

II. SENTENCIAS

A cargo de

Antonio CABANILLAS SANCHEZ

Gabriel GARCIA CANTERO

María del Carmen GOMEZ LAPLAZA

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. *Simulación absoluta*.—La simulación absoluta no puede servir de título de dominio, sea cual fuere el que ostentara el aparente cedente sobre los bienes objeto de la transmisión; el cesionario tenía conocimiento de las condiciones en que adquiriría las fincas litigiosas, por lo que carece de la buena fe que exige el art. 34 L. H.

Finalidad de la casación.—Aparte de dar satisfacción al interés de los particulares, la institución de la casación tiene una finalidad nomofiláctica que se halla en la base de la creación del instituto, mediante la cual se protege el ordenamiento jurídico como un todo, y la función unificadora de la interpretación de las normas, indispensable para la seguridad jurídica y la garantía de los particulares, y, última y más propiamente, la que resulta del art. 1.6 C. c. que, sin incluir en la jurisprudencia entre las fuentes del derecho, le asigna la misión de complementar el ordenamiento jurídico a través de la tarea de interpretar, aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses, formulando criterios, que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa, como se lee en la E de M. del Decreto legislativo de 31 mayo 1974, por el que se sanciona con fuerza de ley el Título Preliminar del Código civil.

Las leyes extranjeras en casación.—Según reiterada jurisprudencia no pueden ser motivo de casación las infracciones de leyes extranjeras que no afecten a la uniformidad de nuestra jurisprudencia, pues no está atribuido a este Tribunal Supremo la misión de interpretar leyes y preceptos de legislaciones extranjeras, de modo que las leyes a que se refieren los arts. 1.891 y 1.692 L. E. C. son siempre las nacionales y nunca las extranjeras. (Sentencia de 15 julio 1983; no ha lugar.)

Todos los litigantes que intervienen en este pleito son de nacionalidad alemana, si bien los actos jurídicos impugnados y los bienes a que afectan radican en España (en particular, fincas urbanas situadas en las Islas Canarias). Un matrimonio celebrado en 1955 se divorcia en 1972 y dos años más tarde el ex marido transmite la propiedad de determinados inmuebles en pago de deudas simuladas a un amigo, negocios que se impugnan por la ex esposa alegando que con ello sólo se trata de defraudarla en los derechos que le corresponden en la liquidación del régimen de bienes. Es curioso que en el pleito se hable de *gananciales* con referencia a la *Zugewinengemeinschaft* existente entre los ex cónyuges, si bien este extremo es irrelevante para el fondo del asunto (G. G. C.).

3. Obligaciones y contratos

2. *Seguro de responsabilidad civil. Riesgos asegurados. Interpretación de cláusulas de exoneración de responsabilidad.*—Es de claridad sólo aparente la cláusula de un seguro voluntario de responsabilidad civil que exonera de toda responsabilidad cuando la reclamación del asegurado provenga de un accidente cubierto por el Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, hallándose la máquina causante del daño precisada legalmente del mismo; por ello está necesitada de interpretación para captar la verdadera intención de los intervinientes que ha de prevalecer sobre las palabras, llegándose a la conclusión por la A. T. que, habida cuenta de lo que llama «entorno del contrato», en el que resalta la general asunción por la aseguradora de las responsabilidades civiles producidas en la actividad empresarial de la asegurada, y de la especial ambivalencia del objeto asegurado, así como de la importante cuantía de la prima satisfecha, es absurdo que quedasen excluidos en el pensamiento de los contratantes, los riesgos provenientes de una eventual circulación por vías públicas de la motoniveladora cuyo manejo, como fuente de responsabilidad civil frente a terceros, estaba generosamente cubierto por el seguro concertado; tesis que ha de aceptarse en atención a la observancia del principio de que la interpretación de los contratos, aunque cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud, es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, siempre que tal interpretación no sea notoriamente errónea, y no lo es en el presente caso, dada la amplitud de la cobertura de responsabilidad civil garantizada a la empresa asegurada que textualmente alcanza a la que pudiera sobrevenirle por los actos u omisiones de sus empleados, incluidos los subcontratistas, y de la personal en que hubieran podido incurrir los asalariados de la propia empresa, por los daños causados a terceros, en el ejercicio de sus funciones o actividad profesional; todo lo cual ratifica la conclusión de racionalidad de la interpretación hecha por la Sala, al incluir en este contrato de adhesión la cobertura del limitado supuesto de responsabilidad subsidiaria, derivada de los daños causados por la máquina al trasladarse por sus propios medios, de un lugar de trabajo a otro, dentro de la misma zona de trabajo, utilizando al efecto vías públicas, siendo tanto más inexplicable la tesis contraria cuanto que se trata de una empresa, con dedicación a tareas de urbanización, saneamiento y obras públicas y civiles, que obviamente han de llevar consigo desplazamientos por vías públicas. (Sentencia de 25 febrero 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La «letra pequeña» de las pólizas de seguro, motivo de sobresalto para no pocos asegurados, ha sido objeto de una reiterada interpretación por la Sala 1.ª del T. S., que ha anticipado la moderna dirección de protección de los consumidores. En esa dirección, digna de aprobación, se sitúa la S. extractada (Pte. Casares Córdoba), cuyo problema fundamental era el de calificar de dudosa la cláusula debatida, lo que se logra, a mi modo de ver, acertadamente en el marco general de la cobertura contractual de riesgos (*interpretatio ab absurdum*)

3. *Compraventa de piso en construcción formalizada en documento privado. Condición de elevación a escritura pública en favor de tercero por designar.*—El convenio reflejado en el documento privado fue con supeditación a que la escritura pública definitivamente reflejadora de la compraventa concertada a medio de aquél, fuere otorgada a favor de la persona que designase el comprador, quien lo hizo a favor de una hija suya y de su marido, a nombre de los cuales se otorgó la escritura pública con subsiguiente inscripción registral, generando en su virtud un módulo adquisitivo eficaz, ya que como pone de manifiesto la S. de 24 noviembre 1894, los preceptos legales que se refieren al otorgamiento de escritura en las ventas de inmuebles, no varían la naturaleza del contrato ni establecen una condición especial del mismo, dado que, como también se argumenta en la S. de 10 julio 1889, no se perfecciona la venta por el consentimiento cuando se hace depender su eficacia del otorgamiento de la escritura, que es lo ocurrido en este caso.

Contrato a favor de tercero. Adquisición directa a favor del designado.—El contrato convenido en documento privado entre promitente y estipulante contiene, en su cláusula 5.ª, estipulación en favor de tercero, en cuanto que el adquirente acepta el otorgamiento de la posterior escritura de venta del piso a favor de la persona que él indicase, lo que determina que se produzca, por creación del derecho de tercero, una adquisición directa por parte de los designados, al no haberse producido revocación anterior a la efectividad del derecho por éstos, quienes lo aceptaron, debiendo añadirse que el tercero existe lo mismo cuando viene designado *nominatim* en el contrato o por circunstancias, o bien resulte de ulterior designación del promisorio, como ha ocurrido en el presente caso. (Sentencia de 13 mayo 1983; no ha lugar.)

En el proceso formativo del contrato —especialmente si se trata de pisos en construcción— es relativamente frecuente la utilización de fórmulas como la que muestra esta S. El que aparece como primer comprador en documento privado, abonando parte del precio, es el padre u otro ascendiente de la persona a quien definitivamente se destina el piso, con frecuencia en preparativos de boda; se pacta expresamente que la escritura pública se otorgará, bien sea a su favor, bien sea a favor de la persona que en su momento designe. No es una opción de compra, ni la suma adelantada constituye arras o señal de un futuro contrato, sino que las partes quedan ya vinculadas de presente con una estipulación a favor de tercero. Con acierto pasa por alto la relación que pueda haber entre el estipulante y el tercero; en el presente caso, muy probablemente constituye una liberalidad de parte del primer comprador al beneficio de la cláusula, habiéndose denunciado el incumplimiento de las reglas de las donaciones. En realidad se trata de una cuestión interna (relación de valuta) ajena a la validez del contrato en favor de tercero. (G. G. C.)

4. *Reclamaciones judiciales tendentes a la satisfacción periódica del derecho contractual.*—No pueden asimilarse a la facultad optativa o de elección que el artículo 1.124 del Código civil concede al acreedor para decidir entre instar el cumplimiento o la resolución.

Incumplimiento del contrato.—De su incumplimiento voluntario y reprochable, como nacido de la libre voluntad, en modo alguno puede ser libe-

rado o purgado de culpabilidad contraventora del pacto por el hecho de haber pagado las cantidades y letras objeto de las reclamaciones judiciales vigente el contrato, pues de suyo resulta que esa actitud no fue voluntaria sino judicialmente impuesta por la acción del acreedor, y que viene a demostrar indudablemente su voluntad obstativa al cumplimiento o al menos un incumplimiento objetivo o justificado en autos.

Resolución por incumplimiento.—No se puede llevar a extremos insostenibles la expresión tantas veces utilizada de «voluntad deliberadamente rebelde de no cumplir», que conduciría en buena lógica a la conclusión de exigir «dolo» cuasipenal y a la consecuencia de admitir la posibilidad también racional de calificar ese comportamiento contractual como engañoso, defraudatorio o delictivo, sino que hay que matizar esta exigencia de culpa rayana en el dolo y concluir que lo que se precisa para sancionar judicialmente la resolución de la parte es la apreciación de una conducta contractual renuente que produzca un verdadero incumplimiento, en el sentido de frustrar la legítima expectativa de la parte cumplidora en cuanto al fin del contrato ínsito en la causa.

Frustración del interés del acreedor.—Los gastos judiciales hechos para cobrar y el tiempo transcurrido sin percibir el total precio tienen su relevancia en la frustración.

Cumplimiento parcial. Ejercicio de la acción resolutoria.—Ya la sentencia de 24 de abril de 1959 había declarado que la ejecución parcial de cada obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria porque en el artículo 1.124 del Código civil no se distingue entre ejecución total o parcial.

«Ius variandi».—El hecho de instar el cumplimiento no veda después pedir la resolución (*ius variandi*), posibilidad que en la interpretación más razonable del artículo 1.124 del Código civil, en cuanto a la opción que concede, permite concluir que si bien instada la resolución no cabe variarla por el cumplimiento, por el contrario si es dable la facultad o posibilidad inversa, es decir, la de optar por la resolución después de ejercitar la acción de cumplimiento, bien que sólo cuando éste resulte imposible.

Imposibilidad del cumplimiento.—La noción de imposibilidad no hace referencia, sin más y únicamente, a la física, objetiva o de hecho, sino también a la jurídico-económica, es decir, a la frustración (no a la mera conveniencia) del acreedor por deficiencia, anormalidad o tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor en un cumplimiento que no será purgativo por la desaparición del interés en la contraprestación originariamente pactada, convertida en inútil o perjudicial por esa conducta o resistencia a cumplir, auténtico quebrantamiento de la mutua y buena fe contractual y del principio y norma que obliga a estar a lo pactado (artículo 1.091 del Código civil). (Sentencia de 18 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se declaró resuelto por la Audiencia Territorial el negocio celebrado, ya que una de las partes no había abonado totalmente el precio pactado, habiendo sólo pagado determinados plazos a través de compulsión judicial. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se aborda una serie de interesantes cuestiones sobre la resolución del contrato por incumplimiento del deudor, siguiéndose la doctrina jurisprudencial en torno al artículo 1.124 del Código civil.

Pueden verse en este sentido las sentencias de 28 de febrero de 1981 (anotada en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1093-1094) y 30 de junio de 1981 (anotada en este ANUARIO, 1983, II, p. 626) relativas al significado de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento; 25 de febrero de 1983 (anotada en este ANUARIO, 1983, III, pp. 1026-1029) y 5 de junio de 1980 (anotada en este ANUARIO, 1981, I, pp. 201-202) sobre la opción entre exigir el cumplimiento y la resolución del contrato; y 9 de octubre de 1981 (anotada en este ANUARIO, 1982, II, pp. 541-543) sobre el *ius variandi*. (A. C. S.)

5. *Diferencia entre la culpa contractual y la extracontractual. Relación análoga a la contractual. Aplicación preferente de la responsabilidad contractual.*—La culpa extracontractual presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombres, del *alterum non laedere*; la contractual presupone una relación preexistente, generalmente un contrato, entre el responsable y la víctima del daño, debiendo aclararse que también puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato, sino de otra clase, como la comunidad de bienes o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado; siendo de tener en cuenta que, como ha observado la S. de 3 octubre 1968, aunque no haya obligación derivada de contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del art. 1.902 C. c., pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos sobre la responsabilidad contractual.

Incumplimiento contractual. Responsabilidad de la empresa municipal encargada del servicio de alcantarillado. Daños por filtraciones.—Entre la empresa recurrente y la actora y actual recurrida, existía una relación jurídica, si no contractual de derecho privado, al menos enmarcada en el ámbito de los servicios municipales, por virtud de la cual la recurrente se hace cargo de la conservación y reparación de la red de alcantarillado a cambio de la percepción de una suma periódica, a la que contribuye la recurrida, de modo que la obligación de reparación de la red a consecuencia de las filtraciones que causaron daños a la actora no surgió *ex novo* sino que deriva de la relación jurídica preexistente entre ambas, sin que pueda alegarse caso fortuito, ya que debió prever, a consecuencia del deber de vigilancia que le afecta, tales daños y tratar de evitar que se produjeran adoptando las medidas conducentes a ello. (Sentencia de 26 enero 1984; no ha lugar.)

El tema de la acumulación o concurrencia de culpas (contractual y extracontractual), no resuelto legislativamente, tampoco ha merecido una solución jurisprudencial con criterio unánime. Unas veces se deja a la elección de la parte actora y otras se intenta dar criterios objetivos, como ocurre en el presente caso. El tema de fondo es el de la posible prescripción de la acción basada en el art. 1.902, que se soslaya sobre la base de construir una relación análoga a la contractual entre la empresa municipal encargada del alcantarillado y los usuarios, dando por supuesto que la tasa por este servicio es una forma de contribuir a la prestación del mismo, lo que administrativamente puede resultar discutible. (G. G. C.)

6. *Donación conjunta de padres a hija. Revocación por ingratitud. Prueba.*—Según una constante doctrina jurisprudencial, los testimonios de ac-

tuaciones penales y civiles no son documentos auténticos a efectos de demostrar el error de hecho, pues, amén de haber sido objeto, en su mayor parte, de valoración por las sentencias de instancia, no son idóneos, por su propia naturaleza, para impugnar en casación los hechos declarados probados por las sentencias recurridas.

Prescripción de la acción. Interrupción.—La apreciación de la prueba suministrada por las partes, acerca de la interrupción, o no, del plazo de prescripción, es de la exclusiva soberanía de la Sala sentenciadora.

Cuestión sobre la naturaleza del plazo. Suspensión de la caducidad.—La aplicación de la caducidad a la acción de revocación de donaciones por ingratitud, regulada en el art. 652 C. c., choca con la precisa terminología que el texto legal emplea (S. de 6 abril 1979), y en el presente caso obligaría a trasladar la discusión acerca de la interrupción, o no, del plazo prescriptorio a la determinación de si ha transcurrido el de la caducidad invocada, realizando un cómputo cuya corrección habría de ser planteada en esta instancia por la vía del error de hecho, tomando en consideración las actuaciones penales y civiles llevadas a cabo antes de la facultad actuada en este proceso, habida cuenta de que jurisprudencialmente se ha entendido (SS. de 11 mayo 1966, 20 diciembre 1969 y 21 mayo 1970) que la acción de caducidad debidamente ejercitada —sea en vía administrativa, en acto de conciliación, etc.— permanece viva aunque esté parada, como sucede en los casos de suspensión para tramitar el incidente de pobreza o por consecuencia de actuaciones penales.

Ingratitud por comisión de algún delito. Irrelevancia civil del indulto penal.—El auto de procesamiento fue dictado contra la hija donataria por haber causado lesiones al padre con duración superior a los quince días, debiendo entenderse que la agresión al padre en presencia de la madre supone para ésta una vejación, de indudable naturaleza penal, aunque no llegaran a ser punibles por el indulto anticipado de la conducta de la procesada, lo que no impide al juez civil enjuiciarlas y calificarlas, en su dimensión punible, a los solos efectos de fundar la ingratitud. (Sentencia de 23 octubre 1983; no ha lugar.)

NOTA.—Es evidente que las no escasas referencias contenidas en el C. c. a conceptos penales, plantean al intérprete difíciles problemas de interpretación, sobre todo porque el legislador civil no ha previsto las posibles vicisitudes de los hechos punibles en el ámbito de la jurisdicción penal, y su incidencia en el orden civil. Cuando el art. 648-1.º dispone que «podrá ser revocada la donación... por causa de ingratitud... si el donatario comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante», no se aclara si el juez civil debe limitarse a «recibir» del penal unos hechos calificados como tales, aplicando entonces la consecuencia establecida en el C. c., o si, por el contrario, podrá gozar de cierta autonomía a la hora de valorar las conductas constitutivas de la ingratitud.

