilita valoraciones probatorias, que es en realidad lo pretendido por el recurrente.

Documentos auténticos.—No pueden merecer el carácter de auténticos a efectos de casación, puesto que tales documentos, al haber sido ya tenidos en cuenta y valorados por la sala sentenciadora de instancia para llegar a los pronunciamientos que contiene la sentencia recurrida, carecen del indicado carácter de autenticidad, y el informe pericial viene igualmente desprovisto de tal carácter. (Sentencia de 7 de enero de 1983; no ha lugar.)

86. *Recurso de casación. Resoluciones recurribles. Doctrina general.*—Como norma general tan sólo cabe tal vía impugnativa contra las sentencias definitivas dictadas por las Audiencias (art. 1.689 L. E. C.), en su precisa acepción de resoluciones que contengan los pronunciamientos finales del proceso, y las que legalmente están equiparadas a ellas porque al recaer sobre una cuestión previa que veda entrar en el fondo del tema básico controvertido, hacen imposible su continuación, cerrando las actuaciones del debate (art. 1.690-1.º L. E. C.).

Incidente de recusación. No procede recurso de casación contra auto de negatoria.—Según inalterable doctrina del T. S., no sólo la antigua contenida en los Autos de 19 enero 1885, 19 octubre 1889 y 27 diciembre 1895, sino también la más moderna recogida en las Sentencias de 2 julio 1912 y 25 septiembre 1947, así como en los Autos de 28 junio 1929 y 16 enero 1930, no tiene carácter definitivo el auto recaído en incidente de recusación, pues no decide cuestión de fondo, ni pone término al pleito principal, ni hace imposible su continuación.

Necesidad de indicar hechos justificativos de la recusación. Recusaciones sistemáticas y masivas.—Dando por sentado que debe tenerse por inapropiada la actitud del Tribunal «a quo» de proceder a la celebración de la vista sin haber proveído al escrito de recusación, en todo caso la posterior repulsa de su admisión a trámite habría de tenerse por fundada al incurrir en el grave defecto de procedibilidad de carecer de toda referencia a los hechos en que podría basarse la causa invocada, de la que se hace cita de una manera abstracta y sin especificación de datos extralitigiosos en que apoyarla, siguiéndose, en consecuencia, la convalidación de lo indebidamente actuado. (Sentencia de 14 de junio de 1983; no ha lugar.)

87. *Legitimados para interponer recurso de revisión.*—Si bien es cierto que la S. del T. S. de 21 mayo 1950 declaró que el recurso extraordinario de revisión sólo podían interponerlo quienes hubiesen sido parte en el proceso cuya sentencia es objeto de aquél, posteriormente, y por S. del T. S. de 23 noviembre 1962, se ha declarado que tal capacidad para promover dicho recurso ha de reconocerse también, considerándoseles legitimados para ello, a todos aquellos que, por estar directamente interesados en el resultado del pleito que da lugar a la revisión, debieren ser llamados a él, pues lo contrario equivaldría a tolerar que, a más de no ser oídos en el proceso negándoles los medios de sus posibles derechos, privarles de uno de los recursos que la ley concede, sobre todo teniendo el carácter de extraordinario.

Interpretación de los supuestos que autorizan el recurso de revisión.—Es doctrina reiterada por constante jurisprudencia de esta Sala que la interpretación de los supuestos que autorizan el recurso de revisión ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo.

Fraude procesal.—La posible existencia de fraude procesal ha de alegarse con toda claridad. (S. T. S. de 8 de marzo de 1982; no ha lugar.)

88. *Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta.*—Al indicar al Juzgado (los demandantes) que los demandados no tenían domicilio conocido, no procedió la actora con veracidad y rectitud, sino en contravención clara de la norma de la buena fe establecida, como derivada de ese principio de derecho, en el artículo 7.º Código civil, que obliga a un comportamiento honrado y leal en el ejercicio de los derechos, aquí procesales, y cuya vulneración u olvido ha de provocar, a los efectos de este recurso, la concurrencia de la maquinación fraudulenta que prevé el número 4.º del artículo 1.796 de la L. E. C. para dar base a la revisión de una sentencia firme y como excepción muy cualificada a la sanidad de la cosa juzgada. (Sentencia de 15 de julio de 1982; ha lugar.)

NOTA.—El recurso de revisión se promovió porque los demandantes en Primera Instancia alegaron que los demandados se hallaban en el extranjero en lugar desconocido, siendo así que conocía sobradamente que, trabajadores en Francia, pasaban siempre sus vacaciones de verano en una pequeña aldea gallega, en la que vivía permanentemente la madre de los demandados (en una casa propia de éstos) y también los demandantes. Se ventilaba una servidumbre de paso que el juez de Primera Instancia reco-

noció a favor de los actores por incomparecencia de los demandados gracias a argucia de aquéllos.

