

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Gabriel GARCIA CANTERO y María DIAZ DE ENTRESOTOS Y FORNS

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. *Culpa extracontractual. Muerte por cortocircuito del tendido eléctrico de ferrocarril. Prescripción de la acción. Cómputo del plazo. Año bisiesto.*—Al no tener en cuenta la Sala sentenciadora lo dispuesto en el artículo 5.1. C.c. sobre el cómputo de plazos, que lo serán de fecha a fecha cuando se trate de meses o años, e inventar un cómputo especial en el que se hace intervenir, contra toda regla de hermenéutica, la condición de bisiesto del año transcurrido, se incide en la violación por inaplicación del mismo. (Sentencia de 13 de marzo de 1982; ha lugar.)

2. *Negocio fiduciario. Valor del documento público notarial.*—La fe notarial, en materia de contratos, sólo alcanza al hecho que motiva el otorgamiento de la escritura y fecha de la misma, más no a la veracidad intrínseca de lo que los contratantes han declarado ante el Notario, que es lo que la sentencia impugnada niega, con base en el contrato privado de igual fecha a la de la escritura y en el resultado conjunto de la prueba practicada.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Han de decaer los motivos que hacen supuesto de la cuestión al partir el recurrente de que la frase «amortización póliza» que figura en algunos recibos —no en todos ni en los de mayor contenido económico individual— representativos de la entrega de cantidades por el demandado al demandante, equivale a cumplimiento por aquél de la obligación de devolver un préstamo que dice realmente recibido —cuando esta realidad es precisamente la cuestionada— para la adquisición del local y farmacia en litigio, en vez de significar el abono de los beneficios de la explotación en la oficina de farmacia, que es lo que afirma la sentencia combatida.

Prueba de presunciones.—No puede prosperar la infracción que se denuncia del artículo 1.253 Código civil, cuando el Tribunal de instancia no ha basado su resolución solamente en una presunción, sino que ésta es un simple refuerzo de la apreciación hecha del conjunto de la prueba, aparte de que el Tribunal no ha incurrido en conclusiones ilógicas ni absurdas, sino que, por el contrario, ha construido un irreprochable análisis presuntivo.

Negocio fiduciario.—La doctrina legal viene caracterizando el negocio fiduciario como un convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión plena del dominio, eficaz «erga omnes» y otro, obligacional, válido «inter partes», destinado a compeler al adquirente a actuar de forma que no impida el rescate de los bienes cuando se dé el

supuesto obligacional pactado, y la existencia de este negocio fiduciario no está contradicha por la circunstancia de que a la vez se arbitró en el propio documento un mecanismo de garantía de cumplimiento de lo pactado que se inserta como un préstamo simulado representativo del valor que las partes atribuyen al local adquirido.

Incongruencia.—No puede deducirse de los fundamentos jurídicos de la sentencia ni mucho menos de la discordancia entre éstos y los estimados aplicables por los litigantes, ya que la facultad de los Tribunales de indagar y aplicar la norma que estimen del caso no tiene otro límite, con base en la incongruencia, que la de no poder dar acogida a una acción no invocada, alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras.

Falta de causa del préstamo añadido al negocio fiduciario.—El negocio contenía junto a la propia prestación «in obligatione» de tornar los bienes al demandante como verdadero adquirente de ellos, la alternativa «in solutione» de librarse del compromiso contraído abonando la cantidad figurada como préstamo, de modo que precisamente por el juego del artículo 1.276 del Código civil, cuya inaplicación se acusa, la simulación de la cuantía de aquel préstamo o del préstamo en sí deja intacta la verdadera relación que las partes han concluido.

Ilicitud de la causa.—La alegación de que el repetido negocio trataba de burlar, por parte del demandante, la prohibición del artículo 11 de las Ordenanzas para el ejercicio de la profesión de farmacia en cuanto que «ningún farmacéutico podrá tener o regentar más que una sola botica sea en el mismo o en diferente pueblo», trae a debate en casación un tema de apreciación facultativa de los Tribunales de instancia y que precisa, además, la prueba de su existencia frente a la presunción del artículo 1.277 Código civil a cargo del denunciante.

Móvil ilícito y presunción de fraude.—Si esta prueba puede estar manifiesta, conforme a la teoría subjetiva de la causa, en el móvil, esto es, en la concreta finalidad perseguida por las partes, en lugar de residenciarla en el fin abstracto y permanente del negocio, no basta para declarar la ilicitud el dato innegado de que el demandante es titular de otra oficina de farmacia, puesto que lo que determinaría la ilicitud sería la efectiva concurrencia de la duplicidad de establecimientos, evento futuro que no tiene por qué seguirse necesariamente de la declaración judicial postulada, ya que, perseguido por el adquirente-demandante el fin que dice y nadie ha contradicho de propiciar, con la nueva adquisición, su traslado a las inmediaciones de Valencia, es perfectamente hacedero el traspaso del establecimiento que actualmente posee antes de asumir la titularidad del que reclama, siendo de observar, por otra parte, que la duplicidad de establecimientos en que el recurrente hace consistir el fraude legal que acusa, sólo sería posible contando de antemano con la omisión por el particular y la Administración del acta previa de comprobación de requisitos legales que la Inspección Provincial de Farmacia ha de levantar en todo cambio de titularidad, conforme al artículo 9 «in fine» del Decreto de 14 de abril de 1978, lo cual lleva la presunción de fraude más allá de límites razonables.

Obligación de dar cosa específica.—No puede haber infracción de la obligación de entregar la misma cosa cierta convenida a tenor del artículo 1.096 Código civil, cuando se ha demostrado que la oficina reclamada sustituyó en el mismo pueblo a la primitivamente establecida por decisión voluntariamente acatada por el fiduciario recurrente, el cual, por lo demás, plantea aquí una cuestión nueva inaccesible a la casación.

Presunto préstamo usuario.—No existe porque, contra lo afirmado por el recurrente, la cifra de doce millones no entra en juego como un préstamo a devolver, sino en función sustituyente de la entrega de los bienes adquiridos a su verdadero dueño, por el valor libremente dado a los mismos por ambas partes, valor que nada tiene que ver con lo que efectivamente se hubiese pagado por ellos. (Sentencia de 9 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

3. *Simulación relativa.*—Se está en un supuesto de simulación relativa, por la ficticia aparición de un no contratante, a cuyo nombre se hace figurar la adquisición onerosa, consistiendo la combinación simulatoria en documentar como compradora a doña S. G., ya fallecida, de quien es único hijo y heredero el recurrente, cuando la realidad fue que el pago del precio del piso del que se trata se realizó con dinero perteneciente a los bienes gananciales de la sociedad formada por dicho demandado con su esposa.

Fuerza probatoria de la confesión.—La fuerza probatoria de la confesión no es de rango superior a la de los restantes elementos que en los autos obran a la hora de realizar su total ponderación, por lo que ha de ser apreciada por el organismo jurisdiccional en adecuada coordinación con las restantes probanzas, y no desligándose de ellas. (Sentencia de 21 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

2. Derecho de la persona

4. *Revocación de declaración de incapacidad por locura. Incongruencia.*—La sentencia recurrida no es incongruente porque declare capaz a la interesada y deje sin efecto la resolución de incapacidad, mientras que lo pedido fue que se anulase la declaración de incapacidad, ya que, como fácilmente se comprende, ambas cosas significan exactamente lo mismo.

Incongruencia.—No la hay cuando se conceda menos, pero no más de lo instado.

Defecto del recurso.—Lo es invocar que la sentencia combatida contiene disposiciones contradictorias, cuando se reconoce que la contradicción no existe entre los términos del fallo, sino que se habla de las situaciones conflictivas que puedan surgir en la ejecución.

Defecto del recurso.—Constituye defecto alegar conjuntamente error de hecho y error de derecho en la apreciación de la prueba, por incidir en la falta de claridad y precisión exigida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Representación del incapacitado y desistimiento del tutor.—Dado lo dispuesto en el artículo 262 del Código civil es evidente que el tutor no puede estar en condiciones de alegar un desistimiento o renuncia de sus funciones, contra el carácter semi-público de las mismas, significativo de deberes y no sólo de derechos que, de suyo, son irrenunciables.

Validez del poder otorgado por la incapaz antes de la declaración de incapacidad.—No puede prosperar la alegación de la nulidad de este poder en favor del Procurador actuante, entre otros motivos, porque es un incuestionable presupuesto jurídico, reconocido en reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal, que son válidos los actos efectuados por el incapaz antes de que la incapacidad sea judicialmente declarada, a menos que concreta y específicamente se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate.

Autorización del Consejo de Familia según el artículo 219 del Código civil.—Esta autorización está limitada al defensor del presunto incapaz que no quiera o no pueda defenderse, conforme al artículo 215, párrafo 2.º, del propio Código, pero nada tiene que ver con el supuesto presente en el que actúa el propio interesado por sí. (Sentencia de 23 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

5. *Documentos auténticos.*—Es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala acerca de que ni los escritos expositivos de las partes, ni la prueba de confesión, ni aquellos documentos que ya fueron examinados y valorados en su alcance probatorio por el juzgador de instancia, y máxime dentro de un examen conjunto de toda la prueba producida, son auténticos.

Prueba de confesión.—Según nutridísima jurisprudencia de esta Sala, ni la confesión es medio de prueba que haya de prevalecer absolutamente sobre todos los demás, ni, finalmente, dentro de la confesión es lícito aislar unas concretas manifestaciones del contexto de todas las efectuadas, olvidando el artículo 1.233 que inmediatamente sigue el supuestamente infringido y a tenor del cual la confesión no puede dividirse contra el que la hace.

Prueba de las obligaciones. Artículo 1.214 del Código civil.—No se ha infringido el artículo 1.214 del Código civil, norma o precepto de carácter genérico a la manera de rúbrica general sobre la prueba de las obligaciones, que, por sí solo, no es bastante para integrar una infracción de ley y que en definitiva, no puede servir para sustituir el criterio valorativo de la prueba atribuido al Tribunal por el personalísimo del impugnante.

Responsabilidad solidaria de los promotores por falta de pago del precio.—La jurisprudencia más reciente (por todas, y entre las últimas, la sentencia de 2 de marzo de 1981), ha prestado acogida a la concepción actual de la obligación solidaria poniendo de relieve que aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen no obstante unidos entre sí a través de la unidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés

del acreedor, a lo que hay que añadir que el pacto expreso de solidaridad no es exigido por la doctrina científica, ni en cierto modo por la jurisprudencia misma, dándose así una interpretación semicorrectora al artículo 1.137, como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, lo mismo que en la garantía de los perjudicados en actos ilícitos extracontractuales, por haber en ambos casos comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores al manifestarse una interna conexión entre ellas, descartándose la solidaridad únicamente allí donde hay una mera casual identidad de fines o de prestaciones.

Interpretación del contrato.—La interpretación del Tribunal de instancia no puede calificarse de absurda o ilógica, por lo que debe prevalecer, claudicando el motivo en examen. (Sentencia de 15 de marzo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Tres promotores encargaron a un contratista la construcción de un edificio. Los promotores se negaron a pagar al contratista el costo de las obras de construcción realizadas, por lo que éste los demandó como deudores solidarios.

En Primera Instancia prosperó la demanda del contratista. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Esta sentencia está en consonancia con la línea doctrinal y jurisprudencial que, a pesar del texto del artículo 1.137 del Código civil, afirma la responsabilidad solidaria de los causantes del daño, aunque no exista en realidad un pacto expreso de solidaridad. La sentencia que comentamos tiene el mérito de destacar la existencia de una interpretación semicorrectora del citado artículo, evidenciando lo que en realidad está sucediendo, no sólo en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, sino también en el de la responsabilidad contractual. Una buena prueba de lo afirmado aparece en sede de contrato de obra, donde la jurisprudencia mantiene de forma constante que los profesionales de la construcción responden solidariamente cuando no puede llevarse a cabo una individualización de las conductas y el hecho dañoso es producto de una acción conjunta. Una amplia referencia doctrinal y jurisprudencial en nuestras anotaciones a las sentencias de 9 de octubre de 1981 (en este ANUARIO, 1982, I, pp. 259-261) y de 5 de diciembre de 1981 (en este ANUARIO, 1982, II, pp. 543-544).