En el 4.º Considerando, y como *obiter dictum*, la S. del TS. (Pte. Casares Córdoba) exterioriza «la más que fundada duda de si el C. c. emplea la expresión «delito» en su acepción técnica generalmente aceptada la acción típicamente antijurídica, culpable y punible o, en el lato sentido, de conductas penalmente sancionables y, como tales, ostensiblemente reveladoras de ofensa e ingratitud del donatario para con el donante, ya que si esta última interpretación amplia parece contraria a la expresión literal «delito» que la norma civil emplea, de aquella otra estricta surgen problemas que

impugnan seriamente su aceptación, entre ellos todos los nacidos de la extinción de responsabilidad penal por los Tribunales de ese orden (indulto anticipado, muerte del reo, etc.), o de la no punibilidad de la conducta, no obstante contener, como en el supuesto de la excusa absolutoria de próximos parientes (respecto de los delitos en que esta excusa entra en juego) el mayor coeficiente de desconsideración e ingratitud para con el donante cuyo techo cobija al donatario; si a ello añadimos la certidumbre de que el texto legal no usa las expresiones «delitos contra la persona, la honra o los bienes del donante» con precisión técnica alguna, puesto que, de no entenderlo así, se llegaría al absurdo de que, de toda la gama de delitos que el Código penal comprende, sólo determinan ingratitud, a efectos de la revocación de donaciones, los contra la vida e integridad corporal, los que lo sean contra la honra (por cierto, no figurados penalmente bajo esta rúbrica) y los atentados contra la propiedad, dando a estos últimos una acusadísima preferencia como reveladores de ofensa al donante víctima de ellos. sobre aquellos otros, indudablemente más graves, como son los tipificados contra la libertad y seguridad, honestidad, etc., que quedarían excluidos de la nota de ingratitud, todo lo cual agudiza los problemas que suscita la interpretación literal del Código. A continuación señala el contraste con la clara amplitud del término en las causas de indignidad para suceder o de desheredación.

Esta discreta llamada de atención por el TS. acerca de los problemas exegéticos de la revocación de donaciones por ingratitud, parece que debe ser recogida, tanto por la doctrina para profundizar en su estudio, como por el legislador para propiciar una reforma. (G. G. C.)

7. *Venta a ensayo o prueba.*—Configurable por los contratantes bajo condición resolutoria o suspensiva en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, se presume siempre hecha bajo la segunda modalidad de evento condicionante de no constar voluntad de los intervinientes en el contrato, según preceptúa el artículo 1.453 del Código civil, lo que significa que la operación se perfecciona cuando, una vez comprobadas las cualidades de la cosa y su utilidad para el destino previsto, es aceptada por el comprador, asumiendo las obligaciones que le incumben y por lo tanto la del pago del precio.

Condición «si voluero».— Autorizar al comprador para desistir a su antojo de un convenio perfecto y consumado, sin otra condición que la de su libre querer (*si voluero*), equivaldría a dejar el cumplimiento del contrato a la sola voluntad de uno de los contratantes, vulnerando la prohibición establecida en el artículo 1.256 del Código civil, y no puede olvidarse, además, el criterio de este Cuerpo legal contrario a las estipulaciones que hacen depender la purificación la subsistencia o la fijación de uno de los elementos del negocio de la unilateral decisión de cualquiera de los otorgantes (arts. 1.115. 1.119 y 1.449).

Hermenéutica contractual.—Plantea un problema de hermenéutica contractual, que tendría que ser suscitado por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Interpretación del contrato.—La tarea interpretativa constituye materia reservada a los organismos jurisdiccionales de instancia y sólo cabe su censura en casación cuando los resultados a que se ha llegado han de tenerse por desorbitados o ilógicos, aunque quepa alguna duda sobre la cabal exactitud. (Sentencia de 15 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Según afirman las sentencias de una y otra instancia, las sucesivas operaciones de compraventa de maquinaria para la industria de con-

fección propiedad del recurrente, atendidas por el demandado recurrido, expresando en los respectivos albaranes que se trata de «entrega condicional», fueron seguidas en la generalidad de los casos por la total conformidad del adquirente, teniendo a las máquinas por aptas en razón de sus características, haciendo pagos en numerario y aceptando letras de cambio por las sumas aplazadas, sin que en manera alguna pueda ser admitida la versión de los hechos dada por el recurrente, en el sentido de que el comprador estaba facultado para desligarse a su arbitrio del vínculo contractual, si libremente entendía que a las circunstancias de su establecimiento no era conveniente proseguir la utilización de la maquinaria adquirida.

NOTA.—En el marco de las ventas hechas a calidad de ensayo o prueba, no cabe la condición «si voluero», como señala el Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos y la doctrina (cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, 4.ª ed., Madrid, 1983, p. 380). Es indudable que en este tipo de ventas, la condición no depende del libre querer del comprador. *Objetivamente*, por medio del ensayo o prueba, se comprueba si la cosa tiene o no las cualidades que han sido determinantes de la compra. Una vez que la prueba ha sido positiva, el comprador carece de facultad de desistir del contrato. (ACS).

8. *Resolución en los casos de venta de inmuebles.*—La operancia de la resolución que el artículo 1.504 del Código civil contempla en los casos de venta de inmuebles, no actúa por el simple hecho del requerimiento sino que exige concurrencia de una voluntad reiteradamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones por parte del vendedor, que en la sentencia impugnada no ha sido apreciada.

Interpretación de los documentos.—Para disentir de la interpretación que en la instancia se hace de los mismos sólo cabe el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, con denuncia de las normas de hermenéutica contractual infringidas, pero no por el número séptimo de dicho artículo.

Incongruencia positiva.—Ha de utilizarse necesariamente el cauce del número tres y no del dos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Reconvención implícita.—Es reiterada doctrina de esta Sala, que cualquier pretensión del demandado que no se reduzca a pedir que se le absuelva de la demanda, implica una reconvención implícita, lo que supone actuar una nueva pretensión que obligaba al Tribunal a pronunciarse sobre ella, sin que al hacerlo incida en la incongruencia que se denuncia, como ya dijo la sentencia de 27 de octubre de 1967. (Sentencia de 1 de diciembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de un piso. El comprador solicitó en la demanda que se declarase su derecho a que el contrato fuese elevado a escritura pública. Los vendedores pidieron en reconvención que se declarase resuelto el mencionado contrato de compraventa. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron ambas pretensiones. No prospera el recurso de casación interpuesto por los vendedores.

NOTA.—Al dirigirse la concurrencia de una voluntad reiteradamente rebelde al cumplimiento en esta sentencia, se pone en clara relación el artículo 1.504 con el 1.124 del Código civil. Como señala en la Sentencia de 30 de octubre de 1981, anotada en este ANUARIO (1983, II, p. 635), el artículo 1.124 tiene un carácter genérico que complementa al específico del 1.504. También en este artículo es de aplicar la necesidad de que medie una voluntad rebelde al

cumplimiento. Con ello, sin embargo, como apuntan Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de derecho civil*, II, Madrid, 1983, 4.ª ed., p. 370), los efectos del artículo 1.504 son muy debilitados. (ACS).

9. *Arrendamiento de finca urbana. Daños por incendio. Responsabilidad del arrendatario. Presunción de culpabilidad.*—El artículo 1.563 C. c. dispone que el arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviera la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya, de donde deriva una presunción *iuris tantum* de culpabilidad contra el arrendatario; y como la ley presume también que el arrendatario recibió la cosa en buen estado, salvo prueba en contrario, y en el presente caso no se ha acreditado que el arrendador entregase al arrendatario el inmueble locado en deficientes condiciones para su utilización, y, menos aún, que tales no probadas deficiencias hayan influido, con relación causa-efecto, en el siniestro operado, es clara la responsabilidad del arrendatario.

Facultad moderadora de la responsabilidad contractual.—La facultad de moderación de la responsabilidad por negligencia contractual que se contempla en el artículo 1.103 C. c., según aclara una reiterada doctrina de esta Sala, tiene un carácter eminentemente discrecional que, si bien no tiene un sentido absoluto, es una facultad soberana de la Sala, irrevisable en casación. (Sentencia de 24 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

10. *El «leasing» o arrendamiento financiero.*—El Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 de febrero de 1977, aunque de carácter predominantemente fiscal y financiero, recoge en su artículo 19 sus rasgos característicos, tal como aparecen en la realidad social cotidiana, al conceptuarlos como aquellas operaciones que cualquiera que sea su denominación consisten en el arrendamiento de bienes de equipo adquiridos para dicha finalidad por empresas con dicho objeto social y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario a cuyo arrendamiento acompaña una opción de compra

La distinción entre el «leasing» o arrendamiento financiero y la venta a plazos de bienes muebles con reserva de dominio.—Estos contratos son jurídicamente distintos pues como dice la sentencia de esta Sala de 8 de abril de 1981 el parecer más autorizado conceptúa al «leasing» de contrato complejo o atípico gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el «leasing» opera como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos lo que permitiría la aplicación del artículo 2 párrafo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1965 habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el «leasing» como si fuera una compraventa de aquella modalidad pues la finalidad económica respectivamente perseguida por una y otra operación es distinta

La distinción entre el «leasing» o arrendamiento financiero y el préstamo de financiación a comprador de bienes a plazos.—Viene determinada por ser éste un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su

importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno.

Naturaleza arrendaticia del «leasing».—No puede sacarse consecuencia alguna contraria a la naturaleza arrendaticia del contrato.

Obligación de devolución.—Dicha tenencia es consecuencia obligada de la cesión de uso que el contrato de arrendamiento supone e implica a la vez la obligación de devolver el rodillo autopropulsado al dueño a la finalización del contrato locativo. (Sentencia de 18 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de «leasing» por cuya virtud la sociedad de leasing cedió al usuario un rodillo autopropulsado. Debido a que un acreedor del usuario embargó esta máquina, la sociedad de «leasing» interpuso demanda de tercería de dominio, alegando principalmente que era propietaria de la misma. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda de tercería de dominio. Prospera el recurso de casación interpuesto por la sociedad de «leasing».

NOTA.—La doctrina de esta sentencia es, a nuestro juicio, plenamente acertada, ya que afirma el carácter esencialmente arrendaticio del «leasing financiero y con toda lógica no considera aplicable la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, tal como precedentemente había señalado nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de abril de 1981, que anotamos en este ANUARIO (1981, IV, pp. 1096-1099). De notable interés es el resultando 1.º de la sentencia, ya que aparecen en él reflejadas diversas cláusulas que son comúnmente utilizadas en el tráfico y que configuran su contenido esencial. En ellas se apoya el Tribunal Supremo y la doctrina científica para afirmar el carácter arrendaticio del «leasing» financiero (cfr., nuestro trabajo *La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales*, en este ANUARIO, 1982, I, p. 41 ss.). (ACS).

11. *Pago sin reserva de los aljibes construidos. Protesta tardía.*—Motivo que ha de decaer habida cuenta de que, en efecto, la denotada afirmación de la resolución impugnada tiene incontrovertible soporte fáctico en los documentos de liquidación y finiquito de fechas primero de julio y primero de septiembre de 1977 afectantes, respectivamente, al primero y segundo aljibe, no siendo lógico ni racional admitir que lo que se saldó sin protesta en unas fechas determinadas pueda desvirtuarse por lo alegado en otra bastante posterior y menos al efecto de deducir de tal tardía protesta que la sentencia que apreció la trascendencia de aquella prueba documental incurriera en error de hecho.

Prueba pericial.—Como ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala tanto el artículo 1.243 del Código civil como el 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tienen el carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal sino que constituyen una regla formal que no puede ser citada en casación como Ley infringida quedando dicha prueba a la apreciación y criterio del juzgador.

Desistimiento unilateral del comitente. Determinación de la indemnización. Mas olvida al argumentar así que la referida sentencia, según sus razonamientos, en trance de concretar la indemnización precedente lo verifica, a falta de otros elementos probatorios, acogiendo como criterio estimativo el generalizado que da como presupuesto una utilidad del quince por ciento con carácter

neto, pues no es dable inferir que gastos cual los de dirección de obras y otros generales no fueran comprendidos con criterio lógico en los de «ejecución material de lo contratado», provocando ello la desestimación del motivo.

Cálculo del beneficio industrial.—Es por ello obvio que a los fines del cálculo del beneficio industrial debe incluirse en el presupuesto de ejecución de la obra el importe de los materiales. (Sentencia de 13 de mayo de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la construcción de seis aljibes. Al concluirse la construcción del segundo, el comitente comunicó al constructor que no construyese los restantes. Por este motivo el constructor lo demandó solicitando indemnización por los gastos, trabajo y utilidad dejada de obtener. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, fijando una determinada suma de dinero por los perjuicios sufridos por el constructor, que fue aumentada por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comitente.

NOTA.—En esta sentencia nuestro Tribunal sigue la doctrina acogida en otras anteriores sobre la interpretación del artículo 1.594 del Código civil, referente al desistimiento unilateral del comitente. Entre las más recientes cabe citar a las sentencias de 7 de octubre de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1983, II, pp. 648-649), y 15 de diciembre de 1981, también anotada en el mismo (1982, III, pp. 953-955).

Muy interesante es la relevancia que da nuestro Tribunal Supremo al pago sin reserva por el comitente de los aljibes entregados. Ya hemos puesto de relieve que el pago del precio implica normalmente la aceptación de la obra entregada al comitente (*La recepción de la obra*, en este ANUARIO, 1978, II, pp. 295-296) y es lógico que, una vez pagada y recibida sin ningún tipo de reservas, éste, al cabo de los años, no pueda alegar la existencia de defectos, irregularidades o anomalías que conocía o debía conocer por su carácter aparente y no denunció al recibirla, pagando el precio convenido. Esta es, además, la solución acogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de diciembre de 1982, que también hemos anotado en este ANUARIO (1983, III, pp. 1031-1032), y en determinados ordenamientos jurídicos, como hemos expuesto en la anotación a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1983 (en este ANUARIO, 1983, III, pp. 1026-1029). (ACS).

12. *Contrato de arquitecto. Estatuto jurídico.*—El contrato llamado de arquitecto (*Architektenvertrag*), modalidad del contrato de ejecución de obra y del de prestación de servicios, puede admitir en la práctica matices muy variados según hasta donde alcance la actividad de aquel profesional; su estatuto jurídico si bien se rige principalmente por las normas del Código civil y las reglas generales de la contratación contenidas en dicho Cuerpo legal, no se sustrae a la intervención administrativa paraestatal, en cuanto que su configuración interna está prefijada a tenor de las normas contenidas en los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de arquitectos, aprobados por Decreto de 13 de junio de 1931.

Intervención del Colegio de arquitectos.—La regulación de efectos internos profesionales repercute para el particular transformando el contrato con el arquitecto en un contrato de adhesión, al menos en cuanto hace relación al alcance de la vinculación del arquitecto a su Colegio; de todo ello deriva, por un lado, la intervención del Colegio en el cobro de honorarios y en su fijación y por otro, la postulación que desde un punto de vista sustantivo ejerce la compañía para reclamar el pago de honorarios, y también, como

faceta ineludible de su fijación según tarifa vigente, en su intervención procesal, cuando, como en el caso debatido, se solicita una rectificación de aquella fijación de honorarios

Legitimación del Colegio de arquitectos.—Está legitimado tanto para demandar como para ser demandado y su vinculación a un litis donde, en definitiva, se discute la fijación de honorarios en un caso concreto.

Función del Colegio de arquitectos. No actúa como mandatario de sus colegiados.—No puede aceptarse que el Colegio recurrente en su función cuasi pública, de supervisión y de defensa de los derechos e intereses profesionales y de promulgación de normas reglamentarias de tipo interno, aplicando las tarifas vigentes, actúe como mandatario de sus colegiados, sino precisamente todo lo contrario, pues su actuación se desarrolla en un plano de superioridad y de defensa de intereses corporativos, sin tener que sujetarse a mandato alguno de sus miembros integrantes en concepto de profesionales individuales. (Sentencia de 29 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor encargó al arquitecto demandado la realización de un proyecto para la edificación de determinadas viviendas. En la demanda interpuesta contra el arquitecto y el Colegio de arquitectos al que pertenecía, se solicitó que se declarara que la cuantía de la minuta era excesiva y se condenara a los demandados a la devolución de la cantidad indebidamente percibida. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial consideraron excesiva la cuantía de la minuta. No prospera el recurso de casación, en uno de cuyos motivos se señaló que el Colegio de arquitectos actuaba como mandatario del arquitecto demandado.

NOTA.—Esta sentencia es fundamental para comprender el significado de la intervención de los Colegios de arquitectos, tanto en el ámbito procesal como en el extraprocesal. Destaca especialmente la afirmación de que el Colegio de arquitectos no actúa como mandatario del arquitecto colegiado cuando defiende los intereses profesionales de éste. El argumento fundamental se encuentra en que la actuación del Colegio de arquitectos se enmarca en la defensa de intereses «corporativos».

En nuestra doctrina, un punto de vista semejante en torno al contrato de arquitecto y la función de los Colegios de arquitectos es mantenido por SANTOS BRIZ (*El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, en Revista de Derecho Privado, 1972, p. 385 ss.; también en *Derecho civil. Teoría y práctica*, IV, Madrid, 1973, p. 341 ss.). Véase también FERNÁNDEZ COSTALES, que analiza el régimen jurídico del contrato de arquitecto y de los Colegios de arquitectos en su monografía *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977. (ACS).

13. *Arbitraje. Excepción dilatoria.*—En consonancia con el carácter de procedimiento privado de la jurisdicción arbitral, para que el otorgamiento de un compromiso arbitral impida a los jueces y tribunales conocer de la controversia sometida a árbitros es necesario que la parte a quien interese invoque el compromiso mediante la correspondiente excepción, que tendrá carácter previo en aquellos procedimientos que admitan defensas de esta clase, como preceptúa el artículo 19 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado, de 22 de diciembre de 1953.