A. L. C.

89. *Quebrantamiento de forma. Prueba pericial. Denegación.*—El Tribunal Supremo desestimó el recurso estableciendo que «la estimación en su caso del motivo alegado —art. 1.693 L. E. C.— requiere la concurrencia de dos requisitos: 1) que haya sido denegada una diligencia de prueba admisible según las leyes; 2) que tal denegación haya podido producir indefensión al recurrente, entendiéndose que si no concurre el primero de estos requisitos es inútil entrar en el examen del segundo; y al efecto, ha de tenerse en cuenta que la prueba de peritos persigue en el proceso civil recabar juicios o valoraciones sobre hechos conforme a los principios de una ciencia o práctica, no siendo su finalidad versar sobre la existencia misma de los hechos que han de apreciarse (S. 28 septiembre 1932) ni la averiguación de un hecho material, y desde otro aspecto, dada la naturaleza del perito como auxiliar del juez, deriva de la regulación legal (arts. 611 y 613-1.º L. E. C.), que una vez pedida la prueba y admitida como pertinente por el juez a éste se le atribuye decidir sobre lo que haya de ser objeto de esta prueba, es decir, delimitar o elegir los llamados temas de peritación, sin estar vinculado en este punto a lo indicado por quien haya solicitado la prueba, alcanzando por tanto la facultad o arbitrio judicial en la designación de lo que haya de ser objeto de la prueba, cierta amplitud fundamentada en el expresado carácter del perito de ser auxiliar del juez, el que puede rechazar por impertinentes o inútiles algunos o todos los extremos de los propuestos por las partes. (Sentencia de 25 de mayo de 1982.)

La parte recurrente interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, alegando que había solicitado una prueba pericial sobre determinados extremos, que habían sido rechazados por el juzgador de instancia.

90. *Quebrantamiento de forma. Subsanación de faltas.*—Atendida la finalidad del recurso de casación por quebrantamiento de forma, debidamente conjugada con el principio de economía procesal que debe imperar en esta materia, el ordenamiento positivo establece un presupuesto para su admisión, consistente en que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió, y si hubiere ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda, conforme a lo prevenido en el artículo 859, al que se remite el 1.696; exigencia que habrá de ser aplicada con el aconsejable rigor porque, según declara la Sentencia de 3 de octubre de 1963, el necesario enlace de unas diligencias judiciales con otras requiere que los errores se subsanen inmediatamente para evitar excesivas invalidaciones, no pudiendo decirse que se pidió la subsanación si no se utilizaron en tiempo los recursos legales contra las resoluciones origen de la falta, careciendo de eficacia la tardía alegación de infracciones procesales si fueron consentidas en algún momento en que pudo recurrirse.

Poder para pleitos. Omisión del bastanteo.—Ese requisito condicionante no concurre en la hipótesis a que se contrae la queja ahora analizada, pues según señala la Sala «a quo», la omisión de bastanteo en el poder fue

conocida —y desde luego, cuando menos, pudo serlo—, por la parte actora y recurrente con la sola lectura de la xerocopia de la escritura de apoderamiento que fue unida a las actuaciones en la primera sesión del juicio verbal; sin embargo, de lo cual los pretendidos defectos del negocio causídico no fueron denunciados por el actor hasta el último trámite de la segunda instancia, es decir, al tiempo de la celebración de la vista, acto en el que se dedujo una petición incidental sobre el particular, que fue rechazada por la Audiencia.

Bastanteo. Formalismo decadente.—Si tuvo su justificación pretérita como puede verse en la Ley 3.ª, título 3.º, libro undécimo de la Novísima Recopilación, en la actualidad perdió prácticamente su razón de ser, para convertirse en un formalismo con sola significación económica y proyección colegial; lo que explica la suavización por la doctrina de esta Sala de la severidad que parece latir en la redacción del artículo 3.º de la L. E. C., entendiéndose que se cumple la disposición normativa siempre si asevera la suficiencia del poder en el escrito conteniendo las alegaciones o en el de personamiento, aunque la hoja de bastanteo no esté firmada y declarando que no integra quebrantamiento de forma la comparecencia del procurador con un bastanteo no suscrito por el letrado cuando fue consentida la providencia del juez en que se le tuvo por parte.

Bastanteo. Conveniencia de prescindir de tal formalidad.—Si la doctrina científica no dejó de poner de relieve la conveniencia de prescindir de un simple requisito formal, sin relación alguna con cualquier posible agravio a la parte recurrente ni generador de su indefensión, dar prevalencia al presente formalismo carente de serio fundamento frente a un valor superior como es la realización de la justicia —meta del proceso—, pugnaría con el principio constitucional, y por su naturaleza del máximo rango, que proclama el derecho a obtener la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos (art. 24 de la Constitución). (Auto de 27 de octubre de 1982; no ha lugar.)

91. *Arbitraje de equidad. Renuncia anticipada de un árbitro. Nulidad absoluta del laudo dictado sólo por dos árbitros.*—Dado que el artículo 21 de la Ley de 1953 determina imperativamente que «los árbitros serán siempre en número de uno, tres o cinco», y que el auto que formalizó el compromiso precisó que los árbitros de equidad «actuarán colegiadamente en número de tres», no cabe otorgar validez al laudo arbitral en cuya elaboración y dictado se infringió un precepto legal de tanta relevancia como el que afecta a la composición del órgano colegiado que lo emitió, toda vez que, aun cuando baste la mayoría de votos para dictar el laudo, es obvio que se requiere la concurrencia de la totalidad de los nombrados o, en su caso, de los designados para sustituirlos, para que el órgano colegiado cumpla legalmente la función arbitral que se le encomendó, y que cuando la renuncia anticipada de uno de los miembros reduce a sólo dos el órgano colegiado, no puede reputarse válidamente dictado el laudo arbitral. (Sentencia de 13 de julio de 1982; ha lugar.)