A. C. S.

6. *Defecto formal en la interposición del recurso.*—Incide en la falta de la claridad y precisión exigida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no precisar cuál de los dos párrafos del artículo primeramente invocado es el que considera el recurrente erróneamente interpretado.

Interpretación del contrato.—Lo que el recurrente pretende realmente es sustituir por su personal criterio el siempre más ponderado y objetivo de la Sala, lo que no es dable hacer conforme viene proclamado, salvo que tal interpretación pueda ser tildada de equivocada, ilógica o desorbitada.

Cláusula penal.—Por su naturaleza debe ser objeto de específico pacto para que pueda ser vinculatoria de las partes, de tal forma que, si no

consta su existencia de un modo claro y terminante, no puede ser exigible, máxime que esta Sala viene reiteradamente estableciendo que las cláusulas penales deben ser interpretadas restrictivamente, y porque aunque se pudiera admitir la eficacia de la cláusula penal, su aplicación siempre estaría subordinada al hecho de que existiera incumplimiento de aquella precisa obligación en cuya garantía fue establecida la pena.

Confesión judicial.—Esta Sala tiene declarado con reiteración que la confesión judicial no es probanza que pueda primar sobre las demás cuando en la instancia se obtiene otra conclusión contraria por la conjunta apreciación probatoria.

El simple retraso no justifica la resolución.—El simple retraso no puede producir, so pena de entrañar un injusto enriquecimiento para el demandante recurrente, los pretendidos efectos resolutorios, como se dice en la sentencia de este Tribunal de fecha 15 de abril del corriente año, reiterando otras anteriores. (Sentencia de 27 de marzo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se demanda la resolución del contrato por causa de incumplimiento contractual. La demanda es rechazada en Primera Instancia y en la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—A) En relación con la cuestión de la cláusula penal, en esta sentencia se reproduce la posición constante de nuestro Tribunal Supremo. Este sigue un criterio que preconiza una interpretación restrictiva de las cláusulas penales. Hay que subrayar que esta interpretación restrictiva es afirmada por la jurisprudencia no sólo en cuanto a la existencia de la cláusula penal, circunstancia que pone de relieve la sentencia que anotamos, sino también sobre su alcance y contenido (Sentencias de 13 de junio de 1906, 19 de junio de 1941, 5 de noviembre de 1964, 21 de abril de 1976 y 11 de mayo de 1979). Esta doctrina encuentra su fundamento en el carácter sancionador de la cláusula y por consiguiente en la idea de que *odiosa sunt restringenda*. Sobre esta doctrina jurisprudencial téngase en cuenta el comentario de DÍEZ-PICAZO a la Sentencia de 10 de junio de 1969, en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, pp. 488-492.

En la sentencia que anotamos, y en otras anteriores, se dice que la existencia de la cláusula penal ha de constar de un modo claro y terminante. Esta afirmación ha de entenderse completada con la de la Sentencia de 3 de marzo de 1956, en la que se afirma que la pena convencional existe no sólo cuando se pacta expresamente con este nombre, sino también cuando se pacta cualquiera otra estipulación que lleva al mismo resultado, pues no es necesaria ninguna fórmula especial.

Por último, al señalar que su aplicación está subordinada al hecho de que existiese incumplimiento de la obligación en cuya garantía fue establecida la pena, nuestro Tribunal Supremo reproduce la doctrina de otras Sentencias, como las de 5 de noviembre de 1964, 19 de abril de 1975 y 27 de diciembre de 1980, que anotamos en este ANUARIO, 1981, III, pp. 878-879. Conviene destacar en este punto que en otras Sentencias se precisa el significado del incumplimiento, al decirse que el incumplimiento o defectuoso cumplimiento ha de ser imputable al obligado a pagar la pena, no debido a caso fortuito o fuerza mayor (Sentencias de 15 de diciembre de 1926 y 5 de noviembre de 1964). Naturalmente, si se ha acordado que también en estos casos es exigible, no cabe duda de que será exigible la cláusula penal, según se infiere de los artículos 1.152, 2.º, y 1.105 del Código civil.

B) Se alude en esta sentencia al debatido problema del simple retraso como posible causa que pueda justificar la resolución del contrato. Nuestro Tribunal Supremo llega a la conclusión de que no procede la resolución, salvo que el retraso motive un injusto enriquecimiento para el recurrente.

En el terreno doctrinal el problema señalado ha sido analizado ampliamente por DÍEZ-PICAZO, en su estudio *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, en este ANUARIO, 1969, pp. 383 ss., y en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972, pp. 666 a 669 y 859 a 861, donde demuestra, en contra de los que piensan que la constitución en mora del deudor es un requisito de la facultad de resolver el contrato, que el retraso en el cumplimiento de la obligación puede ser una causa justificativa de la resolución del contrato sinalagmático. Indudablemente hay casos en que el retraso no justifica la resolución y otros en que sí la justifica. Un análisis de los distintos casos, teniendo en cuenta las numerosas sentencias del Tribunal Supremo que se enfrentan con el problema, se encuentra en las referidas obras del autor mencionado.

A. C. S.

7. *Interpretación del contrato. Criterios objetivos.*—Nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de los términos en que está redactado el artículo 1.281 del Código civil, no consagra de forma absoluta la teoría subjetivista de la interpretación del contrato, ya que en caso de criterios dispares entre los contratantes los Tribunales han de atender a la voluntad común de ambos y desatender la voluntad interna meramente subjetiva de alguno de ellos, como se deduce entre otras de la Sentencia de 22 de junio de 1950, de modo que la intención de los contratantes no es lo que ellos quisieron, sino lo que decida un observador imparcial, en este caso el Tribunal «a quo» con arreglo a lo pactado, a la buena fe, al uso y a la ley, como se deduce del artículo 1.258 del mismo Código sustantivo, y en esa operación, como manifiesta la regulación legal, hay un predominio evidente de elementos objetivos.

Calificación del contrato.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en la calificación de los contratos no está obligado el Juzgador a pasar por lo que las partes consignent en sus convenios, sino que sobre las palabras usadas por los contratantes estén los hechos constitutivos del contrato.

Cuestión de hecho.—La «obra contratada», dato fáctico que sirve de soporte o presupuesto esencial al artículo 1.593, es cuestión de hecho, como admitió la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1971.

Defectos formales en la interposición del recurso.—En el motivo quinto se involucran tres conceptos distintos de infracción, lo que supone no atenderse la recurrente a la norma imperativa contenida en el artículo 1.720, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por tanto se incurre en la causa de inadmisión del motivo definida en el artículo 1.729, número 4.º, de la misma Ley, aparte de que en cuanto a los citados artículos 1.822 y 1.289 no se indica cuál de los párrafos varios que contienen es el que se pretende infringido, lo que a su vez integra la causa de inadmisión del número 6 del últimamente citado artículo de la Ley Procesal Civil.

Interpretación del contrato en contra del criterio del Tribunal de Instancia.—El recurrente pretende llegar a un determinado sentido hermenéutico

contrario o notoriamente diverso del que obtuvo la Sala de Instancia, para lo cual es procedente la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil y no el elegido en estos motivos.

Cuestión de hecho.—Es cuestión de hecho, que corresponde ser determinada por el juzgador de instancia, la concreción del perjudicado y quién dejó de cumplir el contrato.

Carácter subsidiario del artículo 1.282 del Código civil.—Como declaró esta Sala, el invocado artículo 1.282 tiene carácter subsidiario respecto del anterior, por lo que debe recurrirse a él si el contrato que hubiese de interpretarse ofreciese alguna duda en el sentido literal de sus cláusulas.

Sociedad civil.—En el ordenamiento civil español, a diferencia de otros extranjeros, como el alemán federal y el portugués y de la tendencia moderna en materia de contrato de sociedad civil, este contrato constituye una persona jurídica distinta de la de los socios que la forman, salvo en el supuesto de sociedad irregular (artículo 1.669 del Código civil) no contemplado en el supuesto debatido (artículo 35, número 2.º, del mismo Código). (Sentencia de 30 de abril de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—En esta Sentencia se sigue la tesis imperante en la doctrina y la jurisprudencia, que afirman la importancia de los criterios objetivos a la hora de interpretar el contrato. Sobre esta cuestión nos hemos ocupado en nuestra anotación a la Sentencia de 30 de noviembre de 1981, que destaca también la importancia de los criterios objetivos de interpretación, fundamentalmente, la buena fe y los usos (en este ANUARIO, 1982, II, pp. 554-555).
A. C. S.

8. *Sentencias de los Tribunales.*—Es conocida por lo reiterada la doctrina jurisprudencial de que las sentencias han de dictarse en concordancia con la situación de hecho y de derecho existente en el momento de incoación del pleito, por lo que lo pactado después por el demandado con uno de los demandantes, solamente puede tener consecuencias contra ellos, con la única posible recusación para el período de ejecución de sentencia, en el reducido ámbito particular en que el pacto tuvo lugar.

Interpretación del contrato. Valor de los anuncios publicitarios.—La interpretación de la sentencia recurrida, valorando no sólo de la simple letra del discutido contrato, sino también de todos los demás elementos probatorios e interpretativos que le permite el Código para hallar la voluntad real de los contratantes, como los anuncios publicitarios, es perfectamente lógica que, de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial, debe prevalecer sobre la particular e interesada de quien recurre. (Sentencia de 20 de marzo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Se promovió la construcción de un conjunto de viviendas de protección oficial. En las primitivas ofertas se anunciaron unas determinadas condiciones de venta, que no fueron cumplidas en su integridad por

el promotor. Por esta razón los compradores le demandaron, solicitando que se entendiera vendida la participación ofrecida en los locales comerciales del edificio según las condiciones y precio prometido, y a completar el espacio de las plazas de garaje comprometidas o se tuviese por resueltos los contratos.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Esta Sentencia está en la línea de la de 27 de enero de 1977, en la que nuestro Tribunal Supremo, confirmando los fallos del Juzgado y de la Audiencia Territorial, afirma la eficacia jurídica de la propaganda, al decir que «siendo muy parco el contrato suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de la buena fe, proclamado en el artículo 1.258 del Código civil, al creerlos, con todo fundamento, vinculantes para la empresa».

Consúltese los comentarios de RICO PÉREZ (en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1978, pp. 345-358) y LASARTE (en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1980, pp. 50-78) a la Sentencia de 27 de enero de 1977, cuya doctrina consideramos plenamente acertada.

A. C. S.

9. *Compraventa de local. Prueba de la existencia del contrato. Determinación del precio.*—No cabe alegar que a través de las certificaciones de obra y del visto bueno del Arquitecto Director de la misma se podía llegar a una determinación del precio del local, ni que esto sea lo habitual en este tipo de construcciones en las que el cooperativista entrega una cantidad inicial y el resto cuando, a la terminación de la obra, se determina el precio con absoluta concreción, ya que la aplicación del artículo 1.447 Código civil presupone la existencia de un concierto previo entre las partes y la cumplida probanza del específico pacto de referir el precio «a otra cosa cierta», y la sentencia recurrida declara que no existen elementos probatorios de los que pueda deducirse una supuesta determinación automática.

Determinación de la cosa vendida mediante su posesión por el presunto comprador.—Se denuncia violación del artículo 1.273 C. c. al aducir que el local pretendido está perfectamente determinado desde el momento en que se concedió al recurrente su posesión a título de dueño, razonamiento rechazado por falta del correspondiente *onus probandi*, pues sólo se ha acreditado una posesión meramente tolerada de la cosa. (Sentencia de 26 de abril de 1982; no ha lugar.)

10. *Interpretación de los contratos.*—Es constante la doctrina jurisprudencial respecto a que la interpretación de los contratos concierne privativamente al Tribunal de Instancia, cuya labor sólo es revisable en casación cuando manifiestamente aparezca infringido algún precepto regulador de la hermenéutica negocial, por lo que el resultado a que aquél llegó habrá

de ser mantenido mientras sea lógico o racional, aunque pueda haber alguna duda sobre su rigurosa exactitud.

Documentos auténticos.—Son reiteradas y sobradamente conocidas las declaraciones de la doctrina legal de que no constituye documento auténtico a efectos del recurso de casación por falta de literasuficiencia el mismo cuyo contenido fue objeto de debate.