Contratos verbales.—La jurisprudencia de esta Sala, atendiendo a los términos literales de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, ha declarado que no son aplicables a los contratos verbales.

Alegación conjunta de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil.—No es admisible, puesto que como ya declaró la sentencia de esta Sala de 17 de marzo del año en curso, se falta al mandato del artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil al no señalar qué párrafo del 1.281 es el invocado y se olvidó que el artículo 1.282 es supletorio únicamente del párrafo segundo del 1.281 y no del primero.

Interpretación del contrato. Elementos objetivos.—El haber de atender a una voluntad «común», no es lo que cada uno de ellos quiso, sino lo que decida un observador imparcial, es decir, el Tribunal «a quo», con arreglo a lo pactado, a la buena fe, al uso y a la ley, como se deduce del artículo 1.285, y en esta operación, como manifiesta la regulación legal, hay un predominio de elementos objetivos.

Interpretación integradora. Pacto sobre revisión de precios en el contrato de obra.—El uso y la costumbre del país a que alude el artículo 1.287, según lo anteriormente razonado, sirven para suplir en contra de los intereses de la recurrente la omisión de la cláusula o pacto sobre revisión de precios, tenidas en cuenta las circunstancias de tiempo y sobre la realidad social en que se han venido desarrollando los contratos de ejecución de obras de larga duración.

Daños morales y patrimoniales.—Su apreciación y valoración es cuestión de hecho, que corresponde a la exclusiva y soberana apreciación de los Tribunales de Instancia. Sentencia de 8 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se convino mediante un contrato verbal efectuar unas obras de urbanización. No obstante la no existencia de contrato originario escrito, el contratista reclamó una determinada suma de dinero, a la que llegó previa aplicación de la revisión de precios acordada por Decreto de 19 de diciembre de 1970 sobre contratos del Estado. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial negaron que durante los diez años de vigencia del contrato de obra rigieran los precios originarios y consideraron de equidad aceptar, al menos como tácitamente convenida, la revisión de precios efectuada por el contratista. No prospera el recurso de casación del comitente.

NOTA.—Hay que tener en cuenta que es doctrina constante del Tribunal Supremo que es posible la revisión de precios en el contrato de obra, siempre que exista una concorde voluntad de las partes. El artículo 1.593 del Código civil no contiene una norma de derecho necesario y no implica, por tanto, una limitación legal a la voluntad contractual, sino un complemento de la misma (Sentencias de 29 de junio de 1981, anotada en este ANUARIO, 1982, I, pp. 262-263, y 4 de abril de 1981, que anotamos en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1105-1106). Sucede, sin embargo, que en el caso de la sentencia que anotamos no existía un pacto de revisión de precios, lo cual planteaba problemas para la aplicación de dicha doctrina. Por ello nuestro Tribunal Supremo tiene en cuenta el artículo 1.287 del Código civil, que establece un criterio de interpretación integradora del contrato. Pero la aplicación de este precepto no deja de plantear problemas en este caso ya que es el uso o la costumbre del país lo que según el mismo, ha de tenerse en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos. Parece indudable que nuestro Tribunal Supremo estima que la cláusula de revisión de precios en el contrato de obra es una cláusula «usual» en nuestra realidad social, y de aquí deduce la aplicación del citado precepto.

Conviene destacar que, al margen de todo acuerdo de las partes y de la problemática aplicación del artículo 1.287, nuestro Tribunal Supremo, y también numerosos autores, han considerado pertinente la aplicación de la

teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* si se cumplen una serie de condiciones determinadas con exactitud por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1957, comentada por DIEZ-PICAZO (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, pp. 566-569). En este sentido la sentencia de 7 de noviembre de 1980, que anotamos en este ANUARIO (1981, III, pp. 899-901). (ACS).

14. *Relación entre aparejador y dueño de la obra.*—Es obvio que la relación aparejador-dueño de la obra es contractual y su posible responsabilidad por contravención exigible al amparo del artículo 1.104 del Código civil, pero sin aplicar a su conducta la especial temática de la culpa aquiliana referente a la teoría del riesgo, que responde a una motivación distinta en aras de la seguridad exigible en las relaciones generales de la vida no previstas por el cauce particular y concreto de un contrato como es el caso de autos.

Inaplicación de las reglas de la responsabilidad aquiliana a la contractual. Como ya se dijo en sentencias de 11 de marzo de 1967 y 7 de abril de 1983, son netamente diferenciables los regímenes de las dos clases de responsabilidad y sería excesivo aplicar las reglas de la aquiliana a la contractual, al estar dotada ésta de precisiones de hecho y normativas concretas o más susceptibles de precisión.

Presupuesto de aplicación del artículo 1.591 del Código civil.—La aplicación de este precepto al aparejador presupone que su conducta sea calificada como negligente o culposa.

Deuda de intereses. Falta de liquidez.—No puede calificarse de condena de cantidad líquida cuando se remite su fijación y exigencia al período ejecutivo del fallo, momento procesal en el que es posible, lícitamente, la discusión o controversia de partidas o cantidades por obras y gastos hechos por el Patronato reclamante, circunstancia que excluye la noción de liquidez en los términos y tiempo del fallo, al estar necesitada de concreción, según para otros supuestos declaran las sentencias de 30 de marzo y 8 de junio de 1981.

Distinción entre el contrato civil y el administrativo.—Tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia han matizado la distinción entre el contrato civil y el administrativo en el sentido de cargar el acento diferencial en el fin perseguido por el convenio, es decir, que sería administrativo cuando lo fuese referido a obras y servicios públicos, no cuando meramente interviene la Administración, con la característica de integrar una proyección directa al interés público, al servicio de la colectividad.

Interpretación y aplicación de las normas jurídicas.—El criterio finalista ha de presidir en última instancia tanto la interpretación como la aplicación de las normas, sean sustantivas o procesales, según enseña el artículo 3,1 del Código civil

Acto propio de asunción de responsabilidad.—Consta de modo explícito, bajo su firma, esa aceptación de responsabilidad en unión de los otros presuntos responsables, acto que evidentemente le vincula de modo concreto en cuanto al contrato que le ligaba y en general por las disposiciones de ese orden del Código civil (arts. 1.088 y siguientes).

Responsabilidad solidaria.—Tiene lugar cuando no sea posible discriminar la específica responsabilidad de los partícipes en el resultado dañoso final. (Sentencia de 5 de octubre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Por graves vicios de construcción en dos grupos de viviendas, la Audiencia Territorial, rectificando el fallo del Juez de Primera Instancia, condenó solidariamente a los contratistas y al arquitecto y absolvió a los herederos del aparejador y al Colegio de arquitectos. Se tiene en cuenta que dichos contratistas y el arquitecto se comprometieron a reparar los efectos y abonar los gastos y perjuicios. No prosperan los recursos de casación interpuestos.

NOTA.—En esta importante sentencia se abordan numerosas cuestiones de índole diversa. Es interesante la diferenciación que se establece entre el régimen de la responsabilidad contractual y de la aquiliana. Ciertamente, cualquier intento de unificación del régimen jurídico de uno y otro tipo de responsabilidad tropieza inevitablemente con obstáculos, aunque, como dicen Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de derecho civil*, II, Madrid, 1983, p. 611), no hay más diferencias de régimen, pues el asiento es el mismo dentro del Código civil: una acción u omisión culposa que daña a otro. Véanse las interesantes apreciaciones de VINEY (*Traité de droit civil*, bajo la dirección de GHESTIN, t. IV, *Les obligations. La responsabilité - Conditions*, París, 1982) y AUBERT (*Droit civil. Les obligations*, vol. 2, *Sources: Le fait juridique*, París, 1981) sobre la cuestión.

En relación con el controvertido problema de la distinción entre el contrato civil y el administrativo se sigue en esta sentencia el criterio mantenido de forma constante por la jurisprudencia. Véase la sentencia de 11 de mayo de 1982, anotada por ELIZALDE en este ANUARIO (1983, I, p. 317), que como dice este autor atribuye al contrato administrativo un ámbito de aplicación tan amplio como el señalado por la doctrina administrativista y la jurisprudencia contencioso-administrativa. La tendencia hacia la ampliación se encuentra claramente indicada en los artículos 4 de la Ley de Contratos del Estado y 7 de su Reglamento.

Respecto del contrato de obra y la responsabilidad de los profesionales de la construcción se sigue manteniendo el reiterado criterio jurisprudencial del carácter solidario de la responsabilidad de éstos (consúltense las anotaciones a las sentencias de 6 de octubre de 1982 y 22 de noviembre de 1982, en este ANUARIO, 1983, II, pp. 649-655). También se afirma que la aplicación del artículo 1.591 presupone una conducta negligente o culposa; pero en la reciente sentencia de 11 de noviembre de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1983, II, pp. 635-655) se afirma que para la aplicación del artículo 1.591 basta 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 se concluyó la construcción y que sea debida a vicios del suelo.

A nuestro juicio, como hemos señalado en la anotación de esta sentencia, el citado precepto configura una responsabilidad en buena medida objetivada, que justifica la existencia de una presunción *iuris tantum* de culpa en caso de ruina acaecida durante el plazo de garantía decenal. (ACS).

15. *Contrato de obra. Cláusula «rebus sic stantibus»*.—Tanto los Tribunales como esta Sala han admitido y admiten la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» como solución justa de los problemas planteados, si bien con la exigibilidad de ciertos presupuestos y requisitos, entre ellos el de la concurrencia de hechos o acontecimientos imprevisibles e imprevistos para las partes, y de tal entidad o enjundia que puedan provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato como fundantes de la justa reciprocidad de los intereses en juego; pero cuando esas circunstancias no aparecen, bien porque la desigualdad sobrevenida no traspasa los límites tolerables para la economía contractual, ora porque las partes previeron o anunciaron anticipadamente los riesgos, es evidente que los Tribunales han de sopesar e incluso

respetar esa previsión como integrante del negocio o contrato, como cláusula expresa que invalida la implícita «rebus sic stantibus».

Elección de la acción ejercitable: la resolutoria o la de desistimiento del artículo 1.594 del Código civil.—No puede exigirse ni imponerse a una parte contratante el ejercicio de una u otra acción, es decir, la resolutoria que ejercita o la del desistimiento, ya que a él corresponde su elección y en este sentido, por tanto, se cometería incongruencia si se estimara infringido por el Juez el artículo 1.594 del Código civil por no aplicarlo. (Sentencia de 16 de junio de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la construcción de un chalet. En la cláusula quinta del contrato suscrito se disponía que «no se considera como justificación de demora... las huelgas de los trabajadores del ramo de la construcción». Debido a la huelga de la construcción y a otras causas, el contratista dejó paralizada la obra. Por tal motivo el comitente resolvió el contrato por incumplimiento. A ello se opuso el contratista, que invocó la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus». El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial consideraron procedente la resolución del contrato de obra por incumplimiento. No prospera el recurso de casación interpuesto por el contratista.

NOTA.—Es indudable que la *ratio* de esta sentencia se encuentra en la cláusula quinta del contrato de obra suscrito por las partes, pues parece claro que, de no mediar semejante cláusula, si sería lógica la aplicación de la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus». En este sentido esta sentencia nos recuerda a la de 27 de enero de 1981, que también anotamos en este ANUARIO (1981, IV, pp. 1100-1102), en la que tampoco se considera aplicable la doctrina de la cláusula «rebus sic stantibus» porque no se cumplían los requisitos necesarios para ello, que aparecen señalados en la importante sentencia de 17 de mayo de 1957, comentada por Díez-PICAZO, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 1.º, Madrid, 1973, pp. 566-569. Véase también sobre esta problemática la sentencia de 7 de noviembre de 1980, que anotamos en este ANUARIO (1981, III, pp. 899-901).

Nuestro Tribunal Supremo deja a elección del comitente el ejercicio de la acción resolutoria o de la de desistimiento, lo cual sólo tiene sentido en la medida en que se cumplan los requisitos de una y otra acción. En el caso de la sentencia tenía una gran trascendencia jurídica la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria, porque si se hubiera aplicado el artículo 1.594 del C. c. el comitente debería indemnizar al contratista de todos los gastos, trabajo y utilidad que hubiera podido obtener con la obra.

(A. C. S.)

16. *Contrato de obra. Alteración de la obra proyectada.*—No puede desconocerse que el texto del contrato suscrito al contemplar en la cláusula séptima el supuesto de alteración de la obra proyectada, no sólo no exige la previa autorización de la dueña para cualquier cambio del proyecto inicial, sino que, literalmente, aceptar la valoración y reembolso de toda rectificación que se haga con tal de que hubiera sido «autorizada por escrito por el Sr. Arquitecto Director», estableciendo así una normativa perfectamente válida, al amparo, precisamente, del principio de libertad de contratación, que excluye la necesidad de aquel permiso previo de la dueña de la obra en que el motivo de casación pretende cobijo para hacer reembolsables las alteraciones llevadas a cabo con el correspondiente visado técnico. (Sentencia de 16 de septiembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la construcción de determinadas viviendas. Los contratistas reclamaron al comitente la diferencia existente entre el costo de lo ejecutado y lo percibido en pago. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial condenaron al comitente a abonar una determinada suma de dinero a los contratistas. En el recurso de casación se alegó que se introdujo un cambio en el proyecto que no fue autorizado por el comitente, como exige el artículo 1.593 del Código civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto.

NOTA.—La solución de la sentencia que anotamos se explica por existir una cláusula en el contrato celebrado por el comitente y los contratistas. No cabe duda que si no hubiese existido tal cláusula, que se considera lícita en virtud del principio de libertad de contratación (art. 1.255 del C. c.), hubiese sido preceptiva la autorización del comitente en atención a lo dispuesto en el artículo 1.593 del Código civil ya una doctrina constante del Tribunal Supremo que admite que la autorización puede ser expresa o tácita. Véanse las sentencias de 28 de enero de 1983, que anotamos en este ANUARIO (1983, III, pp. 1025-1026), 31 de mayo de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1982, III, pp. 952-953), 17 de diciembre de 1980, que también anotamos en este ANUARIO (1981, III, p. 898) y finalmente la de 26 de diciembre de 1979, anotada en este ANUARIO, 1980, IV, pp. 1100-1101).

(A. C. S.)

17. *Legitimación activa del comodatario para reclamar contra terceros causantes de daños en la cosa comodada. Responsabilidad del constructor y del arquitecto por mal estado de la conducción de agua. Inaplicabilidad del artículo 1.752 C. c.*—En modo alguno puede admitirse que de todo evento dañoso que el comodatario pudiera sufrir, cualquiera que sea el agente productor, sea necesariamente responsable el comodante, por aplicación del artículo 1.752 C. c., pues lo que en dicho precepto es objeto de específica regulación, son las consecuencias deducidas de las relaciones entre las partes, como derivadas del contrato, de aquí que si los eventos dañosos son atribuibles a un tercero, y dimanen de culpa extracontractual, la legitimación del comodatario es incuestionable, como sucede en el caso de las mercancías almacenadas en un sótano, por cesión gratuita del propietario, que resultan dañadas por el mal estado de las conducciones de agua, del que son responsable el arquitecto y el constructor con arreglo a los artículos 1.902 y 1.909. (Sentencia de 14 febrero 1984; ha lugar.)

NOTA.—Estamos ante otro caso de superposición o concurrencia, al menos parcial, de obligaciones contractuales y extracontractuales, que la sentencia extractada resuelve acertadamente. Demostrada la realidad del daño causado al comodatario, el evento dañoso y la relación de causalidad, el problema radica es decidir contra quién se dirige la acción. Si atendemos a cierta dirección jurisprudencial (últimamente sentencia de 26 enero 1984, extractada en este mismo ADC), cabría apoyarse en el artículo 1.752 C. c. para exigir responsabilidad al comodante por los vicios de la cosa conocidos por él. Sin embargo, no hay que olvidar la especial naturaleza de este contrato, que hace calificar —con la doctrina más reciente (MARÍN PÉREZ, *Comentarios Albaladejo*, tomo XXII-1.º, p. 85)— de impropiedad del C. c. el que hable de obligaciones del comodante, dando al contrato un sabor de reciprocidad que en sí no tiene, pues los deberes del comodante son de constitución o derivados de la teoría general de las obligaciones. La clara legitimación del comodatario para reclamar los daños al arquitecto y constructor apoya la doctrina de la naturaleza legal o extracontractual de la responsabilidad ex art. 1.591, al que, en definitiva, se reconduce el artículo 1.909

(G. G. C.)

18. *La distinción entre los contratos administrativos y los civiles.*—Que este primer motivo del recurso replantea el tema, siempre vivo y por lo demás arduo, de la delimitación entre los contratos civiles y los administrativos a que viene entregada una larga e inacabada elaboración doctrinal y jurisprudencial, cuya proyección sobre el artículo 4, regla 2.ª de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada por la de 17 de marzo de 1973, que amplía el criterio diferenciador finalista —obras y servicios públicos— del apartado a) del artículo 3.º de la Ley Jurisdiccional, incluyendo, en la consideración de contrato administrativo, al lado del tradicional de suministro, aquellos otros de contenido patrimonial, entre ellos el de préstamo, a los que la ley atribuya tal carácter administrativo, así como a los que estén vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público o que revistan características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato, obliga a rechazar la tesis que propugna la naturaleza administrativa del cuestionado.

Naturaleza civil del contrato.—Es manifiesto que ni existe vinculación, del discutido convenio, a un servicio público en su desenvolvimiento regular, ni el mismo —el convenio— reviste caracteres que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo, ni, en él, aparece siquiera un actuar de la Administración, funcionalmente revestida de tal carácter, en orden a introducir cláusula exorbitante alguna, ni es observada ninguna particular regla de formación del contrato, el cual, en suma, no puede decirse que acuse, al hilo de la distinción preconizada en gran parte de la doctrina y en recientes sentencias de este Tribunal de que es muestra la de 11 de mayo de 1982, modulación o particularidad alguna fruto de la presencia de la Administración dentro del estricto giro o tráfico administrativo entendido como ámbito de actuación que corresponde a las funciones peculiares de la misma Administración, a la cual, por otra parte, en fuerza del principio de buena fe, que ha de regir sus relaciones con los administrados, no le es lícito, en este caso, ampararse en sutiles y discutibles elaboraciones acerca de la naturaleza administrativa de un contrato celebrado con un particular bajo un pie de igualdad para dilatar por más tiempo su enfrentamiento con la postulada indemnización por unos daños acaecidos en el, ya lejano, primer semestre de 1976 y de los que el correspondiente Departamento ministerial tuvo noticia.

Incongruencia.—Existe sustancial alteración del «petitum» al señalar quiénes han de ser los concretos peritos llamados a intervenir, mandato que, además de no postulado, incide en la facultad de concordancia que, en este punto, ostentan los litigantes para decidir quiénes han de ser los llamados a dictaminar acerca del alcance de sus intereses privativos, provocando una incongruencia que se acentúa al otorgarse, en la misma sentencia, al demandante la potestad —tampoco pedida— de optar por la restauración de la obra a cargo de la Administración demandada y al acordar por último, que, en función de esta unilateral decisión, sea fijada la indemnización procedente, todo lo cual establece una zona de ultra y extra peticiones, en la que, claramente, se infringe el principio de congruencia que amparado por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil limita los poderes del ór-

gano jurisdiccional, cuya extralimitación provoca la estimación del motivo de casación examinado.

Responsabilidad del comodatario.—La supuesta violación del artículo 1.101 del Código civil es a todas luces inexistente dado el reconocimiento e incontestada declaración de acreditamiento del daño —por lo demás notorio— y la igualmente aceptada existencia de un contrato de comodato entre las partes, que obliga al comodatario —con responsabilidad más rigurosa que la de los deudores ordinarios— a responder del deterioro causado por motivo distinto del uso para el que se prestó la cosa (art. 1.744 y 1.745 del C. c.), máxime cuando la sentencia en que así se declara parte de la existencia de una previa tasación de la obra entregada, llevada a cabo al contratar el seguro que la Administración concertó con un tercero conforme se afirma en los considerando 4.º y 5.º de la sentencia de Primera Instancia, cuyo contenido ha permanecido intocado en el recurso. (Sentencia de 3 de junio de 1983; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante había prestado un cuadro de su propiedad a la Comisaría Nacional de Museos y Exposiciones, que iba a realizar diversas exposiciones en París y Londres. El cuadro sufrió importantes daños, por lo que el propietario prestamista solicitó una indemnización superior a los dieciséis millones de pesetas. El Abogado del Estado se opuso a la demanda alegando que no era competente la jurisdicción ordinaria debido a la naturaleza administrativa del contrato celebrado. El Juez de Primera Instancia admitió la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. El Tribunal Supremo acoge parcialmente el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se ponen de manifiesto los diversos criterios establecidos para determinar cuándo un contrato tiene naturaleza civil o administrativa, cuestión muy importante en el supuesto de la sentencia que anotamos, puesto que de la calificación del contrato celebrado dependía la competencia del Tribunal. Con buen criterio nuestro Tribunal Supremo considera que el contrato tiene naturaleza civil. Es indudable que por ser una de las partes del contrato la Administración no ha de calificarse automáticamente como administrativo. En el supuesto de la sentencia es indudable que no existía particularidad alguna, fruto de la presencia de la Administración, para excluir el contrato del ámbito del Derecho civil.

En la sentencia que anotamos no se considera aplicable el artículo 1.101 del Código civil, de conformidad con el criterio de la Audiencia, que hubiese determinado la necesidad de probar la conducta negligente de la Administración en relación con el daño sufrido por el valioso cuadro, sino que se tiene en cuenta la objetivación de responsabilidad que deriva de los artículos 1.744 y 1.745 del Código civil, basados en el carácter gratuito del comodato (art. 1.741 del Código civil y antecedentes históricos). Sin embargo, conviene puntualizar que el artículo 1.744 sólo se aplica cuando el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para el que se prestó o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, supuestos que no parece que se diesen en el supuesto fáctico de la sentencia que anotamos; tal vez sea más acertada la aplicación del artículo 1.745, al que se refiere el Tribunal Supremo, citándolo y poniendo de relieve la previa tasación del cuadro entregado. En este precepto se contempla un supuesto de responsabilidad marcadamente objetiva, en el que la existencia de tasación configura una obligación de garantía. La pérdida, aunque sea fortuita, constituye al comodatario en deudor de valor.

Tampoco parecía aplicable el artículo 1.746 del Código civil, ya que el daño sufrido por el cuadro no se debió al solo efecto del uso.

(A. C. S.)

19. *Depósito de dinero. Apropiación indebida por el depositario. Extinción de la responsabilidad penal por muerte. Obligación de restitución de los herederos.*—De lo que se parte, tanto en primera como en segunda instancia, es de la existencia de un contrato verbal de depósito regular, y conforme al artículo 1.766 C. c., se impone al depositario la obligación de restituir y caso de no hacerlo, se remite al título I del Libro IV.

Acción civil derivada de delito.—El artículo 1.092 C. c., dada su generalidad, no puede servir por sí y exclusivamente de sustentáculo a un recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, debiendo ser puesto en conexión con algún precepto más específico y concreto; debiendo observarse que en la demanda sólo se habla de la acción penal a título meramente anecdótico a la par que corroborador de la celebración del contrato de depósito, y en todo caso, aun en el supuesto de que se tratara de la acción civil derivada de un ilícito penal, como el evento punible tiene aquí su asiento en el apoderamiento del importe de un depósito constituido en la persona del causante de quienes recurren, habría que acudir necesariamente a la prescripción de quince años del artículo 1.964 C. c. (Sentencia de 10 junio 1983; no ha lugar.)

Se trata de un contrato verbal de depósito de 1.500 contos celebrado el 15 febrero 1969 en Madrid, entre dos súbditos portugueses. Al negarse el depositario a la restitución, se sigue procedimiento penal, recayendo sentencia condenatoria de la Audiencia, falleciendo el condenado mientras se tramitaba la casación. En el pleito se ejercita la acción restitutoria contra los herederos del depositario.

20. *Revocación del mandato.*—Según tiene declarado esta Sala en sentencias de 6 de diciembre de 1924 y 21 de diciembre de 1963, si ciertamente la revocación es uno de los medios de extinguir el mandato, sin embargo, cuando para él se ha establecido un plazo de duración, evidentemente en interés común de ambas partes contratantes, aunque la facultad de revocación subsiste si se impone antes de la expiración del plazo sin haberse demostrado que mediase justa causa dimanante del cumplimiento de lo pactado por parte del mandatario, entonces el mandante debe indemnizar a aquél los daños y perjuicios que con la extemporánea revocación le ocasiona.

Indemnización de daños y perjuicios por revocación extemporánea.—En los ámbitos de hecho y jurídico, una cosa es el pacto de prohibición de revocación y otra el convenido en el presente caso, de duración del mandato durante un determinado período de tiempo, al ser el primero un impeditivo absoluto de revocación y el segundo un simple módulo temporal por no poderla efectuar sin previa indemnización de daños y perjuicios cuando no se aprecie por la Sala sentenciadora de instancia causa que lo justifique. (Sentencia de 25 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato por cuya virtud el demandante se comprometió a administrar determinadas fincas. La duración del contrato se fijó en seis años, prorrogables por tácita reconducción. Los demandados enviaron una carta al demandante considerando extinguido el contrato. Frente a ello el demandante interpuso una demanda solicitando la canti-

dad de dinero que se le adeudaba e indemnización de daños y perjuicios. En reconvencción los demandados solicitaron la resolución del contrato por incumplimiento del demandante. La Audiencia Territorial, revocando el fallo del Juez de Primera Instancia, condenó a los demandados al pago de una determinada suma de dinero y declaró resuelto el contrato celebrado con la correspondiente indemnización de daos y perjuicios. No prospera el recurso de casación interpuesto por los demandados.

NOTA.—En esta sentencia se parte de la validez del pacto de irrevocabilidad del mandato, lo cual es admitido por la jurisprudencia y la doctrina. No cabe duda que el pacto de irrevocabilidad es admisible cuando obedece a una justa causa (cfr. CASTRO, *Temas de derecho civil*, Madrid, 1972, pp. 113-114; DÍEZ-PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979, pp. 304 ss.; GULLÓN, *Curso de derecho civil. Contratos en especial*, Madrid, 1972, p. 300). Llama la atención que se afirme en esta sentencia que el pacto de prohibición es un impeditivo absoluto de revocación, a diferencia del mandato sometido a un determinado período de tiempo, en cuyo caso la revocación del mandato dará lugar a indemnizar de daños y perjuicios si no existe causa que lo justifique.

A nuestro juicio, aunque exista un pacto de irrevocabilidad, la revocación unilateral por el mandante no supone otra cosa que el incumplimiento de una convención, que dará lugar a indemnización de daños y perjuicios, a no ser que se pruebe que obedece a una justa causa. No se puede convertir al mandatario en dueño de los intereses del mandante. Tal vez por ello GARCÍA GOYENA, en el comentario al artículo 1.623 del Proyecto de 1851, decía que el mandato se puede revocar, aunque se haya pactado lo contrario, como sucede en el depósito, artículo 1.681. (A. C. S.)

21. *Culpa extracontractual. Daños causados por pala excavadora en cable coaxial subterráneo de la telefónica. Negligencia.*—El palista que realizaba las obras de la excavación fue plenamente advertido por empleados de la Compañía Telefónica de la presencia del cable coaxial en el terreno en donde se realizaban las obras de excavación, las cuales, si bien fueron interrumpidas ante los requerimientos de aquéllos, luego las reanudó cumpliendo órdenes del encargado de la obra, dependiente directo del empresario que asumió contractualmente la responsabilidad de la ejecución, incidiendo con su actuar en la causación de un daño que hubiera sido evitado solicitando una información precisa y concreta de los lugares por donde discurría el cable coaxial.

Error de hecho. Valor probatorio de las actas notariales.—Según sentencias de 5 junio 1928, 12 marzo 1962 y 14 febrero 1983, el valor probatorio de las actas notariales, como tales documentos públicos, queda reducido a lo que el Notario certifica y deriva de observación personal, pero nunca alcanza a aquellas manifestaciones que, a pesar de su inserción en el acta, no tienen más valor que el que corresponde a su propia naturaleza, que no es otro que el de una prueba testifical preconstituida, carente de eficacia frente a terceros, en tanto tales manifestaciones no sean ratificadas dentro del proceso con las consiguientes garantías de contradicción, en cuyo caso se convierten en una prueba testifical que no puede amparar el error denunciado.

Confesión judicial.—No tiene carácter de documento auténtico a efectos de casación, ni es siquiera documento en sentido técnico, con el que no puede ser confundido el testimonio de la misma que es un simple medio de

prueba, y carece del carácter de prueba plena que la haga primar sobre los demás, salvo en el supuesto de ser prestada bajo juramento decisorio como dijeron las sentencias de 22 febrero, 21 junio y 12 octubre 1982. (Sentencia de 25 noviembre de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—La reiteración de daños causados por palas excavadoras —de la que es indicio la frecuencia con que estos asuntos están llegando últimamente ante el T. S.— obliga a un análisis pormenorizado de los hechos. En este caso se trataba del cable coaxial Madrid-Sevilla, a su paso por Toledo, que fue dañado por una máquina excavadora. El cable subterráneo no estaba señalizado a su paso por el lugar del accidente, pero el T. S. basa su declaración de negligencia en el incumplimiento por parte de la empresa ejecutora de las obras de excavación de su deber de información sobre la exacta situación del cable en cuestión, una vez advertida por los empleados de la C.T.N.E. La condena a reparar aparece plenamente justificada, no sólo bajo el prisma de la culpa *stricto sensu*, sino incluso a la luz de la responsabilidad por riesgo (la realidad social muestra que el empleo de tales máquinas excavadoras es un factor creador de riesgo). Marginalmente cabría hacer alguna otra consideración: ¿No parece llegado el momento de exigir a la C.T.N.E. que señalice adecuadamente la existencia de sus cables subterráneos, sobre todo si son de tanta importancia como el averiado? (G.G.C.).

22. *Responsabilidad por riesgo. Doctrina general.*—Está consagrada en la doctrina y en la jurisprudencia (ss. de 27 abril 1981, 10 mayo y 20 diciembre 1982 y 6 mayo 1983) la orientación según la cual, en la esfera del Derecho de daños, el deber de indemnizar se basa también en la teoría del riesgo, a no ser que el suceso tenga su causa en la culpa exclusiva y manifiesta del perjudicado, sin actuación culposa concurrente de la otra parte. (SS. de 27 mayo y 4 octubre 1982).

Culpa extracontractual. Muerte por electrocución. Ausencia de indicadores de peligro.—En la fecha del luctuoso suceso la instalación carecía de toda indicación de peligro, contraviniendo lo ordenado en el artículo 12, número 7, del Reglamento de líneas aéreas de tales características, lo que revela una clara negligencia por omisión de la entidad recurrente.

El cumplimiento de disposiciones administrativas no exonera de culpa.—Según S. de 2 febrero 1976, la mera observancia de las garantías exigidas por el Reglamento de 28 noviembre 1968 en materia de conducción eléctrica, no exonera de responsabilidad cuando, como aquí ocurre, no han ofrecido resultado alguno para evitar los daños previsibles y evitables, máxime cuando es manifiesto el censurable proceder de la empresa recurrente al tener sin protección alguna una torreta conductora, en zona muy frecuentada y de acceso harto fácil para los niños, con el peligro de electrocución, pues podrían trepar sin obstáculo hasta la cima.

Concurrencia de culpas.—Además de la intervención de culpa en la empresa demandada se aprecia la culpa de la víctima, pues debe reprocharse al menor que con su acción imprudente de encaramarse al poste de conducción de energía eléctrica, contribuyó de forma decisiva a la producción del resultado dañoso, por lo que procede moderar la responsabilidad, (Sentencia de 22 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

A destacar la afirmación de principio de la responsabilidad por riesgo, y su aplicación a los accidentes mortales en las líneas de conducción de energía eléctrica, que se mantiene por la Sala 1.ª, en forma casi ininterrumpida.

23. *Culpa extracontractual. Daños por excavadora en cable coaxial. Negligencia.*—Realizando los demandados un movimiento de tierras en las proximidades de un cable coaxial, propiedad de la entidad demandante, la máquina excavadora que los primeros utilizaban, conducida por uno de ellos, produjo la caída de tierra dura sobre el expresado cable, que se hallaba en una zanja abierta, dando lugar a daños en el mismo, que motivaron su reparación, con pérdida de las conferencias telefónicas que durante ese tiempo hubieron de tener lugar; siendo evidente que el conductor de la excavadora no se atuvo a las circunstancias del lugar, ni observó la diligencia que las mismas le exigían al remover la tierra, haciéndolo con tal descuido que causó unos daños a un cable descubierto, cuya existencia conocía previamente y no obstante no adoptó las precauciones debidas

No hay concurrencia de culpa. Ausencia de negligencia en la C.T.N.E. por tener el cable al descubierto.—No puede equipararse a efectos de la causación de los daños, el hecho de tener unos cables coaxiales al descubierto en un zanja, sin que ello se acredite que vulnera normativa alguna, con el hecho de realizar unas obras de remoción de terrenos en sus proximidades sin adoptar las debidas precauciones para que tales obras, realizadas con máquinas apropiadas, no causen daño al cable que se halla próximo

Cuantía de los daños.—Según dictamen pericial practicado y apreciado en la instancia, la cuantía total del daño ha resultado ser menos de la cuarta parte de la suma solicitada en la demanda; daños consiguiente y adecuadamente debidos a la conducta culposa del conductor de la máquina excavadora, sin intervención alguna de la entidad demandante en dicha conducta (Sentencia de 6 de octubre de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—Como ya se dice en nota a S. de 25 noviembre 1983 (en este mismo ADC) los daños en cables coaxiales de la Compañía Telefónica son muy numerosos y ofrecen una rica casuística. Aquí se trataba del cable coaxial Valencia-Barcelona, que en razón a obras se encontraba al descubierto y su existencia era conocida por la empresa causante de los daños. No deja de suscitar alguna reserva la afirmación de que resulta irrelevante a la hora de fijar la causa productora del daño, el hecho de que la C.T.N.E. tuviera al descubierto el citado cable, pues con ello no vulnera normativa alguna. ¿No cabe exigirle que extreme la diligencia, yendo más allá de las previsiones reglamentarias, dada la importancia del mencionado cable para las comunicaciones telefónicas, nacionales e internacionales? En la S. extractada no se suministran más datos acerca de las razones por las cuales dicho cable se encontraba al descubierto, pero no parece que tal conducta de la C.T.N.E. pueda considerarse normal. (G.G.C.).