Prestación diversa y vicios de la cosa.—Sin dejar de reconocer la jurisprudencia las dificultades que ofrece en la realidad la distinción segura entre la prestación diversa y los vicios de la cosa, se orienta a entender que se estará en la hipótesis de entrega de cosa distinta o *aliud pro alio* cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador, que permite acudir a la protección dispensada por los artículos 1.101 y 1.124 (Sentencias de 1 de julio de 1947, 30 de noviembre de 1972, 25 de abril de 1973, 21 de abril de 1976, 20 de diciembre de 1977 y a *contrario sensu* la muy reciente de 12 del mes en curso), supuesto que no debe ser confundido con el de prestación defectuosa en la esfera mercantil por vicios en la mercadería, sometida a la regulación específica del saneamiento conforme al Código de comercio, según se desprende de la doctrina mantenida por las Sentencias de 13 de marzo de 1929, 31 de octubre de 1961, 6 de abril de 1967, 22 de diciembre de 1971 y 14 de abril de 1978, y no puede ponerse en duda que entraña entrega de objeto diverso y por lo tanto determina verdadero incumplimiento proporcionar al comprador tabiques fabricados con yeso de mala calidad en vez de utilizar escayola según lo pactado.

Principio de la compensación automática o «ipso iure».—Es señalado en el artículo 1.202 del Código civil, con extinción de las obligaciones en la cantidad concurrente y producción de efectos *ex tunc*. (Sentencia de 23 de marzo de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sentencia de la Audiencia confirma la recaída en Primera Instancia, que estimando la reconvencción entablada por la compradora condenó a la demandante vendedora a pagar una indemnización en atención a los daños ocasionados por la defectuosa calidad de las placas vendidas, fabricadas con malos materiales (yeso de mala calidad en vez de escayola, según lo pactado). No prospera el recurso de casación interpuesto por el vendedor.

NOTA.—La doctrina de esta Sentencia es coincidente con la de 12 de marzo de 1982, pero mientras que en esta Sentencia no se considera procedente la aplicación de las acciones generales de incumplimiento, ya que la cosa vendida era defectuosa, en la Sentencia que anotamos, al ser la cosa vendida distinta de la pactada, si cabe la aplicación del artículo 1.124 del Código civil. Para nuestro Tribunal Supremo entraña entrega de objeto diverso el proporcionar al comprador tabiques fabricados con yeso de mala calidad en vez de utilizar escayola, según lo pactado.

A nuestro juicio, en presencia de casos como el planteado tiene razón nuestro Tribunal Supremo cuando pone de relieve las dificultades que ofrece la distinción entre la prestación diversa y los vicios de la cosa. En nuestra doctrina, MORALES MORENO (*El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1981, III, pp. 650 ss.) se refiere a la distinción entre vicios redhibitorios y ausencia de cualidades, afirmando que cuando se supera la construcción puramente objetiva de los vicios, es difícil trazar una distinción segura, con efectos prácticos satisfactorios, entre vicios y ausencia de cualidades. En un orden práctico, prosigue diciendo, los vicios de la cosa suponen también ausencia de cualidades, ya que las cualidades importan en Derecho, no tanto por su naturaleza, cuanto por su influencia en la utilidad que la cosa deba prestar.

En el plano práctico, si se sigue fielmente la doctrina reflejada en la sentencia de 12 de marzo de 1982 y en la que anotamos, ha de afirmarse que en un caso el comprador dispondrá de las acciones generales de incumplimiento, que prescriben a los quince años (art. 1.964 del Código civil), y en otro, tan sólo dispondrá del plazo de caducidad de treinta días que fija el artículo 342 del Código de comercio para el ejercicio de las acciones de saneamiento en la compraventa mercantil. Así, en el caso de venta de parquet defectuoso, nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de marzo de 1982, solamente considera aplicable el artículo 342 del Código de comercio, y cómo el comprador no ha ejercitado la acción de saneamiento en el plazo de treinta días a contar de la entrega, carece ya de acción frente al vendedor; mientras que en la sentencia que anotamos, como se han entregado tabiques fabricados con yeso de mala calidad en vez de utilizar escayola, como se había pactado, sí cabe la aplicación de las acciones generales de incumplimiento. Según se infiere de la sentencia de 12 de marzo de 1982, en el primer caso la seguridad del tráfico impone la aplicación estricta del artículo 342 del Código de comercio.

A nuestro juicio, ni es claro que en los casos de ausencia de cualidades no quepa, junto a las acciones generales de incumplimiento, la invocación de las acciones edilicias, por lo dicho anteriormente, ni que sea inviable la aplicación de aquéllas cuando las cosas vendidas presentan vicios ocultos, si éstas han sido fabricadas por el vendedor, evidenciándose en su fabricación su impericia o negligencia. Sobre el argumento utilizado por la sentencia de 12 de marzo de 1982 para negar la viabilidad de las acciones generales de incumplimiento cuando las cosas que se venden son defectuosas; nos remitimos a la anotación de esta sentencia en este fascículo del ANUARIO.

A. C. S.

11. *Compraventa mercantil.*—Si ya en principio las compraventas celebradas entre comerciantes van acompañadas de la presunción de que corresponden al giro de sus negocios y por ello revisten carácter mercantil, en el caso de litis la intromisión especulativa de la compradora es patente, por más que el parquet estuviera destinado a su colocación en un inmueble de manera permanente, pues la actividad constructora, al igual que la manufacturera o la fabril, no excluyen la nota de que se trata en la compra de elementos que luego son industrialmente transformados, operación que es propia del comercio de reventa ya declaró la aneja sentencia de 22 de abril de 1911, y es claro, por otra parte, que no puede acudirse a la excepción tercera del artículo 326, norma que sobre hacer referencia a una realidad económica poco compatible con reglamentaciones en la actualidad autorizan al artesano para utilizar mano de obra asalariada (Decreto de 22 de febrero de 1968), conviene únicamente a situaciones en las cuales, como señala la

exposición de motivos del Código de comercio, los industriales «se limitan a fabricar con sus propias manos los objetos de su industria, a medida que se los encargan y dentro de sus mismos talleres u obradores», hipótesis antagónica a la de autos, que es la de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, transformada luego en Anónima, produciendo en masa determinadas mercaderías que coloca también en grandes cantidades en el mercado.

Principio de la congruencia. Iura movit curia.—Según ha declarado esta Sala en sentencia de 6 de marzo de 1981, como ya lo hiciera en análogos términos la de 28 de diciembre de 1970, el principio de congruencia, prohibitorio de toda resolución *extra petita*, no impone sino una racional adecuación del organismo jurisdiccional a las peticiones de las partes y a los hechos que se insertan, de donde se sigue que guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y al relato fáctico de los contendientes, viene permitido al sentenciador realizar su juicio crítico del modo que entienda más apropiado, incluso aplicando preceptos no citados por los litigantes conforme al apotegma que proclama la libertad del Juez al servirse de la motivación jurídica (*iura novit curia*), siempre que la pretensión no resulte alterada, lo que no acontece en el tema que el recurso contempla, pues la sentencia de la Sala no se apartó de las cuestiones sometidas a su conocimiento ni prescindió de la causa de pedir al entender que tratándose de un supuesto referente a prestación defectuosa en un contrato de compraventa mercantil, los derechos que asisten al comprador por los pretendidos vicios ocultos no son otros que los establecidos en los artículos 336 y 342 del Código de Comercio, que señalan breves plazos de caducidad (sentencias de 6 de abril de 1967 y 30 de octubre de 1981, entre otras), cuyo transcurso, por consiguiente, pudo apreciar el Tribunal de instancia sin necesidad de referencia por la vendedora.

Informes técnicos.—Es reiterada doctrina que la apreciación que el Tribunal haga de los informes técnicos está sustraída a la censura de la casación.

Vicios ocultos en las cosas vendidas.—Si bien la entrega de una cosa diversa (*aliud pro alio*) a la pactada en el contrato de compraventa, determinante del pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto o insatisfacción total del acreedor, puede ser subsumida en los artículos 1.101 y 1.124 del Código civil, cuando se trate de prestación defectuosa en la esfera mercantil por vicios en la mercadería el comprador ha de acudir a las normas específicas del saneamiento contenidas en el Código de comercio, sin que le venga permitido la utilización de las reglas generales del derecho común sobre el resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimientos inexacto, según se desprende de la doctrina contenida en las sentencias de 13 de marzo de 1929, 31 de octubre de 1961, 6 de abril de 1967, 22 de diciembre de 1971 y 14 de abril de 1978. Resulta contrario a la seguridad del tráfico, de tanta significación en el ámbito comercial, conceder el dilatado lapso de los quince años al comprador que recibe sin protesta la mercadería y se abstiene de entablar reclamación de los plazos perentorios que fija el Có-

digo de comercio para la existencia de vicios o defectos, como aconteció en el caso debatido, pues la protesta de la recurrente se produjo después de haber transcurrido con exceso los treinta días a contar desde la entrega de la última partida del perquet-mosaico y la acción reconvenzional aparece entablada el treinta de abril de 1977, es decir, unos veintidós meses más tarde. (Sentencia de 12 de marzo de 1982; no ha lugar).

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa, por cuya virtud la sociedad vendedora entregó a la compradora 55.000 metros cuadrados de parquet al precio de 195 pesetas el metro cuadrado. La vendedora demandó a la compradora por falta de pago de una parte del precio fijado. En la contestación a la demanda, la compradora alegó, entre otras cosas, incumplimiento de la demandante por deficiencias en el material suministrado, y por ello la resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia acogió tanto la demanda como la reconvezión. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada en el pronunciamiento que estima la reconvezión. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—A) En esta sentencia se parte de la contraposición entre vicio oculto y defecto de calidad o cantidad, comúnmente admitida por la doctrina mercantilista (amplia referencia en MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1980, III, pp. 647-648, nota 31). Y acoge la solución imperante en la misma, de la cual es reflejo la siguiente afirmación de LANGLE: «Insistimos en que el concepto de cosa con vicio no equivale al de cosa materialmente diversa de la pactada; esta última hipótesis no sitúa jurídicamente en el ámbito del saneamiento, sino del total incumplimiento de la prestación debida». En relación con la cuestión en el marco de la compraventa mercantil, nos remitimos a las apreciaciones de MORALES MORENO (*Op. cit.*, p. 648).

B) Para nuestro Tribunal Supremo, en el ámbito de la compraventa mercantil, si las cosas vendidas presentan vicios ocultos, le está vedado al comprador la invocación de las acciones generales de incumplimiento y tiene como único medio de defensa las normas específicas del saneamiento contenidas en el Código de comercio. De esta manera se aplica inexorablemente el artículo 342 del Código de Comercio, que establece un brevísimo plazo de caducidad de treinta días a contar desde la entrega de la cosa vendida. Esta solución se justifica en consideraciones de seguridad del tráfico, al que no se adecua el plazo de prescripción de quince años, que para el ejercicio de las acciones generales de incumplimiento establece nuestro Código civil en el artículo 1.964.

A nuestro juicio, lo más llamativo de la sentencia es el argumento utilizado para justificar la tesis mantenida y que no es otro, como hemos señalado, que el de la seguridad del tráfico. Conviene por ello reflexionar sobre el mismo, aunque sea brevemente. Parece claro que una pretendida seguridad del tráfico, en la sentencia que anotamos, considera preminente la protección del tráfico a la de los compradores, pues es incuestionable la cortísima duración del plazo de caducidad que establece el artículo 342 del Código de Comercio. Pensamos que no es tan claro que, en aras de una pretendida seguridad del tráfico, haya que negar categóricamente, en el ámbito de las compraventas mercantiles, la compatibilidad de las acciones de saneamiento por vicios ocultos con las generales de incumplimiento, de igual manera que ello es posible en el ámbito de las compraventas civiles. La pretendida tutela del tráfico no puede utilizarse como un argumento irrefutable, ni mucho menos,

que imposibilite, una vez transcurridos los treinta días que fija el artículo 342 del Código de comercio, cualquier otro medio de protección que el ordenamiento jurídico pueda conceder al comprador. Y uno de estos medios es precisamente el de poder acudir a las acciones generales de incumplimiento. Como muy bien dice MIGUEL GONZÁLEZ (*La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979, p. 480), parece claro que la apelación al tráfico se ha convertido, como decía REICHEL, en un lugar común que se usa ya sin ulterior comprobación y de una manera automática. Por todo lo apuntado, consideramos más satisfactoria la dirección doctrinal y jurisprudencial que propugna la compatibilidad de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida y las acciones generales de incumplimiento, atribuyendo un escasa importancia a la regla *Lex specialis derogat generalis*. Creemos que esta solución no supone un grave quebranto para el tráfico, pues, en realidad, constituye una necesidad para la adecuada protección de los compradores. Tal vez deba afirmarse que en buena medida la seguridad del tráfico presupone precisamente la adecuada protección de los sujetos que intervienen en el mismo y muy especialmente de los compradores. A. C. S.

11 bis. *Responsabilidad del fabricante. Venta de productos vitamínicos para el engorde del ganado. Culpa contractual. Responsabilidad por daños. Nexo causal.*—Normal y lógicamente entre la introducción de un producto antitiróideo, que precisa de aplicación adecuada en la dosis y en el tiempo, sin ponerlo en conocimiento del adquirente, e incluso sin constancia en la fórmula registrada, y sin dar instrucciones adecuadas al adquirente de cómo había de ser administrado el producto con el citado antitiróideo incorporado, y el resultado dañoso producido en el ganado al que tal producto fue suministrado y al que venía destinado, se da el nexo causal determinante de la secuencia responsabilizadora pretendida, cuando el resultado nocivo de dicha sustancia antitiróidea viene corroborado por el hecho de que la Dirección General Agraria en resolución de 3 de julio de 1977 prohibió el empleo de sustancias antitiróideas en ganadería.

Riesgo para la comunidad. Presunción de culpa.—La introducción por la entidad demandada de una sustancia tóxica de utilización peligrosa, capaz de producir el evento producido, sin figurar en la fórmula aprobada para su comercialización, y, más aún, sin ponerlo en conocimiento del adquirente, ni darle instrucciones adecuadas para su correcta aplicación impositiva de generar daños, creando un indudable riesgo a la comunidad, conduce al reconocimiento de secuencia responsabilizadora, salvo que se hubiese alegado y probado por la entidad demandada, que fue otra la causa determinante del evento dañoso producido. (Sentencia de 26 de marzo de 1982; ha lugar).

Sentencia importante, no sólo por los intereses económicos implicados en el caso (la demanda solicita una indemnización superior a 13 millones de pesetas), sino por su conexión con dos temas de extraordinaria actualidad, la defensa del consumidor y la tutela de la salud pública, respecto de los cuales se muestra aquélla sensible al aludir al riesgo para la comunidad que representa añadir a un producto de complemento vitamínico para el ganado cierto compuesto químico de carácter tóxico y cuyo empleo había sido prohibido administrativamente. Los daños causados al ganado fueron, en unos casos, la muerte de algunos animales, en otros, su pérdida de peso y su enfer-

medad, que obligó a un sacrificio prematuro. Es plenamente de alabar la doctrina a esta s. (Pte. Fernández Rodríguez) que se completa con la 2.ª de la misma fecha, en la que, a la cantidad solicitada en la demanda, se deducen los gastos que por todos los conceptos hubieren de hacerse normalmente para que el ganado en cuestión pudiese alcanzar el período del normal sacrificio. (G. G. C.).

12. *Resolución por incumplimiento en la compraventa de bienes inmuebles.*—Tratándose de la compraventa de bienes inmuebles y como excepción al principio «dies interpellat pro homine», el artículo 1.504 del Código civil dispone que a pesar de la estipulación en orden a la resolución de pleno derecho de la venta por transcurso del término fijado al efecto sin realizar el pago del precio, y asimismo cuando no existe acto comisario según la jurisprudencia añade, puede el comprador cumplir su primordial obligación en tanto el vendedor no le requiera judicialmente o por acta notarial, declaración de voluntad recepticia dirigida no a obtener la contraprestación del comprador desatendida, sino a que el otro sujeto del contrato tenga sin más por resuelto el vínculo negocial; y si bien la doctrina jurisprudencial añade al requisito de la falta de pago del precio dentro del plazo fijado, la intervención de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del comprador, tal presupuesto material, cuya apreciación corresponde al Tribunal de instancia, vendrá de ordinario entrañado en el dato mismo de la ineffectividad del precio a pesar de la facilidad que el aplazamiento comporta, denotador de la evidencia de una voluntad incumplidora en tanto no se aleguen y prueben circunstancias demostrativas del proceder del comprador respetuoso con lo acordado y, por lo tanto, con las pautas de la buena fe que han de presidir la ejecución contractual. (Sentencia de 19 de mayo de 1981; no ha lugar).

HECHOS.—Con posterioridad a recibir el requerimiento, el demandado (comprador) pretendió liquidar las sumas pendientes, a lo que se negó el actor.

13. *Facultad resolutoria del contrato de compraventa.*—Tanto para la aplicación de la facultad resolutoria del artículo 1.504 del Código civil, en el concreto caso de venta de inmuebles, como para la de igual naturaleza que otorga el artículo 1.124 del mismo texto legal, para la de obligaciones recíprocas, no basta un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes para decretar la resolución del vínculo, sino que es preciso que se patentice de modo indubitado una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido. Así se manifestó en las sentencias de 2 de enero de 1961, de 30 de abril, de 11 de junio de 1969, 18 de noviembre de 1970 y 5 de julio de 1971.

Para pronunciar dicha resolución no es suficiente con comprobar la existencia de cualquier incumplimiento, sino que es necesario examinar si éste tiene tal importancia en la economía del contrato que justifique la resolución

en la común intención de los contratantes, como ya se dijo en la sentencia de 18 de noviembre de 1970. (Sentencia de 15 de abril de 1981).

14. *Locación de cosas*.—El artículo 1.543 del C. c. requiere para la locación de cosas que tipifica, la concurrencia en la cesión del goce o uso por parte del arrendador, de los requisitos de un tiempo determinado en su duración y precio cierto, como contraprestación a cargo del arrendatario, requisitos que se cumplen en el presente caso.

Pretensión ad cautelam.—Cuando la demanda contiene una pretensión subsidiaria en la que se plantea, «ad cautelam», una situación fáctica y jurídica a la que se podría dar lugar por desestimación de la principal, el Tribunal de Instancia, al absolver de ésta ha de entrar a resolver expresamente sobre la primera, haciendo por separado los oportunos pronunciamientos, pues sólo se autoriza el pronunciamiento absolutorio de todas las pretensiones formuladas, sin que haya precedido al fallo el examen jurídico de todas ellas, si, independientes entre sí del solo examen de la cuestión principal, al estar ligadas a la misma por vínculos de dependencia, deriva necesariamente la improcedencia de las demás a ellas subordinadas, quebrando, en su consecuencia, en supuestos como los de esta litis, la regla general de que no es dable impugnar por incongruentes las sentencias absolutorias. (Sentencia de 5 de diciembre de 1980; no ha lugar).

15. *Arrendamiento mixto de industria y vivienda. Calificación del contrato*.—Para llegar a la conclusión de que el contrato que vincula a las partes es el de un arrendamiento de industria, de carácter mixto por incluir también vivienda, la sentencia no se basa exclusivamente en la literalidad de los términos del mismo, sino que lo hace con fundamento en un conjunto de elementos de prueba, pues el objeto arrendaticio no era sólo un local en el que el arrendatario pudiera establecer un negocio, sino un conjunto de elementos coordinados y aptos para desarrollar inmediatamente la industria de bar-sidrería, como lo denotaban la preexistencia del negocio arrendado, la entrega de elementos materiales suficientes para su desenvolvimiento, su explotación anterior por el propietario cedente y la vida propia de la unidad patrimonial, por lo que resulta ineficaz descomponer esa conjunta apreciación para interpretar aisladamente uno solo de los elementos que la integran.

Interpretación del contrato por actos coetáneos y posteriores de los contratantes.—Para la calificación del contrato no cabe desconocer un hecho de tan singular importancia como el aquietamiento del ahora recurrente a la sentencia dictada en primera instancia en anterior proceso seguido por los trámites de la L. A. U., en la que, tras de calificar de industria el cuestionado arrendamiento, desestimó la demanda por inadecuación del procedimiento, pues es indudable que esa calificación le era perjudicial al excluir el contrato del ordenamiento especial y proteccionista arrendaticio, y aunque dicha sentencia no produce excepción de cosa juzgada en cuanto al fondo, sí que la produce en cuanto a la calificación contractual que dio lugar a esa inadecuación del procedimiento.

La subrogación mortis causa en el contrato no sirve para calificar el arrendamiento.—La circunstancia de haberse subrogado el demandado recurrente en los derechos arrendaticios que a su padre correspondían como titular arrendaticio, no es suficiente para calificar, por este simple hecho, cuál sea la naturaleza del arrendamiento, pues el que la LAU vigente tenga establecido este derecho de subrogación, con carácter obligatorio para el arrendador, no impide que en arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de dicha Ley puedan aceptarlo y convenirlo los interesados.

Duración de la prórroga tácita.—En el contrato no se estableció plazo alguno de duración de la prórroga, por lo que no cabe indagar cuál hubiera sido la voluntad de las partes sobre tal extremo, ni mucho menos cabe presumirla del mayor o menor tiempo con que la prórroga se ha producido, y hay que atenerse al artículo 1.581 C. c.; según reiterada jurisprudencia, la tácita reconducción requiere la permanencia del arrendatario en el disfrute de la cosa arrendada, la aquiescencia del arrendador y que no haya precedido requerimiento de desahucio, siendo su duración no la del contrato originario, sino la establecida en el artículo 1.581. (Sentencia de 30 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

Se trata de un contrato de arrendamiento de larga duración, pues se instrumentó en escritura pública de 4 enero 1929 con validez hasta el 31 diciembre 1972, y que se ha prorrogado tácitamente hasta el momento actual. La defensa principal de la parte demandada era que la duración de cada prórroga era la misma que la del contrato originario, si bien la cuestión fundamental era la de la calificación del contrato, para lo cual se hace un minucioso análisis de sus elementos y de las vicisitudes ocurridas a lo largo de su duración. No resulta convincente el argumento de la cosa juzgada producida por una sentencia desestimatoria de la demanda por inadecuación del procedimiento, aunque se fundamente aquélla en la argumentación jurídica y subsiguiente calificación del contrato. ¿No hubiera sido más correcto calificar la conducta del recurrente de actos propios que le vinculan para el futuro? En todo caso el resultado final hubiera sido idéntico.

G. G. C.

16. *Arrendamiento rústico. Improcedencia de la resolución por expiración de prórroga legal. Novación por destacado incremento de la renta.*—Reiterada doctrina jurisprudencial viene reputando existente la voluntad novatoria de las partes en el contrato de arrendamiento rústico y, por consiguiente, la sustitución del mismo sin necesidad de que conste expresamente su novación, cuando se altera o varía la esencia del contrato, y así la modificación sensible de la renta y alteración de la superficie de la finca arrendada e incluso la notoria modificación de una sola de estas circunstancias cuando se ofrece con caracteres muy acusados, puede ser reveladora de un ánimo novatorio extintivo, como sucede en este caso en que, a partir de 1975, se produce un destacado incremento de la renta que pasa de 54.000 pesetas iniciales a 144.000 pesetas para los dos años siguientes, teniendo en cuenta que dicho aumento coincide con la extinción del contrato originario por expiración de la prórroga legal. (Sentencia de 10 de marzo de 1982; no ha lugar.)

17. *Defectos en la interposición del recurso.*—Se pretende con el motivo sustituir las denotadas afirmaciones fácticas, sin combatir las por la única vía adecuada al efecto, que es la del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por las que, según el particular criterio del recurrente, afloran del contenido del documento de 6 de noviembre de 1973 circunstanciado en dicho antecedente, y ello sin tener en cuenta que para la prevalencia de esta prueba documental sobre aquellas afirmaciones fácticas se requería fueran destruidas acusando, con fundamento en el meritado documento, error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, a lo que es de añadir que si el problema de interpretación hubiera sido planteado adecuadamente en el presente recurso, todavía sería patente la corrección de la sentencia recurrida al apreciar el contenido y alcance de las obligaciones estipuladas en el contrato básico.