24. *Culpa extracontractual. Muerte de obrero en maniobra de marcha atrás de camión de recogida de basura. Legitimación pasiva del empresario oculto.* Se declara probado que los aludidos señores V. T. y R. H., a cuyo nombre se formalizó la referida concesión, no fueron otra cosa que la simple y mera cobertura de la empresa «Cía. Técnica y Servicios Urbanos, S. A.», delibera-

damente utilizada por ésta, de acuerdo con los concesionarios nominales, para conseguir la adjudicación del servicio de limpieza, totalmente afín a su cometido social, en cuanto es propietaria de vehículos utilizados en tal actividad, y, mediante ella, la obtención de las contrapartidas económicas inherentes a su prestación, que comporta el haber de soportar todas las responsabilidades sobrevenidas en su cumplimiento, como consecuencia del proceder culposo en la conducta de sus empleados o dependientes

Presunciones. Impugnación en casación.—La apreciación de las presunciones llamadas judiciales o *ad hominem*, no puede ser materia de casación más que sobre la base de que se acredite no ser ciertos los hechos de que se parte para establecer la inducción, o cuando en ésta no se siga el rigor lógico requerido, puesto de manifiesto por el enlace y deducción acogida no absurda, ilógica e inverosímil según las reglas del criterio humano. (Sentencia de 10 de octubre de 1983; no ha lugar.)

25. *Responsabilidad por riesgo. Doctrina general.*—Si bien el puro sistema objetivista de la culpa no viene siendo admitido jurisprudencialmente de forma expresa y concluyente, como determinante de la responsabilidad de los daños recibidos por un tercero, lo cierto es, como dijeron las SS. de 15 diciembre 1982 y 16 mayo 1983, que tal principio de responsabilidad por culpa, inspirador de nuestro sistema positivo, viene siendo matizado, en su alcance y consecuencias, por la doctrina legal más reciente, obediendo a imperativos surgidos en la realidad de nuestros días, al compás de los avances técnicos y la consiguiente creatividad del riesgo, orientación jurisprudencial que, sin acoger plenamente la llamada responsabilidad objetiva, que se asienta exclusivamente en la causación del daño, introduce cortapisas o límites al criterio subjetivo de la culpabilidad.

Muerte y daños en paso a nivel insuficientemente señalado. Negligencia de la R.E.N.F.E. Cuestión jurídica.—La determinación de la conducta culposa del agente es una neta cuestión jurídica, revisable al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 L. e. c., atendiendo a las circunstancias concurrentes en las personas, tiempo y lugar, y atención al sector del tráfico o de la vida social en el que tenga proyección tal conducta, determinando «si el tal agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria, con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos».

El cumplimiento de previsiones reglamentarias no elimina la responsabilidad por riesgo.—La acreditación por parte del causante del resultado dañoso, de haber acomodado su conducta a las previsiones legales o reglamentarias, no excluye su responsabilidad, por cuanto que si la adopción de tales garantías para evitar resultados dañosos, previsibles y evitables, no han ofrecido el resultado positivo apetecido, claramente vienen a evidenciar su insuficiencia, y por ello que algo quedaba por prevenir, deviniendo la diligencia incompleta (SS. de 12 febrero y 17 marzo 1981 y 20 diciembre 1982); especificándose en las de 11 enero 1979 y 27 mayo 1982, reiterando otras anteriores, en un caso análogo en que se produjo la muerte de una persona en un paso a nivel ferroviario, carente de barrera o guardabarrera, que las medidas reglamentarias observadas fueron insuficientes para enervar el ré-

sultado, medidas no solamente a adoptar o mejorar, si preciso fuere por la Administración, sino por la propia R.E.N.F.E., «al crear y mantener para su propio beneficio el servicio ferroviario en tales condiciones de peligrosidad», incurriendo ella exclusivamente «en la responsabilidad patrimonial aquiliana que deriva del artículo 1.902 C. c., por la sencilla razón de que quien crea un riesgo, es el que ha de responder de sus consecuencias».

Responsabilidad de la R.E.N.F.E.—La conducta observada por la R.E.N.F.E. aboca a la estimación de responsabilidad culposa, visto que el resultado dañoso se produjo, pese a la insuficiente señalización consistente en un poste que dice «ojo al tren-paso sin guarda», con una plaza debajo donde se lee «atención al tren», para evitar aquél, en este caso incrementado por el retraso horario del convoy, por la velocidad que llevaba de 95 kilómetros por hora. (Sentencia de 3 de diciembre de 1983; ha lugar.)

La circunstancia de estimarse el recurso de casación, siendo constantes en sentido absolutorio las sentencias de instancia, obliga a llamar la atención sobre las siguientes cuestiones: 1.ª) La declaración de principio sobre la responsabilidad por riesgo que se mantiene por la Sala 1.ª, pese a ciertas decisiones recientes que parecían haberla abandonado. 2.ª) La inequívoca de claración de que en el tráfico ferroviario rige el principio de responsabilidad por riesgo. 3.ª) Lo extrañamente reducido de la indemnización concedida que asciende a 954.500 pesetas por la muerte de una señora de setenta y dos años y del percimiento del ganado que conducía (dos vacas y una oveja) sin que en la sentencia se invoque para nada una supuesta culpa de la víctima, lo que se agrava si se tiene en cuenta que la sentencia de casación se pronuncia a los seis años de producido el accidente. 4.ª) La inequívoca apelación del T. S. a que la R.E.N.F.E. elimine los pasos a nivel sin guarda. Junto a todo ello, es mera anécdota que se alegue como causa que evidencie la culpabilidad del autor del daño el que el tren —circulando con retraso— llevaba una velocidad de ¡95 kilómetros por hora! (G.G.C.).

26. *Culpa extracontractual. Muerte en accidente de trabajo. Omisión de la diligencia exigible.*—No puede ofrecer duda un notorio grado de culpabilidad del empresario al no adoptar en la realización de la obra, no ya las medidas de seguridad necesarias, sino ni siquiera las reglamentarias, y en concreto la falta de una red de cáñamo o similar sobre el hueco del patio de luces tendente a proteger al trabajador cuando, por exigencias de la obra, quedará prácticamente efectuando su labor sobre un vacío amenazante, siendo la omisión de la ludida medida la determinante de que la caída del operario desde la sexta planta del edificio, en construcción, ocasionase su muerte. (Sentencia de 6 de junio de 1983; no ha lugar.)

27. *Culpa extracontractual. Daños causados por excavadora en conducción telefónica subterránea. «Culpa in vigilando» de la empresa concesionaria de las obras.*—Se declara probado que fue la recurrente, como concesionaria de la obra a ejecutar la que facilitó a un empleado los antecedentes precisos para su realización, que a la vista del resultado devinieron insuficientes, pues al tratarse de trabajos realizados en la vía pública, debió adoptar las

previsiones necesarias para evitar el daño, ausencia denotadora de una culpa *in vigilando* que determina la aplicación del artículo 1.903, párrafo. 4.º C. c.

Ausencia de culpa en el causante material de los daños.—Según ha proclamado esta Sala en SS. de 23 marzo 1982 y 7 febrero 1983, constituye cuestión jurídica la calificación culposa de una conducta, en atención a las circunstancias concurrentes, y partiendo de la premisa fáctica sentada en ambas sentencias, el recurrente era un simple operario que recibió órdenes concretas de la empresa realizadora de los trabajos, sin otra admonición que la existencia de un plano de proyecto de alcantarillado, sin advertirle de la posible existencia de instalaciones eléctricas, telefónicas, de gas o de otro tipo, por lo cual no le era exigible una diligencia específica cuando, como acaece en el presente caso, actuó siempre de acuerdo con las instrucciones recibidas que no superan la diligencia normalmente exigible a un buen padre de familia, siendo achacable la responsabilidad únicamente a la empresa realizadora de las obras que incidió en culpa *in vigilando*

Falta de reclamación previa en vía gubernativa. Es un «vicio *in procedendo*» no atacable por el recurso por infracción de ley.—El incumplimiento de un requisito de procedibilidad sólo puede ser invocado por la Corporación Municipal interpelada y no por un codemandado, y, además, no puede ser atacado por el cauce hábil sólo para los errores *in iudicando*, al ser un vicio *in procedendo*. (Sentencia de 16 de junio de 1983; ha lugar.)

28. *Responsabilidad penal y civil. Diferencias.*—Es doctrina constante de esta Sala que la responsabilidad penal derivada de delito de imprudencia y la civil dimanante de hechos u omisiones culposos o negligentes, son especies jurídicas que, aunque expresivas ambas de un mismo principio de culpa, se regulan por normas distintas y se ventilan en diferentes jurisdicciones, por lo cual la sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración que de los hechos pueda hacerse en vía civil, pudiendo los Tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven, pudiendo sentar sus propias deducciones en orden a la realidad fáctica.

Culpa extracontractual. Incendio en inmueble al instalar moqueta.—El incendio sobrevino cuando el demandado extendía con una espátula el pegamento, compuesto por sustancias altamente inflamables, en el suelo y en las inmediaciones de un enchufe de la línea eléctrica, lo que produjo una llamada que determinó la rápida propagación con destrucción del establecimiento instalaciones, mercancías, etc., lo que revela que no se adoptaron por el operario las precauciones precisas para evitar el daño.

Solidaridad entre los responsables de un acto ilícito.—Del vínculo de solidaridad que liga a todos aquellos a quienes alcanza la responsabilidad de reparar el daño causado por la ejecución de un acto ilícito en los supuestos del artículo 1.903 C. c., deriva que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de los obligados, lo que excluye que puedan oponerse con éxito situaciones de litisconsorcio necesario; además, en el presente caso, se trata del aprendiz que actuaba a las órdenes del oficial que dirigía la ejecución real de la obra, y cuya conducta en nada influyó en la producción del resultado.

Concurrencia de culpas. Moderación de la responsabilidad.—Se aprecia junto a la culpa del operario, la propia de los dueños del establecimiento siniestrado, dado que la instalación no se encontraba en condiciones adecuadas, aunque se aprecia esta última como de menor entidad que la primera, por lo cual se modera la responsabilidad reduciéndola en una cuarta parte (Sentencia de 1.º de julio de 1983; no ha lugar.)

29. *Culpa extracontractual. Unidad de la culpa civil. Doctrina general.*—Si bien las responsabilidades contractual y extracontractual tienen su punto de arranque en la existencia o no de una relación negocial, tanto la doctrina de esta Sala como autorizados sectores de la científica estima que no existen entre ellas esenciales diferencias y sí fundamentos y finalidad comunes, siendo puntos de coincidencia en ambas manifestaciones: a) la producción de un daño o lesión, b) la atribuibilidad del mismo a un sujeto o imputabilidad, y c) el deber de indemnizar o resarcir, llamado también responsabilidad; y esta unidad de culpa civil, puesta en conexión con los principios procesales de instancia de parte y congruencia, imponen al juzgador la necesidad de atenerse a la acción ejercitada, razón por la cual, y aun existiendo una sola relación contractual, el Tribunal ha de respetar la relación jurídica formal establecida por las partes, a menos de incidir en incongruencia.

Accidente laboral. Compatibilidad de indemnizaciones.—Se admite reiteradamente por esta Sala la compatibilidad entre indemnizaciones civiles y laborales en los casos de accidentes del trabajo.

Concurrencia de culpas.—Se declara en forma clara y terminante la existencia de una culpa compartida del trabajador y el patrono, con base en hechos extraídos de la valoración conjunta de la prueba y, especialmente, del informe de la Comisión Calificadora Provincial del Ministerio de Sanidad y Seguridad que advirtió la infracción de los artículos 21 y 151 de la O. M. de 9 marzo 1971, y sancionó al demandado por carecer el productor del cinturón de seguridad, y el murete de barandilla rígida de protección de 90 centímetros como mínimo. (Sentencia de 5 de julio de 1983; no ha lugar.)

30. *Culpa extracontractual. Lesiones a menor por explosión de artefacto pirotécnico. Concurrencia de culpas.*—De una parte, no es admisible que una fábrica de productos pirotécnicos tenga averiada la cerca destinada a impedir, o, al menos, dificultar, el acceso a la misma, careciendo de vigilancia dentro de su recinto al menos en las dependencias donde se almacenan los productos elaborados, y deje abierta la puerta de una caseta destinada a tal fin de almacenamiento; y, de otra, no puede menos de calificarse de culposa la conducta del menor víctima del accidente derivada de los hechos de penetrar subrepticamente en el recinto de la fábrica, sustrayendo la bomba o artefacto de plástico y golpeándolo imprudentemente con una piedra hasta conseguir su explosión o deflagración, de lo que deriva la existencia de dos causas en la producción del evento dañoso, causas que actuaron sucesivamente, no siendo las omisiones de que es responsable la entidad demandada suficientes para producir el resultado dañoso, pero habiendo de ser calificadas de causa eficiente con carácter parcial en cuanto sin su inicial concurso el resultado dañoso no se hubiera originado, preparando las

referidas omisiones la producción de la causa última exclusivamente atribuible a la actuación del menor víctima del accidente, habiendo de ser calificadas tales concausas —como declaró la S. de 9 junio 1969— como mediata a inmediatamente originarias del evento dañoso que, por su acción concatenada se produjo.

Moderación de la responsabilidad.—Cooperaron a la producción del evento dañoso las culpas concurrentes, de manera sucesiva, imputables, respectivamente a la entidad demandada y al menor lesionado, por lo que, al no apreciarlo así, la sentencia recurrida incurrió en la violación del artículo 1.902 C. c., quedando como único punto a dilucidar el de las consecuencias en orden a la indemnización de tal concurrencia de culpas, y como no es dable predicar una total absorción de la culpa de la entidad demandada, en razón al riesgo que su industria comporta, por aquella otra atribuible a la actuación de un niño de doce años de edad, se está en el caso de moderar la indemnización reclamada que se fija en un millón de pesetas. (Sentencia de 27 de junio de 1983; Ha lugar.)

NOTA.—Los supuestos de concurrencia de culpas son complejos y en el presente caso quizá se simplifican en exceso dado el planteamiento procesal del recurso, frente a dos sentencias igualmente absolutorias en la instancia. Por un lado, son varios los menores de edad que penetran en el interior de la empresa pirotécnica y cooperan en la sustracción del artefacto. ¿No cabría haber planteado la responsabilidad de sus padres o guardadores al amparo del artículo 1.903? Por otro, ¿no incurrió asimismo en culpa *in vigilando el actor*, padre de la víctima, que no se preocupa de que su hijo deje de asistir a la escuela? Quizá el T. S. ha llegado a la conclusión de que, en definitiva, se resolvía en un concurso mayor de culpas, y de que siendo de mayor entidad la de la empresa pirotécnica, el resultado podía ser el mismo, a saber, la reducción de la indemnización reclamada, de dos millones y medio a uno. (G.G.C.).

31. *Culpa extracontractual. Abordaje de embarcación por dique flotante remolcado. Irresponsabilidad del propietario del dique flotante. Doctrina general sobre relación de dependencia.*—Según reiterada jurisprudencia la responsabilidad tipificada en el artículo 1.903, párr. 4.º C. c., requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, sin olvidar que, según tiene declarado la S. de 18 julio 1979, cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar el artículo en cuestión, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga cierta obra o trabajo a una empresa, autónoma en su organización y medios y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado la ingerencia o participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección; doctrina aplicable al presente caso en el que entre la sociedad demandada, propietaria del dique flotante, y el remolcador o la falúa que dirigieron el transporte, no existe relación de dependencia de las contempladas en el artículo 1.903 párr. 4.º C. c., o derivada de pacto específico con reserva de actuación directiva o vigilante de ningún tipo. (Sentencia de 2 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

NOTA: La doctrina de la presente sentencia corrobora y ratifica la jurisprudencia más reciente encaminada a mantener dentro de unos límites razonables la responsabilidad ex pár. 4.º del art. 1.903. Para hacer valer esta responsabilidad hace falta demostrar la existencia, o de una relación de dependencia, o una reserva negocial de dirección y vigilancia, ninguno de cuyos requisitos concurren en el presente caso, en el que los daños causados a una embarcación por un dique flotante se reclaman infructuosamente al propietario del mismo, y no al dueño del remolcador, cuya conducta los produjo al dejar aquél a la deriva. (G. G. C.)

32. *Alquiler de vehículos sin conductor. Interpretación del contrato. Cláusula exoneratoria de responsabilidad por daños a terceros.*—La cláusula exoneratoria de responsabilidad del arrendador por daños a terceros debe aplicarse únicamente a los casos en que la conducción del vehículo por persona distinta del arrendatario sea consecuencia de la cesión, préstamo o subarriendo del vehículo por el locatario y no cuando la posesión arrendaticia la conserva éste y el tercero se limita a la materialidad de la conducción; si se prohíbe expresamente que el arrendatario, con el coche alquilado, enseñe a conducir a otra persona, está admitiendo tácitamente hipótesis en las que el automóvil sea conducido por persona distinta del arrendatario, pues, en caso contrario, sería inútil esta previsión al quedar subsumida en la prohibición general de ceder la conducción a terceros.

Contrato de adhesión. Interpretación de cláusulas oscuras.—Cualquier duda que pueda ofrecer una cláusula impresa en el contrato, no puede nunca favorecer a quien produjo la oscuridad, en este caso el arrendador, al tratarse de un contrato de adhesión.

Seguros de daños a terceros. Responsabilidad del arrendador del vehículo y de la compañía aseguradora cuando el conductor es distinto del arrendatario.—Procede declarar la responsabilidad solidaria del arrendador del vehículo de la compañía aseguradora por los daños causados a tercero, aunque el conductor del vehículo en el momento del accidente sea distinto del arrendatario. (Sentencia de 20 de septiembre de 1983; ha lugar.)