Ejercicio de la acción «ex contractu».—La acción ejercitada por la entidad actora es la «ex contractu» derivada del incumplimiento por el constructor del buque demandado y aquí recurrente de las obligaciones que le incumbían con arreglo a lo estipulado, incumplimiento que permanece incólume por no haberse combatido por la vía adecuada, razones por las cuales la aludida sentencia, al par que aplicó debidamente los artículos 1.101 y 1.104 del Código civil en lo referente a los efectos del incumplimiento de las obligaciones contractuales y definición de la culpa del deudor que hace exigible el resarcimiento de los daños y perjuicios de tal incumplimiento derivados, hizo igualmente recta aplicación del artículo 1.964, al estimar que a la acción personal ejercitada le era aplicable el plazo de prescripción de quince años a que el últimamente referido precepto legal se contrae, lo que impone, en su consecuencia, la desestimación del motivo.

Compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento.—Como en los casos contemplados por las sentencias de esta Sala de 23 de junio de 1965, 28 de noviembre de 1970, 28 de enero de 1980, 12 y 20 de febrero y 14 de marzo de 1981, las acciones aquí ejercitadas no se dirigen a obtener reparaciones provenientes de vicios ocultos en la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual, acción distinta y compatible con las acciones redhibitoria y estimatoria o «*quanti minoris*» reguladas en los artículos 1.484 y siguientes del Código civil, sin que, de otra parte, las acciones deducidas tengan adecuado encaje en aquellas otras a que se contrae la preceptiva contenida en el número 1.º del artículo 952 del Código de comercio, al referirse éstas, precisamente, al supuesto de las reclamaciones que puedan entablar los que prestan los servicios, obras, provisiones y suministros de efectos o dinero para construir, reparar, pertrechar o avituallar los buques o mantener la tripulación, pero no así a las que puedan incumbir en orden al correcto cumplimiento de tales prestaciones a los que, según las respectivas convenciones, sean acreedores de las mismas. (Sentencia de 18 de febrero de 1982; no ha lugar.)

Hechos.—Se convino entre el constructor y la sociedad actora un contrato de construcción de un buque. Puesto el buque en navegación, se observaron graves defectos de construcción. Por este motivo la sociedad actora demandó el resarcimiento de todos los daños y perjuicios sufridos.

En Primera Instancia es desestimada la demanda, al entenderse acertada la excepción de prescripción de la acción. La Audiencia Territorial revoca la sentencia recurrida. No prospera el recurso de casación interpuesto por el constructor.

NOTA.—A fin de evitar cualquier equívoco, debemos señalar que se celebró un contrato de construcción de buque. No estamos ante un supuesto de venta de buque en construcción, lo cual no deja de tener importancia respecto al problema del posible ejercicio de las acciones edilicias, cuya aplicación invoca el recurrente.

Aunque el recurrente (el constructor) pretende que se aplique la normativa del Código civil sobre el saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida, no prospera su alegación, pero no porque el Tribunal Supremo niegue categóricamente la posible aplicación de tal normativa, lo cual podría haber afirmado perfectamente, considerando que la misma es ajena al contrato de construcción de buque, como ha demostrado convincentemente MENÉNDEZ (*Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1958, pp. 327-328, especialmente), sino porque, en cualquier caso, es decir, aunque fuesen aplicables los artículos 1.484 y siguientes del Código civil, hay que afirmar la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento, de acuerdo con la doctrina constante del Tribunal Supremo.

A. C. S.

18. *Aplicación de las normas generales de responsabilidad contractual.*—Reconocida la existencia de los contratos de compraventa, los artículos 1.091, 1.101 y 1.258 del Código civil son aplicables a los hechos denunciados.

Responsabilidad del promotor-vendedor. Aplicación del artículo 1.591 del Código civil.—Aún cuando la parte actora, según la doctrina sentada por esta Sala, está legitimada para ejercitar directamente la acción para exigir las responsabilidades derivadas del artículo 1.591, ello no le priva en forma alguna de ejercitar las otras derivadas de su contrato de compraventa, sin que haya necesariamente que estimarse que la primera es preferente a esta última, por lo que ha de ser igualmente desestimado el cuarto motivo en que se denuncia la violación del párrafo primero del artículo 1.591.

Enriquecimiento sin causa.—Que teniendo el recurrente la facultad de exigir, en el procedimiento correspondiente, las responsabilidades derivadas de los contratos celebrados con los condenados subsidiariamente, es evidente que no se dan las condiciones necesarias para la existencia de un enriquecimiento injusto. (Sentencia de 8 de febrero de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—El Presidente de una Comunidad de Propietarios demandó al promotor por presentar graves defectos de construcción los pisos vendidos..

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo, condenando al promotor a indemnizar a la Comunidad de Propietarios. No prospera el recurso de casación interpuesto por el promotor.

NOTA.—Esta sentencia tiene interés por diversas razones que vamos a examinar separadamente:

A) Se señala, en primer lugar, la aplicación de los artículos 1.091, 1.101 y 1.258 del Código civil, lo cual significa que, de acuerdo con una doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo, se afirma la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento, que, en el supuesto que examinamos, es decir, el de la responsabilidad del promotor que es vendedor y además fabricante, no puede ser más acertado y equitativo, como hemos reflejado en la anotación a la Sentencia de 25 de enero de 1982, en este fascículo del ANUARIO.

B) Se afirma también que la Comunidad de Propietarios puede, si lo prefiere, ejercitar la acción de responsabilidad decenal, que disciplina el artículo 1.591 del Código civil. Existe igualmente compatibilidad entre esta acción y las acciones edilicias. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo no establece argumentos para justificar esta conclusión. A nuestro juicio parece claro que éstos han de encontrarse en la dirección jurisprudencial que de forma constante afirma que el promotor tiene la condición de vendedor y contratista, según hemos evidenciado en la anotación a la Sentencia de 25 de enero de 1982, en este fascículo del ANUARIO. En la Sentencia que anotamos, a diferencia de la que acabamos de citar, no se determina si la venta de los pisos tuvo lugar en fase de construcción o una vez concluida su construcción, lo cual, como hemos señalado en el comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 58 y 215 ss.), es fundamental a la hora de considerar aplicable el artículo 1.591 del Código civil.

C) La Sentencia que anotamos precisa que no existe preferencia entre las diversas acciones que puede ejercitar la Comunidad de Propietarios en el supuesto contemplado. Esta solución es perfectamente coherente si se tiene en cuenta la diferente naturaleza de las acciones generales de incumplimiento y las edilicias, ya que son diferentes sus presupuestos de aplicación. Como señala MORALES MORENO (*El alcance protector de las acciones edilicias*, en este ANUARIO, 1981, III, pp. 681-682), las acciones edilicias significan una atribución objetiva de riesgo al vendedor, de alcance limitado, que no se justifica en las reglas generales de la responsabilidad contractual. La acción de responsabilidad decenal, pensamos nosotros, es claramente autónoma respecto a las anteriores al presuponer necesariamente la existencia de un contrato de obra.

D) Muy llamativa resulta la afirmación de que el promotor-vendedor responde directamente frente a la Comunidad de Propietarios, y los profesionales que el mismo contrató para la ejecución de la obra de forma subsidiaria. Esta afirmación es una novedad en el marco de la promoción inmobiliaria, pues en nuestra jurisprudencia, hasta la publicación de la sentencia que anotamos, se habían mantenido tres tesis: 1.ª La responsabilidad solidaria del promotor-vendedor y de los profesionales que éste ha contratado para la construcción del inmueble (Sentencia de 21 de abril de 1981, que anotamos en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100). 2.ª La responsabilidad exclusiva de los profesionales que contrató el promotor-vendedor, subrogándose los compradores en la posición jurídica de éste a fin de dirigirse directamente contra aquéllos (Sentencias de 1 de abril de 1977, que anotamos en este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss.; 20 de febrero de 1981, que también anotamos en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1102-1104). 3.ª La respon-

sabilidad exclusiva del promotor-vendedor, como acaece en las Sentencias de 3 de octubre de 1979, que comentamos en este ANUARIO, 1980, I, pp. 194 ss.; 28 de enero de 1980, que anotamos en este ANUARIO, 1980, IV, pp. 998-999; 25 de enero de 1982, que anotamos en este fascículo del ANUARIO.

Ahora aparece una nueva configuración de las responsabilidades por defectos de construcción en los pisos vendidos, representada, como hemos dicho, por la Sentencia que anotamos. El promotor-vendedor es responsable directo y los profesionales que contrató lo son de manera subsidiaria. Si el promotor-vendedor resarce a los compradores que integran la Comunidad de Propietarios, tiene una acción de regreso frente a los citados profesionales, evitándose así, dice el Tribunal Supremo, la existencia de un enriquecimiento injusto de éstos.

A nuestro juicio, si se puede exigir responsabilidades tanto al promotor-vendedor como a los profesionales que éste contrató, que es el presupuesto lógico del que parte la Sentencia que anotamos, al decir que el promotor-vendedor responde directamente y los citados profesionales de manera subsidiaria, parece más defendible el régimen de la responsabilidad solidaria propugnado por la Sentencia de 21 de abril de 1981, que facilita una protección más efectiva y rápida a los compradores, partiendo de la base de que no sea posible la individualización de los comportamientos y el hecho dañoso provenga de la acción conjunta de los que han intervenido en la obra, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la que nos referimos en el comentario a la Sentencia de 9 de octubre de 1981 (anotada en este ANUARIO, 1982, I, pp. 259-261).

A. C. S.

19. *Incongruencia*.—Es constante doctrina de esta Sala que la incongruencia hay que entenderla referida puesta en relación entre las súplicas de los escritos rectores del proceso con el fallo o parte dispositiva de la Sentencia de que se trate, y no con los razonamientos de ésta.

Aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Concepto de ruina.—Según tiene reiteradamente declarado esta Sala, y de ello son exponentes las Sentencias de 20 de noviembre de 1959, 7 de junio de 1966, 14 de marzo de 1973, 10 de diciembre de 1976 y 6 y 16 de diciembre de 1977, la expresión «ruina» del artículo 1.591 del Código civil, según ya viene puesto de manifiesto en el presente considerando, no hay que referirla tan sólo a lo que en sentido riguroso y estricto pudiera implicar el inmediato derrumbamiento y destrucción total o parcial de la obra, sino a un más amplio contenido del arruinamiento, extensivo a la estimación de graves defectos de construcción que hagan temer la próxima pérdida de la misma como impropia e inútil para la finalidad a que se destina.

Supuesto de hecho de la Sentencia recurrida.—Es vinculante en casación al no haber sido impugnado por el mencionado recurrente por el cauce o vía del número 7.º del artículo 1.692 de la referida Ley de Trámites Civil. (Sentencia de 11 de enero de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Un contratista construyó un edificio, en el que comenzaron a producirse fisuras y filtraciones. Por este motivo, estimando la demanda del comitente, el Juez de Primera Instancia condenó al contratista a realizar

las obras de derribo y reconstrucción necesarias. Este fallo fue confirmado por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Esta Sentencia es concorde con el criterio mantenido de forma constante por nuestro Tribunal Supremo sobre el significado del término «ruina», que aparece en el artículo 1.591 del Código civil, y que es el presupuesto del ejercicio de la acción de responsabilidad decenal en el marco del contrato de obra. Importa llamar la atención sobre que se incluyen los supuestos de la ruina parcial y los graves defectos de construcción que hagan temer la próxima pérdida de la misma como impropia e inútil para la finalidad que se destina. Parece, sin embargo, que la afirmación de nuestro Tribunal Supremo no ha de entenderse como equivalente a peligro de derrumbamiento del inmueble. Más bien nuestro Tribunal Supremo se está refiriendo a la denominada «ruina funcional», es decir, a la inutilidad de la obra construida para su destino. De esta manera se supera la condición relativa a la solidez de la obra, ampliándose notablemente el ámbito de aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Nosotros pensamos que la línea seguida por nuestro Tribunal Supremo es plenamente acertada, y puede ser justificada con argumentos de diversa índole, como los antecedentes históricos, siendo muy elocuente en este sentido la Ley 21, título 32, de la Partida 3.ª; teológicos, ya que no hay razón para predicar una distinta solución según que el inmueble se derrumbe o sea inútil para el fin a que se destina, desde el ámbito de la responsabilidad contractual, de suerte que el comitente está legitimado para pedir que, a costa del constructor, sea derribado y reconstruido, y la interpretación conjunta de los artículos 1.591, 1.907 y 1.909 del Código civil. Si los artículos 1.591 y 1.909 están en indudable conexión, como evidencian claramente los artículos 1.903 y 1.532 del Proyecto de 1951 y el comentario de GARCÍA GOYENA, y es indudable la conexión entre los artículos 1.909 y 1.907, refiriéndose este último a la ruina de todo o parte del edificio, no parece aventurado concluir que el término ruina que aparece en el artículo 1.591 ha de entenderse con la amplitud con que aparece en el artículo 1.907.

A las sentencias citadas en la sentencia que anotamos hay que agregar algunas otras que también justifican la aplicación del artículo 1591 en supuestos de vicios graves en el inmueble construido, que hemos anotado en este ANUARIO, como la sentencia de 21 de abril de 1981 (1981, IV, pp. 1099-1100). También debemos destacar que, con cierta frecuencia, el Tribunal Supremo aplica el artículo 1.591 en supuestos en que el edificio construido presenta graves defectos de construcción, que no determinan el derrumbamiento del mismo, sin que se aluda para nada al problema que estamos examinando. En este sentido, las sentencias de 1 de abril de 1977, que hemos anotado en este ANUARIO (1978, III, pp. 670 ss), 25 de enero de 1982 y 8 de febrero de 1982, que anotamos en este fascículo del ANUARIO.

Por último, nuestro Tribunal Supremo ha declarado en la sentencia de 27 de febrero de 1975, anotada por CADARSO en este ANUARIO (1976, I, pp. 249-252), que no es aplicable el artículo 1.591 al caso de daños que no fueron producidos en el edificio, sino en elementos muebles ajenos al mismo, los que no forman parte del concepto estructural de la construcción, ya que el artículo citado hace referencia a un edificio cuya ruina se debiera a vicios de la construcción. En el caso planteado se trataba de un aljibe de agua defectuosamente construido para atender a las necesidades del edificio. Sobre el juicio crítico que merece esta sentencia, nos remitimos a la referida anotación de CADARSO, en la que hace atinadas observaciones. Téngase también en cuenta la exposición de este autor sobre el significado de la ruina, en su conocida monografía *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 123 ss.

A. C. S.

20. *Interpretación del contrato por el Tribunal de instancia.*—Debe ser respetada en casación, salvo que se evidencie el resultado ilógico de la interpretación efectuada (Sentencia de 11 de diciembre de 1970, entre otras muchas).

Actividad interpretativa.—Debe, primordialmente, investigar la intención de los contratantes, que resulte de los actos coetáneos y posteriores al momento del pacto.

Cuestión de hecho y de derecho.—Según dice la sentencia de 21 de marzo de 1969, aunque es principio muy reiterado de este Tribunal, recogido de una manera muy especial en la sentencia de 9 de marzo de 1960, que surgida contienda en torno al artículo 1.124 del Código civil sobre quién de los contratantes sea el incumplidor, la resolución del Tribunal «a quo» sólo puede combatirse por el cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, este criterio no se ha impuesto de una manera absoluta, pues en la sentencia de 9 de junio de 1950 se suaviza y se sienta el de que, si bien la determinación de cual de los contratantes es el que primeramente ha infringido el contrato puede ser una «questio facti», cuando ello depende sólo de que se hayan realizado u omitido determinados actos, puede también constituir una «questio iuris», cuando la base para la determinación del incumplimiento esté, más que en los actos ejecutados, en la trascendencia jurídica de dichos actos.

Resolución del contrato.—Resulta obvio que, como acertadamente razona la resolución recurrida, el impago de la obra comporta un auténtico y real incumplimiento del contrato, que, de acuerdo con el precepto del artículo 1.124 del Código civil y de una reiterada doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo, inhabilita a quien lo provocó para solicitar de la contraparte la resolución contractual, con la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

Cuestión nueva.—No es susceptible de ser examinada en casación.

Acción de daños y perjuicios por incumplimiento.—Esta acción no puede ejercitarse por la parte que infringió su obligación y si se parte de la base de que el recurrente incumplió el contrato que le unía con la otra parte, es obvio que tal incumplimiento le impedirá, también, ejercitar con éxito la acción indemnizatoria con base en los artículos 1.101 y 1.103 del Código civil. (Sentencia de 19 de abril de 1982; no ha lugar).

HECHOS.—Se celebró un contrato para la realización de determinadas obras de excavación. Como consecuencia de la falta de pago, el contratista demandó al comitente. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Territorial acogió parcialmente el recurso, aumentando la cantidad que debe pagar el contratista al comitente. No prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Es indudable la corrección de la sentencia que anotamos. En el caso planteado en la sentencia es lógico que si el comitente no quiere pagar el precio debido al contratista, a pesar de que el contratista ha ejecutado correctamente su prestación, no está legitimado para resolver el contrato de obra. Con razón se dice en nuestra doctrina que la acción resolutoria sólo compete al perjudicado, que ha cumplido aquello que le incumbía, y que sufre el incumplimiento de la obligación de la parte contraria. No tiene derecho a pedir la resolución el contratante que ha incumplido sus obligaciones. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido que está legitimado para demandar la resolución quien ha incumplido su obligación cuando dicho incumplimiento se ha producido como consecuencia del incumplimiento anterior de la otra parte (Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972, p. 862). Entre las sentencias más recientes que siguen esta línea han de citarse las siguientes: 6 de julio de 1978, que anotamos en este ANUARIO (1979, IV, p. 938), 26 de octubre de 1978, anotada en este ANUARIO (1979, IV, pp. 947-948), 6 de febrero de 1979, anotada en este ANUARIO (1979, IV, p. 939), 4 de abril de 1979, que anotamos en este ANUARIO (1979, IV, pp. 930-931), 11 de junio de 1979, anotada en este ANUARIO por PERE RALUY (1980, I, p. 233), 2 de enero de 1980, anotada en este ANUARIO (1980, III, p. 788), 11 de mayo de 1979, anotada en este ANUARIO por CADARSO (1981, III, pp. 886-888) y 5 de junio de 1979, anotada en este ANUARIO por CADARSO (1981, III, pp. 888-889).

21. *Presupuestos de aplicación del artículo 1.598 del Código civil.*—Dicho precepto legal y la doctrina jurisprudencial aludida parten del indeclinable aspecto de que hubiese convención, bien explícita o ya en modalidad implícita, de que al tiempo de la entrega de la obra realizada no hubiese habido conformidad entre el propietario y el realizador de aquélla, como se deduce de la clara expresión «a falta de conformidad» que el citado artículo 1.598 contiene, de tal manera que cuando esa disconformidad manifestada al tiempo de la entrega no se hubiese producido, como ha sucedido en cuanto a la obra cuestionada, no puede darse aplicación a la normativa que el indicado precepto legal y jurisprudencia interpretativa del mismo establecen, toda vez que la aceptación a recibir la obra sin manifestación en tal momento de disconformidad con ella indudablemente significa que la reconoce practicada a satisfacción, y sin posibilidad en consecuencia de ampararse posteriormente, como ahora se pretende, en lo establecido en el tan aludido artículo 1.598 del Código civil, ni por tanto en acudir al juicio pericial a que ese precepto alude, porque lo contrario supondría dejar indeterminado en el tiempo el normal efecto producido del contrato de arrendamiento de obra después de aceptado sin manifestación de disconformidad por el propietario, que reservó su aprobación a satisfacción, y más si se tiene en cuenta que el criterio lógico impone que la no conformidad generante del remedio de acudir al juicio pericial correspondiente debe ser con remisión al tiempo de entrega, y no al posterior en que el pago es reclamado, dado que de no entenderlo así conduciría al absurdo de supeditar aquel juicio pericial a una fase en que el perito no tendría datos eficientes para emitir su opinión al respecto, pues que la entrega de la obra realizada y el transcurso del tiempo posibilitaría que no pudiera conocerse con exactitud como se encontraba tal obra cuando su entrega fue ofrecida al propietario.

Error de derecho en la apreciación de las pruebas.—Ni el artículo 1.598,

en su primer párrafo, del Código civil, ni el artículo 610 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen normas de apreciación probatoria preestablecidas, es decir, de rigor en su apreciación, sino simplemente el primero de los referidos preceptos legales el sometimiento al juicio pericial cuando se de el supuesto que contempla, y el segundo el alcance en la apreciación del Juez del dictamen pericial cuando fuese de aplicación, y que ya viene expresado no lo es la situación producida, además de que, en todo caso, la apreciación de tal medio de prueba no es del alcance pretendido por el recurrente de prueba preestablecida, al venir conformada a las reglas de la sana crítica, sin obligación de sujeción por el órgano jurisdiccional a lo que el dictamen pericial aprecie. (Sentencia de 21 de diciembre de 1981; no ha lugar).

HECHOS.—De acuerdo con el contrato celebrado, la actora procedió a la reparación de una máquina. Efectuada la reparación y admitida la máquina por el demandado sin reparo alguno, la actora lo entregó la factura correspondiente a dicha reparación, librando el demandado una letra de cambio, que no fue satisfecha a su vencimiento.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogen la demanda sobre reclamación de cantidad. En el primer motivo del recurso de casación se alega violación, por inaplicación del artículo 1.598 del Código civil, siendo desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Esta sentencia tiene un notable interés para la interpretación del artículo 1.598 del Código civil, que se refiere al problema de la aprobación de la obra construida, y que, como hemos señalado siguiendo a Díez-PICAZO (*El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, pp. 93 ss.), en dicho artículo se contemplan supuestos en que un tercero actúa como arbitrador a la hora de aprobar o no la obra construida (Cfr. *La recepción de la obra*, en este ANUARIO, 1978, III, pp. 296 ss.).

A nuestro juicio, la doctrina de la sentencia que anotamos se acomoda perfectamente a la finalidad del artículo 1.598 del Código civil. Evidentemente, para que se tenga que acudir al juicio pericial, se requiere que no haya existido conformidad del comitente respecto a la obra construida por el contratista al tiempo de la entrega. Parece lógico entender, como hace el Tribunal Supremo, que la disconformidad del comitente tiene que manifestarse al tiempo de la entrega de la obra construida, puesto que si le parece bien al comitente y la recibe, ha existido conformidad y por tanto ya no tiene sentido invocar la aplicación del referido precepto, toda vez que el mismo exige falta de conformidad, lo cual ya no puede darse si el comitente aprueba la obra entregada, de forma expresa o tácita, y la recibe. Ahora bien, conviene dejar claro que la circunstancia de que no quepa acudir al juicio pericial supletorio no va a significar, en modo alguno, la desprotección del comitente cuando, una vez recibida la obra, descubre que es defectuosa (vicios ocultos). No podrá acudir al juicio pericial para que se evidencie el carácter defectuoso de la obra recibida, pero podrá perfectamente ejercitar las acciones generales de incumplimiento, como hemos señalado en el citado estudio sobre la recepción de la obra y en nuestro comentario a la sentencia de 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1978, II, pp. 302 ss; 1980, I, pp. 204 ss.). También hemos de señalar que en la sentencia que anotamos el Tribunal Supremo reconoce como supuesto de recepción tácita el recibo de la obra construida sin protesta al tiempo de su

entrega. En nuestro mencionado estudio sobre la recepción de la obra citamos a las sentencias de 26 de noviembre de 1956, 17 de diciembre de 1964 y 25 de noviembre de 1966, que siguen esta línea. A. C. S.