NOTA.—Sentencia importante respecto del contrato atípico de alquiler de vehículos sin conductor, de la que ha sido Ponente el Magistrado Sr. Pérez Gimeno. Se trata de interpretar la cláusula siguiente: «El arrendatario se compromete a no ceder, prestar o subarrendar el vehículo, ni aun a título gratuito, ni enseñar a conducir a otra persona». El T. S. considera no infringida dicha cláusula cuando el arrendatario, que sigue ocupándolo, «cede el volante» a persona legalmente habilitada para conducir, pero que no había alquilado el coche. ¿Se incluye esta figura en el «servidor de la posesión»? Adviértase que las motivaciones pueden ser muy plausibles: necesidad de relevar al conductor en trayectos largos, incluso cumpliendo recomendaciones de la D. G. de Tráfico. La indemnización a que se condena es muy elevada por haberse producido una invalidez permanente, y se acerca a los tres millones de pesetas. Una última observación: No parece convincente el argumento de que «si el arrendatario del vehículo no se le exige otro requisito que el de estar en posesión del correspondiente permiso de conducir sin que se le someta a prueba alguna previa, no es admisible que pueda entenderse extendida la prohibición al acompañante que está igualmente habilitado para ello» (primer considerando *in fine*). Prueba demasiado y cabría adaptarlo al cesionario, subarrendatario, etc. (G.G.C.)

33. *Culpa extracontractual. Responsabilidad del padre de un menor por daños causados a otro menor. Responsabilidad por riesgo.*—Se declara probado que el 27 mayo 1977 el menor José Luis G. Ll., de once años, se hallaba jugando con el también menor Juan Carlos F. T., lanzando piedras al aire; el primero de ellos lanzó una que fue a dar en el ojo derecho del segundo, causándole una lesión que ha dado lugar a la pérdida total de visión de dicho ojo. El hecho de lanzar piedras por un niño de once años, hallándose cerca otras personas permite prever que puede causar daños a las mismas, actos que fácilmente pueden evitarse, lo que constituyen circunstancias totalmente contrarias a las normas legales del caso fortuito como causa exoneratoria de responsabilidad civil extracontractual; por otra parte dada la complejidad de la vida moderna y su consiguiente aumento de riesgos es patente la tendencia a hacer responder de los daños derivados de esos riesgos a quienes los crean y en este sentido el padre o cuidador de un menor responde los daños que éste causa a un tercero pues creó el riesgo de una conducta nociva del menor traducida en daño efectivo y real y debe por ello resarcirlo a menos que pruebe haber utilizado la diligencia exigida por la ley.

Hechos probados ante la jurisdicción tutelar de menores. Prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil.—La jurisdicción de los Tribunales Tutelares de Menores es una jurisdicción especial para enjuiciar los actos de los menores de dieciséis años que actúa con finalidad protectora de reforma y protección de la infancia y de la adolescencia teniendo muchas veces sus medidas un carácter preventivo en cuyas funciones dicta acuerdos e impone sanciones con el presupuesto institucional de que el menor no posee el mínimo de condiciones sobre las que se apoya la imputabilidad penal y que está situado fuera del ámbito del Derecho penal ya que se busca un sistema tutelar y reformador y no meramente expiatorio o punitivo; nuestra legislación acoge el principio en términos claros y categóricos de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la civil sin distinguir cuál sea la jurisdicción ordinaria o especial que conozca del hecho delictivo dentro de sus privativas atribuciones y sin comprender ninguna excepción; de aquí que el Tribunal de apelación no infringió norma ninguna al admitir como hechos probados los considerados tales por la jurisdicción penal especial de menores. (Sentencia de 10 de junio de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—En la más reciente jurisprudencia a propósito de la responsabilidad de los padres tutores por los actos dañosos cometidos por los menores sujetos a patria potestad o tutela abundan las declaraciones que califican de quasi-objetiva tal responsabilidad o que invocan la inversión de la carga de la prueba enfatizando sobre la dificultad de demostrar el empleo de la diligencia debida. A lo que me consta es la primera vez que el T. S. acude al término de «responsabilidad por riesgo», cuyas características difícilmente se encuentran en este caso. No parece que la paternidad constituye una empresa productora de beneficios cuya contrapartida sea la asunción de tales riesgos. Pienso que se trata de un *obiter dictum* que en nada refuerza la indiscutible justicia del fallo. (G.G.C.)

34. *Seguro de daños. Reembolso de la aseguradora. Prescripción de la acción. Interrupción por acto de conciliación.*—Es constante y reiterada la

doctrina de esta Sala al proclamar que aunque la acción estuviera viva, el efecto interruptivo opera siempre que la demanda iniciadora del proceso se interponga dentro de los dos meses siguientes a la celebración del acto conciliatorio, conforme establece el artículo 479 L. e. c., lo que no ocurre en el presente caso; sin que, por otra parte, las sentencias que se citan como infringidas digan lo contrario, pues tanto la de 9 diciembre 1954, como la de 16 noviembre 1968, parten del supuesto de que se da cumplimiento al indicado precepto procesal.

Prueba.—Es doctrina reiterada de esta Sala, desde su S. de 27 abril 1925, hasta la más próxima de 14 junio 1982, que la apreciación de la prueba suministrada por las partes acerca de la interrupción del plazo prescriptivo, es de la soberanía exclusiva del Tribunal de instancia, que sólo puede ser combatida con éxito acudiendo al cauce del ordinal 7.º del artículo 1.692 L. e. c., acusando el error de hecho o de derecho. (Sentencia de 17 de junio de 1983; no ha lugar.)

35. *Culpa extracontractual. Solidaridad entre los responsables.*—La regla general de la mancomunidad del artículo 1.138 C. c. es válida, referida a las obligaciones convencionales, cuando de su texto «no resulta otra cosa», y en esta clase de responsabilidad extracontractual, basada en la ley y no en el pacto, es conocida por lo reiterado la doctrina legal, ajustada al fin perseguido, cual es el asegurar al máximo la protección del interés más digno de ello, que permite estimar que efectivamente es «otra cosa» lo que resulta de la obligación de reparar el daño que se causó.

Incongruencia.—No la hay si la demanda se limitaba a pedir que fueran condenados los responsables al pago de la cantidad reclamada y la sentencia dice que lo harán solidariamente, lo cual ni varía la pretensión que se dedujo en la demanda, ni supone la agravación de la responsabilidad de ninguno de los condenados, pues funcionando la solidaridad, el que paga siempre tendrá el derecho de reintegro frente al otro, por la parte de éste, que le concede el artículo 1.145, párr. 2.º C. c.

Motivo inexistente del recurso.—Se alega infracción del artículo 359 L. e. c. por el concepto de desobediencia, que no existe legalmente. (Sentencia de 28 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

36. *Responsabilidad solidaria por ruina del edificio colindante.*—La obligación de resarcimiento cuestionada es de carácter solidario para todos aquellos a quienes se considere causantes de los daños y perjuicios producidos por la ruina, por cuanto todos ellos forman subjetivamente un solo y único foco causal pluripersonal engendrado por la función directiva que les incumbía.

Inviabilidad de la ampliación de la condena al codemandado.—Reducida la pretensión del arquitecto aquí recurrente a su mera absolución, aparece procesalmente inviable el utilizar la vía de los recursos para ampliarla a la condena del codemandado constructor.

Cuestiones de naturaleza fáctica.—En el motivo escogido, a través del cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no tienen cabida las cuestiones de naturaleza fáctica.

Indemnización por daños morales.—No es en manera alguna cierto que no quepa reparar otros daños que los materiales y los morales a la fama o al honor, siquiera los morales hayan de serlo siguiendo otras pautas que las de la estricta equivalencia económica.

Perjuicios sufridos. Aplicación del artículo 1.106 del Código civil.—No debe negarse aquí la indemnización que constantemente viene otorgando el artículo 1.106 del Código civil, el cual es aplicable no sólo a los daños de origen contractual, sino asimismo a los causados extracontractualmente, conforme a constante jurisprudencia de esta Sala, que, si bien establece rigurosas cautelas, tampoco desconoce que el acreditarlos no puede menos que hacerse por medio de aprecios o cálculos teóricos, basados en una cierta probabilidad objetiva inscrita en el curso normal de los acontecimientos. (Sentencia de 31 de mayo de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de los trabajos de excavación en un solar se produjo la ruina del edificio colindante. Por este motivo los propietarios del mismo demandaron al arquitecto, al constructor y a los aparejadores que llevaron a cabo la obra. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial condenaron solidariamente al arquitecto y a los aparejadores a indemnizar a los propietarios perjudicados y absolvieron al constructor. El recurso de casación, que no prospera, se encaminó a que el constructor fuese declarado también responsable.

NOTA.—Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo en que se aborda el problema de la responsabilidad de los constructores en el supuesto en que, a consecuencia de determinadas obras, se produce la ruina del edificio colindante. La responsabilidad de los constructores es, como señala la sentencia que anotamos, extracontractual y solidaria, siguiéndose el criterio adoptado anteriormente por el Tribunal Supremo. Véanse las sentencias de 19 de marzo de 1982 (anotada en este ANUARIO, 1983, I, p. 330), 20 de diciembre de 1980 (anotada en este ANUARIO, 1981, II, p. 574) y 23 de octubre de 1978 (anotada en este ANUARIO, 1979, II-III, pp. 566-567).

(A. C. S.)

37. *Interdicto de obra nueva. Daños por suspensión provisional de la obra. Inexistencia de culpa extracontractual. Ausencia de nexo causal.*—No ha existido una conducta culposa por parte del actorinterdictal, ni tampoco un adecuado nexo causal entre el daño producido por la paralización de la obra y la conducta del recurrido, por lo cual resulta obvio la inaplicabilidad del mandato reparador del art. 1.902 C. c.

Inexistencia de abuso de derecho.—En la resolución recurrida cuyos fundamentos fácticos no han sido impugnados en casación, no sólo no se desprende la concurrencia de las circunstancias subjetivas y objetivas que se exigen para apreciar el abuso del derecho, sino aparece expresamente sentado que no existe una conducta dolosa reveladora de un abuso de derecho en la denuncia de obra nueva por los demandados, y que el ejercicio de aquella acción de denuncia no fue gratuita y carente de causa o motivación real, sin otra finalidad que la de causar daño al hoy actor al impetrar el auxilio judicial para suspender la obra que estaba construyendo, de donde deriva la conclusión de la inexistencia de abuso de derecho.

Condena en costas en el interdicto. No induce necesariamente obligación de indemnizar en el actor.—Si bien es cierto que, en principio, puede esti-

marse que no cabrá apreciar conducta negligente en una conducta litigiosa cuando no haya merecido una condena en costas por parte del Juez que la resolvió, esto no quiere decir que todos los supuestos de condena en costas contengan, ya de por sí, una negligencia esencial en la conducta de que quien interpuso la acción que mereció la repulsa de la condena en costas, en tal grado, que comporte necesariamente la obligación de indemnizar. (Sentencia de 17 marzo 1984; no ha lugar.)

Los diversos supuestos dispersos en la L.E.C. en que hay obligación de indemnización como consecuencia de determinadas conductas procesales, están necesitados de un adecuado esclarecimiento doctrinal que ponga al descubierto su último fundamento y su régimen jurídico. En el presente caso lo único claro es que por causa de la suspensión provisional de unas obras acordada en un interdicto de obra nueva, se habían causado daños de fácil determinación. Pero el perjudicado invoca, sea la culpa extracontractual del art. 1.902, sea el abuso del derecho del art. 7.º C. c. Para mayor complejidad, en la sentencia interdictal se habían impuesto las costas al actor. En la sentencia desestimatoria del recurso (Pte. Albarca López) se hace un fino análisis para excluir la responsabilidad en el actor del interdicto, en atención, sobre todo, a las relaciones previas existentes en las partes, que justifican la presentación de aquél.

(G.G.C.)

38. *Culpa extracontractual. Daños por desmonte de ribazo entre fincas colindantes. Prescripción. Interrupción por acto de conciliación no seguido de demanda. Derogación por el C. c. del art. 479 L.E.C.*—El régimen jurídico aplicable a la interrupción de la prescripción extintiva es el establecido en el art. 1.973 C. c. denegatorio de la legislación anterior en cuanto se oponga o contradiga la normativa que introduce, y, por tanto, derogatorio del artículo 479 de la L.E.C. en el particular relativo a la necesidad de promover el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación, requisito, sin embargo, exigible en la prescripción adquisitiva por así disponerlo el art. 1.947 C. c.

Diferencias entre la prescripción extintiva y la adquisitiva en cuanto a los requisitos de la interrupción.—La diferente regulación es acorde con la diferencia de fundamento de ambos tipos de prescripción, pues así como la prescripción adquisitiva o usucapión se apoya en el hecho positivo de la posesión, en cambio la extintiva se asienta sobre el requisito negativo de la inactividad del titular del derecho, por lo cual el acto que exterioriza su voluntad de mantener tal titularidad interrumpe, sin necesidad de ningún otro acto complementario posterior, la prescripción que estaba operando, y dicha voluntad es evidente que se manifiesta de modo indiscutible por el cauce del acto de conciliación que tiene, sobre otros medios interruptivos extrajudiciales, la superioridad de su fehaciente constatación documental.

Prueba. Error de derecho.—Sólo se comete cuando se infringe un precepto de valoración legal de prueba, pero no sucede respecto a los preceptos de carácter admonitivo como los arts. 1.243 C. c. y 643 L.E.C. Sentencia de 29 septiembre 1983; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina de esta sentencia en orden a las diferencias entre la prescripción extintiva y la adquisitiva respecto a los requisitos de la interrupción, ya no puede mantenerse después de la nueva redacción dada al

art. 479 L.E.C. por la Ley de 6 de agosto 1984, ya que ahora «la presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la Ley desde el momento de la presentación».

(G. G. C.)

39. *Culpa extracontractual. Daños causados por excavadora en cable coaxial telefónico. Irresponsabilidad del ejecutor material que sigue instrucciones del Ayuntamiento.*—No obstante el matiz objetivo que desde hace ya algún tiempo viene dándose por la doctrina de esta Sala a la interpretación de todos los preceptos contenidos en el cap. II, Tit. XVI, Libro IV del C. c., no puede eliminarse el carácter culpabilista que sirvió de base al referido capítulo; en el presente caso se declara probado que el ejecutor de la obra no se apartó en ningún momento del trazado que le fue señalado previamente por el agente al servicio del Ayuntamiento, quien marcó el sitio exacto por donde debía abrirse la zanja en cuestión, señalando su trazado mediante líneas blancas hechas con polvo calizo, sin que se facilitara al demandado para la ejecución de sus trabajos ningún plano, croquis ni indicación alguna de emplazamiento del cable telefónico. (Sentencia de 10 febrero 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La ya abundante casuística de daños causados en líneas telefónicas se enriquece con una hipótesis, en cierto modo singular. Un Ayuntamiento leridano adjudica los trabajos de apertura de zanjas a determinada empresa, la cual, a la hora de llevarlos a cabo, sigue al pie de la letra las instrucciones de un empleado del Ayuntamiento, causando daños en el cable coaxial Madrid-Barcelona. La demanda fracasa por estar mal dirigida, pero cabe plantearse la posible influencia de esta sentencia y de su argumentación, en el sucesivo proceso que previsiblemente se entablará contra el autor real de los daños.

(G. G. C.)

4. Derechos reales

40. *Venta de cosa común. Resolución. Legitimación activa.*—No son susceptibles de estimación ninguno de los seis primeros motivos del recurso, relativos a la repercusión del régimen de comunidad en que se encontraban los vendedores respecto de la cosa vendida, porque parten de un concepto equivocado de comunidad tal y como está configurada en los artículos 392 y ss. del C. c., a cuya virtud los dos copropietarios lo eran de la totalidad de la finca, para cuya venta se requería el consentimiento de ambos, según preceptúa el artículo 397, como acto máximo de carácter dispositivo. Dicha venta, por sí, no extingue la comunidad pues permanece sobre la contraprestación a causa del principio básico de subrogación real, y cuya efectividad, por otra parte, depende del cumplimiento, efectivo también, del propio contrato, en el sentido de que, caso contrario, como aquí sucede en el que tiene que procederse a la resolución, la situación de titularidad común continúa vigente con todas sus consecuencias, readquiriendo íntegramente la forma original a causa de la inevitable retroactividad «ex tunc» que la resolución lleva consigo, lo que supone que uno sólo de los comuneros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 394, podrá servirse de la cosa común

conforme a su destino y de manera que no perjudique el *interés de la comunidad*, donde por supuesto se incluye la posibilidad de realizar todo lo que redunde en beneficio de ésta, entre otras cosas, ejercitar las acciones pertinentes en su defensa, sin que pueda aquí ponerse en duda dicho beneficio porque se trata de la resolución contractual para recuperar precisamente el objeto común vendido. Esto impide considerar mal constituida la relación jurídica procesal puesto que dicha relación estaba desde el primer momento válidamente constituida, con independencia de la intervención en trámite de réplica del otro comunero que, al hacerlo, ratifica lo iniciado por el primero y constata la existencia del interés de la comunidad, sin que pueda ser considerado como un tercero ajeno al interés que se ventilaba en el proceso.

Voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.—El motivo séptimo alega interpretación errónea del artículo 1.504 del C. c. que se pone en relación con la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de parte del contratante requerido de resolución por incumplimiento, que fue justo lo que, interpretando correctamente el indicado precepto, hizo en este caso la sentencia recurrida, de acuerdo con la relación de hechos declarados probados en la instancia, acreditativos de aquella voluntad, frente a los alegatos que en ésta hizo la compradora, relativos a su situación económica y a una hipotética compensación respecto de los vendedores.