22. *Aumento del presupuesto de la obra. Autorización del propietario comitente.*—El principio de invariabilidad en el precio de una obra contratada por ajuste alzado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.593 del Código civil, particular aspecto del más amplio que proclama la fuerza vinculante de lo pactado (art. 1.258), carecerá de aplicación, como aquel precepto determina, en la hipótesis de que se introduzcan variaciones mediante trabajos adicionales, con alcance novatorio, simplemente modificativo, en la mayoría de los casos (sentencia de 2 de marzo de 1973), en forma de cambios en la ejecución, alternando el plano primitivo y produciendo «aumento de obra», según expresa la norma legal, bien por incremento de volumen de la construida, ora por un mayor valor de la ejecutada en razón de la superior calidad de los materiales empleados, pero siempre que concurre el requisito necesario de la autorización del dueño comitente para tales innovaciones en la prestación del contratista, elemento respecto del cual dicho artículo 1.593 no exige, a diferencia del 1.534 del Proyecto de 1851 y de algún ordenamiento foráneo (art. 1.793 del Código civil francés), su constancia en forma determinada, y en tal sentido la doctrina de esta Sala, reiterada por la sentencia de 26 de diciembre de 1979, ha declarado que no es preciso que la anuencia del dueño de la obra tenga manifestación documental y en consecuencia no prescribiendo nada en contrario el precepto de que se trata es eficaz la autorización verbal e incluso la tácita, sin olvidar que el problema de si las obras en que se sustenta el pretendido aumento del precio estaban o no autorizadas, constituye o envuelve a la hora del recurso de casación un tema de índole fáctica, de suerte que las conclusiones obtenidas por el Tribunal de Instancia sólo podrán ser de ordinario eficazmente combatidas por el cauce legalmente arbitrado al efecto, es decir, el proporcionado por el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal.

Autorización del propietario comitente. Acto concluyente.—No puede conceptuarse como arbitraria o ilógica la operación razonadora que deduce la conformidad del dueño de la obra a la realización de las mejoras de este significativo hecho de pagar sin otra justificación unas trescientas cincuenta mil pesetas más sobre la cantidad presupuestada de principio. (Sentencia de 31 de marzo de 1982; no ha lugar).

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra para la realización de un edificio de cinco plantas. El presupuesto inicial se fijó en una cifra que sobrepasaba los tres millones de pesetas, pero fue ampliado por el constructor. El propietario comitente le entregó a cuenta más de cuatro millones de pesetas.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda del contratista, en la que reclamaba el pago del coste definitivo de las obras. La Audiencia Territorial revocó este fallo, acogiendo la pretensión del contratista. No prosperó el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia es conforme con la doctrina constante de nuestra jurisprudencia sobre el problema del aumento del costo de la obra, a que se refiere el artículo 1.593 del Código civil. Con buen criterio, nuestro Tribunal Supremo señala que la autorización del propietario a que se refiere el citado precepto puede ser expresa o tácita. Nuestro Tribunal Supremo pone de relieve que el citado artículo no exige que la autorización del propietario conste por escrito, apartándose de lo que afirmaba el artículo 1.534 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.793 del Código civil francés. Nos remitimos a nuestra anotación a la sentencia de 31 de octubre de 1981 (en este ANUARIO, 1981, III, pp. 896-898), donde adoptamos un punto de vista similar al que sigue el Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos, poniendo también de relieve las diferencias que se aprecian entre el artículo 1.593 del Código civil y los artículos 1.534 del Proyecto de 1.851 y 1.739 del Código civil francés. Téngase también en cuenta a las sentencias de 26 de diciembre de 1979 y 17 de diciembre de 1980, que también anotamos en este ANUARIO (1980, IV, pp. 1100-1101 y 1981, III, p. 898), y que adoptan la misma solución que la de la sentencia que anotamos.

A. C. S.

23. *Documento auténtico.*—Este motivo debe claudicar, pues, aparte su falta de claridad, aparece que el documento señalado como auténtico para el efecto de demostrar el error evidente del juzgador, ya éste lo tomó en adecuada consideración, al igual que los complementarios (memoria descriptiva y presupuesto), y por su valoración junto con los demás aportados y con las otras pruebas, estableció las conclusiones fácticas a que se hará seguida referencia, no coincidentes con las pretendidas.

Desestimamiento del dueño de la obra.—Que la facultad de desistir que al dueño de la obra le concede el artículo 1.594 del Código civil ha sido diversamente interpretada en cuanto a su naturaleza, entendiéndose como una excepción frente a lo dispuesto genéricamente en el artículo 1.256 y sujeta por lo mismo a una aplicación restrictiva o ya, contrariamente, como emanada de la propia índole del contrato de empresa y sin carácter excepcional alguno, o como representativa simplemente de una renuncia a la prestación del contratista, o constrictiva de una situación de mora del dueño de la obra que rehúsa la prestación del contratista y cuyos efectos derivan de los principios generales de la mora en aceptar; existiendo empero cierta unanimidad en la determinación de su efectos presidida por la idea de la indemnidad del contratista, o lo que es igual del respecto de la ganancia neta de éste, si la hubiese, o de la menor pérdida, subordinándose su ejercicio al reembolso al empresario de cuantos gastos haya efectuado a los que ha de agregarse una suma pertinente a las ganancias que hubiere obtenido con la terminación de la obra, debiendo puntualizarse en torno a los conceptos de la indemnización debida al mismo que por «gastos» y «trabajos» han de entenderse los originados y realizados, respectivamente, en la parte de obra ejecutada, así jornales, honorarios y materiales invertidos e incorporados, efectuándose la liquidación, si la ejecución fue bajo un precio alzado, valorando la parte hecha en función del precio total, y si es por administración, según el importe que se acredite de dicha parte de obra ejecutada.

Aplicación del artículo 1.594 del Código civil. El concepto de «utilidad».— Debe incluirse en la indemnización todas las utilidades que hubieran podido obtenerse en la obra en su totalidad y no tan sólo en la parte de la misma ya ejecutada al tiempo del desestimiento. La indemnización ha de comprender la «utilidad» total, siendo referible este concepto a toda la que el contratista hubiere podido reportar de la conclusión de la obra y de ahí que la base la haya de suministrar el valor de la obra ejecutada con la adición del pertinente al de la restante obra desistida. (Sentencia de 15 de diciembre de 1981; ha lugar).

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra, por cuya virtud el contratista se comprometió a construir un grupo de edificios con determinadas instalaciones. El comitente desistió unilateralmente a la continuación y terminación de las obras. Por ello, el contratista le demandó, solicitando el pago de una determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y condenó al comitente al pago de más de ocho millones de pesetas. La Audiencia Territorial rebajó el importe de esta cantidad. Contra este fallo recurrieron ambos litigantes.

NOTA.—El artículo 1.594 del Código civil establece diversos criterios para establecer la indemnización debida al contratista en caso de desestimiento unilateral del comitente, que nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia que anotamos, contempla y explica su significado. Entiende que por «gastos» y «trabajos» han de entenderse los originados y realizados en la parte de obra ejecutada, y que la «utilidad» está constituida por toda la ganancia que el contratista hubiera podido obtener de la conclusión total de la obra.

A nuestro juicio, nuestro Tribunal Supremo interpreta el artículo 1.594 de la manera más conveniente para que se consiga la plena indemnidad del contratista, que ha de ser resarcido plenamente de los gastos y trabajos que ha efectuado hasta el momento en que tiene lugar el desestimiento del comitente y además éste ha de recibir una indemnización equivalente a la ganancia que obtendría por su trabajo si se hubiere concluido la obra. La interpretación propuesta por el Tribunal Supremo se acomoda perfectamente a la *ratio* del citado artículo, que se advierte con claridad en su expresivo texto: la indemnidad del contratista. Además, la interpretación del Tribunal Supremo viene confirmada por los antecedentes históricos del artículo 1.594 del Código civil, cuya exposición conviene realizar para mostrar el auténtico sentido del mismo. Este artículo tiene su antecedente más próximo en el artículo 1.533 del Proyecto de 1851, cuyo fundamento es señalado por GARCÍA GOYENA al decir que «ningún perjuicio se irroga por el artículo al arquitecto o empresario, pues se le da todo lo que podría obtener después de concluida la obra» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852, p. 486). Este precepto del Proyecto de 1851 es idéntico al del artículo 1.594 del Código civil y muy similar al del artículo 1.794 del *Code de Napoleón*, en el que, sin lugar a dudas, se inspiraron nuestros codificadores. A su vez, la fuente de este precepto se encuentra en el *droit coutumier* francés, y básicamente en la doctrina de POTHIER (*Traité du contrat du louage*, París, 1861, núms. 440 y siguientes. Edición preparada por BUGNER), que con amplitud expone todas las razones que justifican la facultad de desestimiento del comitente o dueño de la obra y cómo ha de ser indemnizado el contratista. Además de POTHIER otros autores se refieren al problema, destacando BOURJON (*Le droit commun de*

la France et de la coutume de Paris réduits en principes, tomo 2.º, París, 1747, p. 372). Señala BOURJON que se practica en el Châtelet la regla de la indemnización del contratista en caso de desestimiento del dueño de la obra, siendo prudente e inevitable. La incidencia de la doctrina de POTHIER y, en general, de los comentaristas de las costumbres, es indudable en los redactores del *Código de Napoleón*. Así lo destaca MIRON DE L'ESPINAY (*Des entreprises sur devis et marchés en Droit français, these pour le doctorat*, París, 1873, p. 134), que basándose en FENET, señala que la Corte de París insistió para que se tuviera en cuenta la opinión de POTHIER a la hora de la redacción del artículo 1.794 del *Code de Napoleón*, de tenor casi idéntico al del artículo 1.594 de nuestro Código civil.

Parece oportuno subrayar que las opiniones de García Goyena, Pothier, Bourgon y otros autores que podríamos citar, están en la línea de la sentencia que anotamos, lo cual corrobora su acierto. También es un dato significativo que la diferencia más llamativa que se observa entre el artículo 1.594 del Código civil y el artículo 1.794 del *Code de Napoleón*, estriba en que en el primero aparece la expresión «utilidad que pudiera obtener en ella», mientras que en el segundo se señala «et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise», lo cual indica muy bien el sentido que se ha querido dar al término «utilidad» y por tanto el acierto de la sentencia que anotamos.

En el terreno jurisprudencial la sentencia que anotamos es concorde con la de 10 de marzo de 1979, que anotamos en este ANUARIO (1979), IV, pp. 948-949). En cambio, la misma no es coincidente con la de 22 de junio de 1911, en la que se afirma que el artículo 1.594 sólo es aplicable tratándose de la construcción de un edificio u obra por ajuste alzado y ello por su tenor literal y por la relación que guarda con el precedente inmediatamente..., ya que por tener una excepción al derecho común no cabe darle otro alcance que el que consienta el tenor literal del texto. En la sentencia que anotamos, con buen criterio, se afirma la aplicación del citado artículo tanto en las obras por ajuste alzado como por administración. Nos parece acertada esta solución, porque el artículo 1.594 no pone como condición de aplicación que la obra sea por ajuste alzado, sin que tenga mucho sentido la invocación del artículo 1.593, que contempla un problema totalmente diverso.

Como es lógico, en la sentencia que anotamos, nuestro Tribunal Supremo distingue, en lo concerniente a la liquidación, entre ejecución de la obra por ajuste alzado y ejecución por administración. En ambos supuestos tiene sentido la aplicación del artículo 1.594, pero indudablemente el sistema de fijación del precio ha de tenerse en cuenta al determinarse la indemnización debida por el comitente o dueño de la obra al contratista. A. C. S.

24. Autenticidad a los efectos de casación.—Sabido es, por así declararlo constante doctrina jurisprudencial, que carecen de autenticidad a los efectos de casación los elementos probatorios interpretados y valorados por el juzgador, como lo es la prueba de testigos.

Recurso de casación por infracción de ley.—Se da contra el fallo recurrido y no contra sus considerandos, cuando éstos no son premisa obligada de aquél, pues así se desprende claramente del artículo 1.691, causa primera, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de los términos empleados por el artículo 1.692 de la misma, debiendo observarse que cuando el fallo recurrido tiene base suficiente en otros razonamientos jurídicos de la sentencia impugnada que, por sí mismos, justifiquen la parte dispositiva, la casación de la sentencia no puede producirse, puesto que estos razonamientos bastan para llegar a la conclusión del fallo.

Aplicación del artículo 1.591 del Código civil a la promotora-vendedora.— Es indudable que la entidad recurrente reúne la condición de promotor, en el sentido en que la define la sentencia de 11 de octubre de 1974, ya que era la propietaria del solar, constructora y propietaria también de la edificación llevada a efecto en aquél, vendedora de los diversos pisos y locales en régimen de propiedad horizontal y beneficiaria del complejo negocio jurídico, por lo que en este caso, y a los efectos del citado artículo 1.591, «asume la condición de contratista, con las obligaciones y responsabilidades que a éste impone dicho precepto, frente a quienes, por compra posterior, adquirieron de él toda o parte de la obra construida y no queda exonerado de ella por tal enajenación», según declara la mencionada sentencia de 17 de octubre de 1974, ratificando lo que ya declaró de 11 de igual mes y año. (Sentencia de 25 de enero de 1982; no ha lugar).