Alcance de la devolución. Mejoras en la cosa.—Por tratarse de la resolución de un contrato de compraventa, sus efectos se retrotraen al momento en que el contrato se celebró, con la consiguiente devolución de la cosa en el estado anterior, siendo de aplicar, porque de resolución se trata, la normativa relativa a lo único que aquí puede entrar en juego, es decir, a las *mejoras* que, según el artículo 1.123 habrá de ser la contenida en el número 6 del 1.122, a cuyo tenor el comprador sólo tiene el derecho que el 487 concede al usufructuario, que es el de retirarlas si ello es posible, pues el Juzgador, después de valorar en su *conjunto* la prueba practicada, declara que lo vendido «no fue un solar como parece sostener la recurrente, sino un inmueble con edificaciones en el que venía ejerciéndose con anterioridad una industria de panadería», declaración puramente fáctica que impugnan los recurrentes y que es de imposible estimación porque denuncia error de hecho y de derecho en la apreciación probatoria, sin tener en cuenta que esta se apoya en el *conjunto* de la misma, que no puede resarticularse con algún medio aislado. Lo cual impide estimar el motivo undécimo en donde se alega interpretación errónea de 1.504 del C. c. en relación ahora con los 361 y 453 del propio Cuerpo legal, con lo que se está haciendo supuesto de la cuestión, afirmando, frente al resultado probatorio referido, que no se trata de simples mejoras, sino de construcciones de nueva planta y pretendiendo aplicar las normas de los preceptos también citados, ajenos por completo a la situación fáctica y jurídica contemplada. (Sentencia de 6 de febrero de 1984; no ha lugar.)

41. *Legitimación de la Comunidad de propietarios para dirigirse contra el arquitecto director y el constructor por defectos de construcción.*—El mo-

tivo no puede prosperar, porque los defectos aludidos, que lo son de construcción, se refieren a la planta sótano de las viviendas que, en cuanto el título constitutivo no le atribuye carácter privativo, constituye, como tal, un elemento común por destino, como, para casos semejantes, proclamó la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, especialmente en las sentencias de 10 de mayo de 1965 y 12 de noviembre de 1969, entre otras, en la interpretación del artículo 396 del Código civil, en relación con el 3, apartado b) y párrafo 1.º del 5, ambos de la Ley de 21 de julio de 1960 con independencia de su distribución para el uso en plazas de garages de los ocho propietarios integrantes de la Comunidad, cuya representación ostentan los órganos de la misma; aparte de que a idéntica solución habría que llegar con la tesis del recurrente constando como consta el consentimiento de dichos propietarios individuales en su totalidad para que la Comunidad reclamase en su nombre y representación, por lo que es evidente que ésta estaba legitimada para actuar en la forma como lo hizo.

Ruina de la obra inmobiliaria.—Es conocida por reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo en el sentido de que el término *ruina* que utiliza el legislador no debe entenderse reducido al supuesto de derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato de obra, que es lo que el Juzgador declara probado en este caso, de acuerdo con el resultado de la prueba practicada que no es impugnado por el único cauce adecuado del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Responsabilidad solidaria del constructor y del arquitecto director.—Igualmente se declara justificado y tampoco fue desvirtuado en casación, que el suceso origen de todas las actuaciones fue provocado por una acción pluralista imputable tanto a defectos de dirección como a vicios de construcción y mala calidad de los materiales empleados, que al no poderse precisar la proporción respectiva, conduce a la responsabilidad solidaria del contratista y del arquitecto director de la obra. (Sentencia de 9 de mayo de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se vendieron determinados pisos a los actuales componentes de la Comunidad de propietarios. Después de que los adquirentes ocuparan las viviendas, aparecieron graves defectos de construcción. Por este motivo la Comunidad de propietarios demandó al constructor y al arquitecto director para que los subsanen. La Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, condenó solidariamente a los demandados a subsanar los defectos denunciados. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se sigue lo afirmado en numerosas sentencias del Tribunal Supremo en torno al artículo 1.591 del Código civil. Sobre la legitimación de la Comunidad de propietarios, pueden consultarse las anotaciones a las sentencias de 30 de abril de 1982 (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 957-959) y 21 de diciembre de 1981 (en este ANUARIO, 1982, III, pp. 959-960). Sobre el concepto amplio de la ruina, las anotaciones a las sentencias de 11 de noviembre de 1982 (en este ANUARIO, 1983, II, pp. 947-948) y 21 de abril de 1981 (en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100). Finalmente, sobre la responsabilidad solidaria véase la anotación a la sentencia de 15 de julio

de 1983, en este fascículo de este ANUARIO, donde citamos otras sentencias precedentes que siguen este criterio constante y que hemos anotado.

(A. C. S.)

42. *Legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios.*—Además de ostentar legalmente la representación de la Comunidad en juicio y fuera de él, conforme al artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, reúne la condición de comunero que le faculta para cualquier pretensión en beneficio común, máxime cuando en su intervención, en la acreditada condición de Presidente de las Comunidades demandantes, no hizo sino actuar con arreglo al acuerdo comunitario.

Comunicación de acuerdos de la Junta de Propietarios.—Es patente que, unas veces por su asistencia personal o representado y otra por comunicación orgánica acreditada, tuvo conocimiento de lo acordado con fehaciencia que no ha de ser necesariamente con intervención notarial o judicialmente, que el apartado primero del mencionado artículo exige para los supuestos en él contemplados.

Obligación de contribuir a los gastos.—La obligación de la Junta de Propietarios de establecer un plan previo de gastos no excluye el deber de los asociados de pagar en los términos y plazos dichos lo convenido y reclamado para los fines que el apartado quinto del artículo 9 establece conforme al artículo 20 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Impugnación de acuerdos sociales.—Aun en el supuesto de que los acuerdos contuviesen alguna modificación estatutaria, el haber tenido lugar la impugnación fuera de los treinta días del plazo previsto en el artículo 16-4.º de la Ley de Propiedad Horizontal determina la desestimación del recurso. (Sentencia de 25 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de diversos pisos y locales de la planta sótano y baja dejó de abonar las correspondientes cuotas a las Comunidades actoras. Por este motivo éstas lo demandaron. La Audiencia Territorial, revocando en parte la sentencia del Juez de Primera Instancia, condenó al demandado a satisfacer determinadas cantidades y estimando en parte la reconvención declaró que las Comunidades actoras estaban obligadas a permitir al demandado realizar el sistema necesario para ventilación del sótano que le pertenecía. No prospera el recurso de casación del propietario.

NOTA.—Véase nuestro comentario a la sentencia de 3 de octubre de 1979, en el que aludimos a la importante cuestión de la legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios. En esta sentencia se plantea precisamente el problema de la posible legitimación de un Presidente que no ha probado su condición de propietario de alguno de los pisos que integran la Comunidad (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 194 ss.). También tiene interés las sentencias de 25 de marzo de 1982, que anotamos en este ANUARIO (1983, II, pp. 671-672) y 30 de abril de 1982, anotada en este ANUARIO (1982, III, pp. 958-960).

(A. C. S.)

43. *Propiedad horizontal. Destino de las viviendas. Prohibición de ejercer profesión. Cosa juzgada.*—Haciendo caso omiso de las diversas teorías mantenidas acerca de la cosa juzgada material por lo que hace a su naturaleza, que el artículo 1.251 C. c. define como presunción *iuris et de iure* de verdad, sin duda reflejo del viejo aforismo *res iudicata pro veritate habetur*

recogido en el Derecho histórico, basta señalar que es indefectible la eficacia vinculativa que entraña, con la preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta el fallo precedente; habiendo declarado la jurisprudencia que la sentencia, en cuanto decide sobre el fondo, significa una situación de estabilidad que no sólo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que impide toda ulterior discusión en futuro litigio, siempre que se den los presupuestos para que la institución opere, pues razones de seguridad jurídica, y hasta de prestigio del organismo jurisdiccional, imponen el mantenimiento de lo declarado o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de una resolución previa sobre idéntico conflicto, aun recaída en proceso de distinta naturaleza.

Proceso abreviado de cognición contra acuerdos de la junta de propietarios. Impugnación en juicio ordinario. Caducidad de 30 días.—En el proceso abreviado de cognición establecido para el ejercicio de acciones por infracción de las prohibiciones estatutarias sobre el ejercicio de actividades en las viviendas litigio que la junta representada por su Presidente puede promover con arreglo al artículo 19 de la Ley de P. H. el juzgador ha de efectuar una labor interpretativa de las cláusulas de los Estatutos que se consideran vulneradas por el propietario al que se demanda, y, por lo tanto, la sentencia que recaiga desplegará los efectos que le son propios, entre ellos el ejecutivo; litigio y resolución que no vedarán la facultad que asiste al titular dominical afectado para promover el juicio declarativo que corresponda, a fin de combatir el acuerdo que valora contrario a los Estatutos, según lo autoriza la norma 4.ª del artículo 16 de la Ley especial y se desprende de la S. de 13 junio 1967, pero deberá hacerlo antes de que transcurra el plazo de caducidad de 30 días que el párrafo 2.º de la citada norma señala al titular disidente, lapso cuyo cómputo se inicia al día siguiente de la fecha del acuerdo o al de su notificación, si hubiera estado ausente, sin perjuicio de la ejecución provisional, de manera que el transcurso del plazo legal sin ejercitar el derecho provoca inexorablemente su extinción, con el cierre de toda posibilidad de ignorar la irreversibilidad y la plena vinculación de la sentencia; y en el presente caso, en el proceso de cognición aludido, el problema de la interpretación del artículo 7.º de los Estatutos no constituyó propiamente una cuestión prejudicial, ni aparece tratado incidental o tangencialmente, sino que fue la materia principal del debate, debiendo añadirse que el propietario vencido dio cumplimiento a la sentencia que le prohibió el ejercicio profesional en la vivienda, y no interpuso la demanda en juicio ordinario hasta después de haber transcurrido más de siete años desde que fueron tomados los acuerdos que conceptúa contrarios a los Estatutos.

Requisitos de la cosa juzgada.—Es irrelevante, para eludir la excepción de cosa juzgada, la introducción en el segundo proceso de un nuevo demandado, existiendo la identidad objetiva, máxime cuando la interpelación del citado es, a todas luces, superflua; por lo que toca al objeto, en su doble manifestación de *causa petendi* y *petitum*, es el mismo en ambos procesos, ya que toda la controversia gira sobre la aplicación del artículo 7.º de los Estatutos, no desapareciendo la identidad por el dato irrelevante de que en el proceso de cognición la condena se limitara al ejercicio de la Abogacía

y en el actual litigio se hable de la misma concreta profesión y de cualquier otra, ya que claramente no varían la fundamentación fáctica ni la jurídica del tema en uno y otro caso.

Vinculación a los estatutos privativos.—Aunque el recurrente no intervino en la aprobación inicial de los Estatutos, al adquirir su piso en escritura pública se hace constar que la Comunidad se registró por los mismos, e incluso, se añade para disipar dudas que «son leídos y aceptados por el comprador, transcribiéndose con la primera copia de la escritura, con lo que resulta patente el insoslayable efecto normativo del negocio jurídico en que los Estatutos se plasmaron, con trascendencia real por haber sido inscritos en el Registro, y lo improcedente de invocar la doctrina jurisprudencial relativa al supuesto de un adquirente del piso por documento privado que se ve sorprendido por unos Estatutos posteriores, redactados sin su intervención, y que no asume.

Naturaleza de las costas en los procesos de un propietario contra la comunidad.—Fundada la obligación que a cada propietario alcanza de contribuir a los gastos generales en la necesidad de acudir al «adecuado sostenimiento del inmueble», o de afrontar las responsabilidades o cargas comunes, con el régimen consiguiente de distribución, es de toda lógica concluir que si la Comunidad de Propietarios no actúa de consumo, sino que rota la armonía surge la contienda judicial, enfrentándose aquella y uno de sus componentes, los desembolsos impuestos por la situación litigiosa no merecen la calificación de «gastos generales» con relación al segundo, y en consecuencia, si el enfrentado al grupo ha de soportar el pago de las expensas propias, no podrá imponérsele contribución en el de las correspondientes a la otra parte aplicando la cuota de participación; ello, además de que no se trata propiamente de gastos comunes sino de extraordinarios desembolsos impuestos por un conflicto que lleva ya aparejado para el disidente el pago, por su condición de parte, de las expensas correspondientes. (Sentencia de 5 de octubre de 1983; Ha lugar en parte.))

NOTA.—Sentencia docta y, en cierto modo, ejemplar por su profundidad, análisis riguroso de los problemas planteados y exhaustividad. Si bien, en cuanto al fondo (posibilidad, o no de ejercicio de una profesión en la vivienda) la *quaestio iuris* estaba claramente decidida ya en la instancia al apreciarse la cosa juzgada, la sentencia extractada añade nuevos argumentos, y hace una fina exposición de la naturaleza jurídica de los gastos de comunidad que conduce a la estimación parcial del recurso y declarar reembolsables las cantidades proporcionales que en el proceso anterior se le cobraron al recurrente, así como las costas del actual. Ha sido Ponente el Magistrado señor De Castro García. (G.G.C.).

5. Derecho de familia

44. *Matrimonio. Separación por malos tratos. Derecho transitorio.*—La existencia de dos malos tratos de obra del marido a la esposa, en uno de los cuales no hubo intencionalidad del marido en causarle mal, y en el otro acto de violencia, el resultado de la prueba no permite determinar el grado de culpabilidad del esposo, no constituye causa de separación al amparo del

artículo 105, causa 2.ª C. c. en su versión derogada; se desvanece así la acusación de una reiterada conducta violenta o vejatoria del marido sobre la mujer, y no se dan las condiciones que para la prosperabilidad de esta causa de separación exige la doctrina legal recogida en la S. de 15 julio 1982.

Prueba.—La declaración de la interesada prestada ante la Comisaría de Policía en un atestado, impropriadamente calificado como declaración, no es documento público, y la sentencia dictada en juicio de faltas seguido entre los cónyuges, es un elemento probatorio más, a armonizar con las restantes probanzas, sin prevalencia alguna sobre el resto de la prueba estimada en su conjunto por el juzgador de instancia. (Sentencia de 28 de octubre de 1983; no ha lugar.)

45. *Alimentos provisionales. Cuantía. Revisión por devaluación monetaria. Improcedencia.*—La cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, lo que implica una cuestión de hecho consistente en determinar de una manera efectiva y real esa proporcionalidad con los medios de uno y necesidades de otro, para la fijación y para el aumento o disminución de la pensión alimenticia, con la evidente repercusión que tiene la actual crisis económica, con la devaluación monetaria y el consiguiente aumento del coste de la vida, que ya destacó la S. de 14 febrero 1976; ahora bien hay un condicionante, pues la crisis y sus secuelas afectan a ambas partes, mientras que el recurso hace hincapié exclusivamente en el aumento de los ingresos del marido, como empleado de Banca, sin justificar que con dicho aumento adquiriese una situación de desahogo que le permitiera más que duplicar el importe de la pensión, cuando la realidad es que le fue concedido justamente para hacer frente a aquella crisis y al creciente costo de la vida, no justificando por sí sólo el juicio valorativo de un caudal y medios superiores a los que antes tenía (Sentencia de 5 de noviembre de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—Esta S. no niega el principio de revisión de la cuantía de la pensión alimenticia por influjo de la devaluación monetaria, decididamente admitida en la reforma del C. c. operada por la Ley de 7 julio 1981 y por la propia jurisprudencia. Sin embargo, la argumentación que utiliza para rechazar el recurso interpuesto por la esposa contra la S. de la AT que revocó la elevación concedida por el JPI de nueve mil pesetas a veinte mil, no parece del todo convincente. Si la deuda alimenticia es deuda de valor —como dice Sancho Rebullida, en Lacruz y Sancho Rebullida, *Elementos IV*, p. 88—, parece que la cuantía fijada en 1973 no puede ser la misma que diez años más tarde, cuando al marido le actualizan anualmente sus ingresos. De aquí la ventaja de fijar la pensión con cláusula de estabilización, la cual echará sobre el obligado la carga de demostrar que su caudal ha disminuido, si se opone a la revalorización. (G. G. C.)

46. *Obligación legal de alimentos. A cargo de abuelos paternos.*—La obligación legal de alimentos descansa en la existencia de un vínculo de parentesco entre quien, por hallarse en un estado de necesidad, tiene derecho a pedirlos y quien por encontrarse con posibilidades económicas debe prestarlos; obligación legal que en cuanto a su contenido concreta el artículo 142 C. c. y en cuanto a los sujetos pasivos de la prestación el artículo 143 por el orden establecido en el artículo 144 cuando sean dos o más los obliga-

dos a satisfacerlos; y si en el presente caso se declara probado que los menores de edad escolar carecen de bienes de fortuna, y a quienes no pueden prestar la asistencia debida, ni su padre, por encontrarse en ignorado paradero, ni su madre, por carecer de medios económicos suficientes y de la posibilidad más acusada en esta época de crisis, de obtenerlos, es correcta la interpretación del juzgador al condenar a prestarlos a los abuelos paternos.

Innecesariedad de litisconsorcio pasivo necesario con la abuela materna.— Dado que la abuela materna está cumpliendo de manera voluntaria dicho deber, de acuerdo con sus posibilidades, su llamada al pleito era, no sólo innecesaria, sino incluso temeraria, en cuanto la pretensión contra ella carecía de contenido al estar ya cumplida extraprocesalmente, sin que exista dato alguno que permita afirmar que no se da la proporcionalidad exigida por la ley entre todos los obligados.

Derecho de opción del artículo 149 C. C.—No procede concederlo porque no se solicitó en tiempo procesal oportuno decisión procesal al respecto, y por los obstáculos de carácter moral al producirse la dispersión de la familia al pasar unos hermanos al cuidado de los abuelos, y legal, pues en el caso de concurrencia de dicho derecho de opción y el derecho-deber que para la madre deriva de la patria potestad, debe preferirse este último, y finalmente porque dada la edad de los recurrentes—octogenaria y septuagenaria, respectivamente— difícilmente podrían cumplir la totalidad de los deberes que se comprenden en el concepto amplio de alimentos. (Sentencia de 2 de diciembre de 1983; no ha lugar.)

NOTA.—Una consideración marginal sobre el argumento *ad hominem* que utiliza el T. S. para denegar a los abuelos paternos el derecho a prestar los alimentos en su propia casa a sus nietos menores de edad. No parece que el artículo 149 contemple la prestación personal de aquéllos, sino únicamente el hacerlo dentro de su hogar y compañía lo que no impide que las atenciones materiales se ejecuten por terceras personas bajo la dirección de los obligados. En tal hipótesis la edad no parece deba jugar un papel decisivo. (G. G. C.).

47. *Patria potestad. Matrimonio canónico declarado nulo por orden sagrado. Menor confiada a la guarda de la madre. Suspensión por ejemplos corruptores. No existen si la madre convive con hombre casado del que tiene prole.*—La apreciación de la concurrencia de los ejemplos corruptores en la madre es potestativo del Tribunal, pero ello no excluye la posibilidad de su revisión casacional en cuantos supuestos haya ido más lejos de lo razonable; aun cuando la legislación actualmente vigente en materia de separación y divorcio no resulta aplicable al caso por haberse planteado la litis en tiempo inmediatamente anterior, una interpretación sociológica de la norma entonces vigente, a la que nos llevará el mandato del artículo 3.º C. c., nos impedirá reputar ejemplo corruptor, con virtualidad suficiente para provocar de manera necesaria una medida de tanta trascendencia como es la privación del derecho a la guarda y tutela por parte de la madre de una hija menor, la convivencia de aquélla en estado de soltería, con un hombre casado y separado de su esposa, conducta ésta que, aun reprochable desde el punto de vista social, no alcanza, a falta de otras circunstancias

específicamente corruptoras que no se han acreditado, trascendencia ética suficiente para determinar una mutación en el derecho a la guarda, primordialmente orientado es favor de la menor, y que, en el supuesto de su variación, podría tal vez actuar de manera negativa sobre la actual situación de la hija de los litigantes.

Derecho transitorio. Aplicación de la Ley de 13 de mayo 1981.—Por mandato de la disp. transitoria 9.ª de la Ley de 13 mayo 1981, debe aplicarse esta Ley, a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha de nacimiento del hijo, por lo que regirá aquí el nuevo artículo 170 C. c., que prevé la posibilidad de privación total o parcial de su potestad, al padre o a la madre, por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

La privación incluye la suspensión.—La patria potestad comprende, entre otros deberes y facultades en relación con los hijos, los de velar por ellos y tenerlos en su compañía, expresiones éstas que se refieren, sin duda alguna, a los derechos de guarda y custodia, objeto de la acción ventilada en este recurso, y si, de acuerdo con el artículo 170 C. c., cabe la privación total o parcial de la patria potestad por sentencia, nada se opone a que por resolución judicial se acuerde la suspensión del derecho de guarda y custodia, parte integrante del de potestad.

Competencia en los casos de crisis matrimoniales. No corresponde a los Tribunales tutelares de menores, sino a la jurisdicción ordinaria.—En modo alguno puede entenderse que la suspensión del derecho a la guarda y custodia de los hijos sea competencia exclusiva de los Tribunales Tutelares de Menores, sino que corresponde a los Tribunales ordinarios en cuantos supuestos se haya producido una crisis matrimonial determinante de una acción de separación o nulidad, y así lo ha entendido la Sala especial de competencias de este T. S. en su S. de 27 abril 1963, y a la misma conclusión llegaríamos aplicando la legislación hoy vigente contenida en la Disp. Adic. 2.ª de la Ley de 7 julio 1981, que encomienda a los Jueces de Primera Instancia —hoy Jueces de Familia— el conocimiento de las acciones que tienen por objeto la eficacia civil de una resolución de Tribunal Eclesiástico sobre nulidad de matrimonio canónico.

Defecto del Recurso.—La incompetencia de jurisdicción debe denunciarse al amparo del núm. 6.º y no del núm. 1.º del artículo 1.692 L. e. c. (Sentencia de 19 de octubre de 1983; ha lugar.)

.HECHOS.—José María y María Paz contraen matrimonio canónico en junio de 1974, y la niña Elena nace en diciembre del mismo año. En junio de 1976 se anula por un Tribunal Eclesiástico por existir el impedimento de orden sagrado no dispensado, concediéndose a la madre, en ejecución civil de la sentencia, la guarda y custodia de la hija. El padre solicita privación o suspensión de la guarda o custodia alegando que desde la separación de los cónyuges, la madre estaba conviviendo con un hombre casado y separado, con el que había tenido un niño. La demanda tiene éxito en primera y segunda instancia, pero el T. S. da lugar al recurso interpuesto por la madre, con base en la doctrina extractada.

COMENTARIO.—En la demanda la petición alternativa era de *privación o suspensión* de la guarda o custodia, y en ambas instancias lo que se concede es sólo la suspensión de dicha función paterna. No parece haber obs-

táculo para ello en la circunstancia de que el nuevo artículo 170, a diferencia del derogado artículo 171, sólo contemple la privación total o parcial de la potestad paterna por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o en sentencia penal o civil relativa a un proceso matrimonial, ya que la suspensión es mera interrupción temporal que, de alguna manera, puede considerarse incluida en la privación parcial. Los nuevos comentaristas de la reforma siguen utilizando la vieja terminología: así, Sancho Rebullida, en Lacruz y Sancho Rebullida, *Elementos*, IV, p. 763 s.

El tema más importante —dejando aparte las cuestiones de procedimiento— es el relativo a la calificación de los hechos probados como constitutivos, o no, de ejemplos corruptores susceptibles de motivar una modificación en la custodia. La sentencia del T. S. se dicta cuando la hija está a punto de cumplir nueve años y debe afrontar la convivencia de su madre en una situación de concubinato adulterino, del que ha nacido un niño, medio hermano suyo. Cabe hacer serias reservas a la decisión del T. S. de que tales hechos no representan ejemplos corruptores para la niña, que pronto va a comenzar a darse cuenta de la real situación en que vive su madre. ¿Le dirá ésta a su hija que se trata de lo que los alemanes llamaron *Onkel-Ehe*, en los años inmediatos a la última contienda mundial? Me parece un cómodo expediente acudir a la interpretación sociológica del derogado artículo 171 C. c. para negar un juicio de reprobación ética a la conducta de la madre, aunque por haber sido anulado su matrimonio deba calificarse su estado civil de soltera, máxime si al existir la posibilidad legal de divorcio cabría regularizar tal situación. Tampoco creo que el *bonum filii* quede salvaguardado por el hecho de que el concubino adúltero subvenga a las necesidades materiales de la madre y su hija con generosidad. La explicación de esta sentencia, acaso se encuentre en razones que sólo deja entrever su argumentación, y que podrían resumirse en el viejo aforismo *in pari casu, melior est conditio possidentis*. Inicialmente hay una conducta no demasiado ética del padre que, estando ordenado *in sacris*, atenta matrimonio canónico, al parecer ocultando a su esposa su cualidad, y antes de lograr la dispensa canónica. No consta que ésta se le haya otorgado ulteriormente, y parece que no ha vuelto a casarse, pues en la demanda dice estar soltero. Por otra parte, la probabilidad de que el matrimonio intentado fuera reparador, tampoco mejora aquella inicial conducta. Si a ello se une la tendencia de los tribunales a encomendar a la madre la custodia de los hijos en los procesos matrimoniales, ello puede complementar el cuadro de motivaciones de la sentencia. La madre no da, ciertamente, ejemplos moralizadores a su hija, aunque le proporcione un hogar con relativa estabilidad y bienestar; pero frente a ella, el padre tampoco ofrece garantías de una formación adecuada. La *tertia via*, encomendar la guarda de una institución, no parecía procesalmente viable. (G.G.C.).

48. *Culpa extracontractual. Responsabilidad de los padres por las lesiones causadas por un menor a otro menor. Cuestión nueva. Doctrina general.*—No ha lugar a la admisión del recurso de casación por infracción de ley, cuando la ley o doctrina que se reputan como infringidas se refieren a cuestiones no debatidas en el pleito, con lo cual no sólo se señala un límite a la materia propia del recurso, sino que se establece uno de sus caracteres principales, que es el de servir de medio revisorio en interés inmediato de los litigantes y mediato de la ley, de las extralimitaciones que se hayan podido cometer en la instancia; habiendo declarado la S. de 18 junio 1970 que mal cabe revisar lo que no fue objeto de debate en la instancia, y la de 15 junio 1982 que «son cuestiones nuevas las suscitadas con posterioridad a los períodos de alegación y discusión, o fuera de los cuatro escritos fundamentales del juicio (demanda, contestación, réplica y dúplica), que, por constituir

el período expositivo, definen las cuestiones a discutir y resolver, y admitir una cuestión nueva sobrevenida implicaría tanto como consentir la alteración de los términos precisos del litigio, con merma del derecho de defensa de la otra parte, la cual, de haberse alegado oportunamente la cuestión, podría haber reargüido y probado en contra».

Responsabilidad solidaria de ambos padres. Derecho transitorio.—Se alega por primera vez, en el acto de la vista del recurso de apelación, que no procedía la condena solidaria de ambos cónyuges, sino la del marido, y tan sólo a falta de él, la de la esposa pues el artículo 1.903 C. c., en su redacción vigente en el momento en que se interpuso la demanda, únicamente admitía la responsabilidad del padre, y sólo en caso de muerte o incapacidad de éste, la de la madre, por los daños causados por los hijos menores de edad que vivieren en su compañía; pero se trata de una cuestión nueva que siendo de inadmisión, en este momento procesal es de desestimación del recurso. (Sentencia de 1 de marzo de 1984; no ha lugar.)

Por un defecto procesal del T. S. no entra a resolver una cuestión, ahora sólo de derecho transitorio, que envuelve cierto interés. Como las lesiones causadas por un menor a otro, que motivaron la pérdida de visión de un ojo, se produjeron en 1977, se plantea la cuestión de saber si la primitiva redacción del artículo 1.903, párr. 2.º, permitía la condena solidaria de ambos padres, pese al tenor literal del mismo. Una respuesta afirmativa podría basarse en la evolución doctrinal y jurisprudencia orientada, mucho antes de la reforma de 1981, hacia el ejercicio conjunto de la patria potestad por los dos progenitores, combinada con la conocida doctrina jurisprudencial de la solidaridad entre los distintos responsables de un acto ilícito culposo. Bajo la nueva redacción del precepto, la solución no ofrece dudas. (G.G.C.).

49. *Deuda contraída por mujer casada como titular del negocio. Letra aceptada por el marido con poder otorgado por su mujer. No hay litisconsorcio pasivo necesario.*—Si el esposo de la recurrente estaba apoderado por ella para realizar en su nombre los actos y contratos enumerados en la escritura de apoderamiento, entre los cuales figuran los relativos al ejercicio del comercio, resultando ser la esposa única dueña y propietaria del negocio, no ha lugar a estimar la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, pues no se pudo obligar al acreedor a demandar a más personas que las que demandó, ni, a una vez fallecido el marido, sus hijos, auténticos terceros, pueden verse afectados por el fallo recaído, independientemente de su condición de herederos presuntos del marido, que ni fue contratante ni ahora es causahabiente transmisor de obligaciones, y con abstracción de las vicisitudes posteriores de la sociedad ganancial disuelta. (Sentencia de 8 de octubre de 1983; no ha lugar.)

6. Derecho de sucesiones

50. *Actos propios del heredero.*—Lejos de haber sido contrariada de modo manifiesto la voluntad del testador, la misma fue estimada tan clara por el propio heredero, actos y hoy recurrente, como para consentir que en el

cuaderno particional quedara implícito que las ocho fincas que pretende reivindicar había sido objeto del legado como integradas en la denominada «La Cabañeta» y es solo quince años después de autorizado dicho cuaderno particional cuando, contradiciendo su anterior postura, pretende que las fincas de referencia queden integradas en remanente de bienes de que el testador no había dispuesto expresamente la que también es indicativo de que la literalidad del testamento que propugna el motivo analizado en el sentido de que sus cláusulas no dejan lugar a dudas respecto a no estar comprendidas en el legado las ocho fincas cuestionadas, es bien lejana de lo que fue su postura en el largo lapso de tiempo transcurrido entre 1961 en que se formaliza la partición de bienes de su causante y 1976 en que consiguiese sean inscritas a su nombre en el Registro de la Propiedad.

Cuestión nueva.—Se viene a plantear una cuestión nueva que implica introducir una postulación que al no haberse formulado en su oportunidad procesal alteraría a destiempo y sin posibilidad de defensa para los demandados los términos en que el debate quedó planteado, estando incurso este alegato y el pedimento que significa en la causa de inadmisión del número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de desestimación en este trámite. (Sentencia de 26 de marzo de 1983; no ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea un problema de interpretación de testamento y, en concreto, la cuestión litigiosa reside en determinar si ocho fincas de escasa importancia económica que pretende reivindicar el actor, en su calidad de heredero, han sido objeto de legado como integradas en la denominada «La Cabañeta».

El Juez de Primera Instancia considera pertinente la demanda del heredero. La Audiencia Territorial revoca este fallo. No prospera el recurso de casación del heredero.

NOTA.—Existen bastantes sentencias del Tribunal Supremo que han aplicado la doctrina de los propios actos en relación con la conducta de los herederos. La cuestión ha sido ampliamente examinada por el profesor Díez-PICAZO en su monografía *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 232 ss. Apunta este autor que la inadmisibilidad del «venire contra factum» en materia sucesoria, no significa sólo una vinculación del heredero a los actos de su causante, sino también una vinculación del heredero a sus propios actos anteriores, tanto si estos actos se realizaron en contemplación del supuesto de ser heredero, como si no (Op. cit., p. 234).

(A. C. S.)

II. DERECHO MERCANTIL

51. *Letra de cambio. Aceptación por apoderado.*—La Sala de instancia excluye la existencia de un apoderamiento general tácito y tampoco se expresa en la antifirma de ninguna de las numerosas aceptaciones cambiales el nombre de la persona presuntamente representada, omitiendo así la expresión en la letra de la hipotética relación representativa como exige el art. 447 C. com.

Factor notorio. Inexistencia.—El artículo 286 C. com. ha previsto la figura del factor notorio, caracterizada por el otorgamiento de poder ge-

neral en forma tácita, en cuya virtud viene permitido a los terceros contra tantes presumir que lo realizado por ese auxiliar, aunque lo efectúe en su propio nombre pero dentro del giro o tráfico de la empresa a la que sirve, lo ha sido por cuenta y en nombre del empresario, contra el cual podrán dirigirse aquéllos para exigir el cumplimiento negocial; pero en el presente caso se afirma que el esposo aceptante no procedió como administrador del establecimiento de Farmacia, ni como apoderado de su mujer en régimen de dependencia y subordinación. (Sentencia de 9 febrero 1984; no ha lugar.)

52. *Letra de cambio. Validez de la aceptación aunque esté incompleta.*—Esta Sala viene afirmando —últimamente en S. de 18 abril 1981— la validez de las firmas cambiarias dadas cuando la letra no estaba aún completa, pues el deudor, al firmar una letra que contiene alguna mención en blanco, se declara de antemano conforme con el texto que en su día resulte completo, revistiendo eficacia jurídica cambiaria las obligaciones de tal índole asumidas cuando la letra estaba en blanco, pues el art. 444 C. com. que expresa los requisitos esenciales de la letra, se refiere, no al nacimiento de la obligación cambiaria, sino a la posibilidad de exigirla en juicio, que es el momento en que debe contener todas las menciones.

Prohibición de endoso.—No cabe tomar en consideración el pacto obstructivo a la cesibilidad de las letras, por ser de esencia de estos efectos mercantiles el ser títulos que encierran un valor en manos de la persona legítimada, destinados a la circulación a la manera de mercancía o dinero por conversión, o papel moneda del comerciante, que es lo que la doctrina resalta al llamarla «viajero nato». (Sentencia de 30 de noviembre 1983; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

53. *Defectos formales en la interposición del recurso.*—El motivo que se examina necesariamente ha de perecer por la falta de claridad y precisión que el artículo 1.720 de la Ley Procesal exige, dado que en su desarrollo lo primero que los impugnantes hacen es verificar un examen de las probanzas practicadas en la alzada, para concluir que determinados extremos aparecen probados, lo que sólo le era dable utilizando la vía del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando el error de hecho o de derecho que se hubiera producido en la instancia, y porque seguidamente examinan el contenido del contrato, para obtener consecuencias distintas a las resaltadas por la Sala sentenciadora, lo que únicamente podía perseguir con la denuncia de infracción de normas de hermenéutica, contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil. (Sentencia de 19 de septiembre de 1983; no ha lugar.)