HECHOS.—Una promotora construyó por sí misma un edificio y posteriormente vendió los locales y viviendas a distintas personas en régimen de propiedad horizontal. Antes de haber transcurrido cinco años de las ventas aparecieron en el edificio graves vicios de construcción, que ocasionaron inundaciones y goteras. Por este motivo, la Comunidad de Propietarios acordó demandar a la promotora, solicitando la subsanación de todos los defectos observados e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo y condenó a la promotora a lo pedido por la Comunidad de Propietarios. No prospera el recurso de casación interpuesto por la promotora.

NOTA.—Estamos ante el supuesto de venta de pisos terminados o «llave en mano» por parte de una promotora. Los pisos vendidos presentan defectos de construcción, que son denunciados por la Comunidad de Propietarios cuando ha transcurrido ya ampliamente el plazo de seis meses que para el ejercicio de las acciones edilicias establece el artículo 1.490 del Código civil. En la sentencia que anotamos nuestro Tribunal Supremo se limita a acoger la doctrina jurisprudencial que arranca de la sentencia de 11 de octubre de 1974, que configura al promotor como vendedor y contratista y de esta manera justifica la aplicación del artículo 1.591, con independencia de que pisos vendidos se encuentren en fase de construcción o estén terminados. En diversos lugares hemos comentado a la citada doctrina jurisprudencial, que ahora acoge la sentencia que anotamos. Nos remitimos, por tanto a nuestros comentarios a las sentencias de 3 de octubre de 1979 (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 194 ss.), 28 de enero de 1980 (en este ANUARIO, 1980 (en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1099-1100). A nuestro juicio, ofrece menos problemas solucionar el problema que presenta la venta de pisos terminados defectuosamente construidos a través de la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento, partiendo de la base de que el promotor se ha ocupado de construir los pisos vendidos y la causa de los vicios se encuentra en su impericia o negligencia, lo cual puede servir de fundamento a la aplicación de los artículos 1.101 y 1.124 del Código civil, que acudir a la normativa del contrato de obra, porque falta precisamente la celebración de este contrato; en rigor existe exclusivamete una compraventa.

25. *Legitimación de los subadquirentes de pisos para ejercitar la acción de responsabilidad decenal.*—Si bien es cierto que la acción fundada en el artículo 1.591 del Código civil, que regula la responsabilidad contractual del arquitecto y del contratista, tan sólo compete a quienes fueron parte en el contrato, es decir, el propietario de la obra y sus causahabientes, también lo es que, de acuerdo con una reciente, pero ya reiterada jurisprudencia, que cristaliza, entre otras, en Sentencias de 25 de octubre de 1975, 1 de abril de 1977 y 3 de octubre de 1979, «los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden a los causahabientes a título particular, que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio jurídico celebrado con el primitivo contratante» y «por lo que concierne al contrato de ejecución de obra la legitimación activa del subadquirente de un piso en régimen de propiedad horizontal para entablar las acciones por prestación defectuosa o vicios en la cosa viene reconocida, con diverso fundamento, por la doctrina de los autores y ha sido proclamada por la Sentencia de 5 de mayo de 1961».

Legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios.—De acuerdo con la doctrina de esta Sala, «el Presidente de la Comunidad está legitimado para ejercer la acción del artículo 1.591 del Código civil, porque el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal le concede la legal representación de la Comunidad, en aquellos supuestos en que los propietarios acordaron en Junta que el Presidente ejerciera la acción, toda vez que el Presidente es propietario de un piso y como propietario de los elementos comunes y cualquier copropietario puede ejercitar las acciones pertinentes en beneficio de la comunidad (Sentencia de 21 de abril de 1981), es obvio que, acordado en Junta por la Comunidad de Propietarios actora, autorizar a su Presidente para formular la correspondiente demanda judicial contra el constructor y demás responsables de aquellas deficiencias, ha de entenderse que aquél se halla legitimado activamente, por lo que deben decaer los motivos primero y segundo del considerando.

Cuestiones de hecho y de derecho.—De acuerdo con una reiterada doctrina de esta Sala mantenida, entre otras muchas, en Sentencia de 15 de abril de 1974, a efectos de casación en pleitos seguidos sobre culpa extracontractual, es necesario distinguir la cuestión de hecho referida a la propia existencia del daño o perjuicio que la genera y a la realidad de la acción u omisión que se impute al demandado, y el problema de derecho, que partiendo de aquellos elementos fácticos se enfrenta con la calificación jurídica de la acción u omisión y que mientras la primera cuestión, por ser de hecho, sólo puede ser traída a casación por el estrecho cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la segunda pone en juego unas veces la aplicación de normas jurídicas y otras, en que se precisa un juicio o comparación de ideas para establecer la comparación de causa a efecto, ha de acudir a las reglas del criterio humano, en cuyos supuestos el número primero del citado artículo ofrece vía apropiada de mayor amplitud que la del número séptimo.

Responsabilidad mancomunada del arquitecto y del constructor.—La división de las obligaciones mancomunadas en partes iguales es no una regla obligatoria impuesta por la ley, sino tal y como aparece del tenor literal del repetido artículo 1.138 del Código civil, una mera presunción de derecho, susceptible de ser desvanecida por la prueba en contrario, y que únicamente operará en aquellos supuestos en los que «del texto de las obligaciones... no resulte otra cosa, sin que, por otra parte, y a mayor abundamiento quepa reputar anómala la postura de la resolución recurrida al distribuir en desigual proporción entre el arquitecto y el constructor demandados la obligación de indemnizar los daños causados a la actora, toda vez que siendo imputables a uno y otro y referidos en un caso al proyecto y en otro a la realización y dirección de las obras, actos en los que medio distinto grado de negligencia por parte de los interesados y que contribuyeron en diferente proporción a la causación de los daños. (Sentencia de 30 de abril de 1982; no ha lugar.)

HECHOS.—Un constructor adquirió por compra el derecho de vuelo sobre un inmueble y construyó por sí mismo dos plantas bajo la dirección de un arquitecto. A consecuencia de las deficientes obras de construcción, aparecieron graves defectos en diversas partes del inmueble. Por este motivo la Comunidad de Propietarios demandó al constructor y al arquitecto exigiéndoles la correspondiente indemnización.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda. No prospera el recurso de casación del constructor.

NOTA.—A) Esta Sentencia es concorde con la dirección jurisprudencial que arranca de la importante Sentencia de 5 de mayo de 1961, que considera al subadquirente de un piso legitimado para ejercitar la acción de responsabilidad decenal (artículo 1.591 del Código civil), subrogándose en la posición jurídica de quien le ha vendido el piso. En la Sentencia que anotamos se citan las Sentencias de 1 de abril de 1977 y 3 de octubre de 1979, que hemos comentado ampliamente en este ANUARIO, exponiendo nuestro punto de vista personal sobre el referido problema (cfr. este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss.; 1980, I, pp. 194 ss.). A las Sentencias citadas por el Tribunal Supremo en la Sentencia que anotamos hay que agregar algunas otras más recientes, como la de 21 de diciembre de 1981, que anotamos en este fascículo del ANUARIO, y la de 20 de febrero de 1981, que anotamos en este ANUARIO (1981, IV, pp. 1102-1104).

B) La legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios para ejercitar la acción de responsabilidad decenal es indudable cuando se cumplen las condiciones señaladas por el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que la solución de la sentencia que anotamos parece plenamente correcta. Nos remitimos a nuestro comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 1979, donde examinamos la cuestión señalada (en este ANUARIO, 1980, I, pp. 199-202, básicamente). También queremos decir que en la citada Sentencia de 21 de diciembre de 1981 se viene a decir lo mismo que en la que estamos anotando.

C) Es interesante subrayar que estamos ante una de las pocas Sentencias que en el marco de la responsabilidad decenal acogen el criterio de la mancomunada. En nuestra anotación a la Sentencia de 9 de octubre de 1981

(en este ANUARIO, 1982, I, pp. 260-261) evidenciamos que la inmensa mayoría de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de los profesionales de la construcción adoptan el criterio de la solidaridad. Sin embargo, es preciso destacar que en algunas Sentencias, como la de 14 de noviembre de 1978, se pone de relieve que sólo cabe la solidaridad cuando el suceso dañoso (la ruina del edificio) ha sido provocado por una acción plural, sin que pueda precisarse la proporción en que cada uno de ambos factores ha influido en la ruina, ocasionada por tal conjunción de causas. Tales circunstancias no se dan en la Sentencia que anotamos, pues, según nuestro Tribunal Supremo, existe una clara individualización de las conductas y un diferente grado de negligencia en la causación del daño.

A. C. S.

26. *Legitimación del Presidente de la Comunidad de Propietarios.*—La deficiencia de cimentación que ha producido los daños en el edificio perjudica a todos los copropietarios dentro de la propiedad horizontal y por tanto el acuerdo de la Junta por mayoría faculta al Presidente de la Comunidad para el ejercicio de la acción que el artículo 1.591 del Código civil establece.

Legitimación de los copropietarios en comunidad para dirigirse contra el arquitecto.—Los copropietarios en comunidad sustituyen al promotor en todos sus derechos y obligaciones. (Sentencia de 21 de diciembre de 1981; ha lugar.)

HECHOS.—En un supuesto de venta de pisos y locales terminados, que presentan vicios causantes de ruina (deficiente cimentación del edificio); el Juez de Primera Instancia absolvió al promotor, al arquitecto y al aparejador, estimando la excepción dilatoria de defecto legal en el momento de proponerse la demanda en representación de la Comunidad de Propietarios. La Audiencia Territorial revocó este fallo, condenando solidariamente al promotor y al arquitecto y absolviendo al aparejador. Prospera el recurso de casación del promotor por considerar el Tribunal Supremo que el único responsable es el arquitecto autor del proyecto.

NOTA.—Esta Sentencia tiene un notable interés, porque en ella se exoneró de toda responsabilidad al promotor-vendedor, considerándose como único responsable al arquitecto que realizó el proyecto. Se viene a evidenciar con toda claridad la necesidad de valorar las conductas individuales de todos los que han intervenido en el proceso de construcción del inmueble vendido en régimen de propiedad horizontal, pudiendo acontecer que no se aprecie que el promotor-vendedor ha actuado con culpa o negligencia y sí, en cambio, otros profesionales, como el arquitecto proyectista, tal como sucede en la Sentencia que anotamos. Naturalmente, en la misma no se plantea la cuestión de la responsabilidad del promotor-vendedor de acuerdo con las normas del Código civil sobre saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida, pues éstas siempre le afectarán durante el plazo de caducidad de seis meses del artículo 1.490, debido a su carácter objetivo (artículo 1.485). También debemos decir que la solución de la Sentencia que anotamos se entiende perfectamente porque el arquitecto proyectista no tiene normalmente la condición de dependiente del promotor-vendedor.

Como resulta que no existe una relación contractual entre el arquitecto proyectista y los compradores de los pisos, es por lo que nuestro Tribunal

Supremo tiene en cuenta la doctrina jurisprudencial que admite la subrogación de los compradores en la posición jurídica del promotor-vendedor a fin de que puedan dirigirse directamente frente al arquitecto proyectista por el cauce del artículo 1.591 del Código civil, pues la responsabilidad decenal tiene naturaleza contractual, como ya hemos afirmado en los comentarios a las Sentencias de 1 de abril de 1977 (en este ANUARIO, 1978, III, pp. 667 ss.) y 20 de febrero de 1981 (en este ANUARIO, 1981, IV, pp. 1102-1104). En estas Sentencias también nuestro Tribunal Supremo, a pesar de que en Primera Instancia se consideró procedente la aplicación del artículo 1.591, confirma el fallo de la Audiencia Territorial, que había revocado el del Juez de Primera Instancia, negando la responsabilidad del promotor-vendedor de acuerdo con el citado precepto.

A. C. S.

27. Sociedad civil para explotación de una cafetería. Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Este error sólo se comete cuando se ha infringido un precepto legal desconociendo a determinada prueba la eficacia que la Ley le concede por estar sometida la valoración probatoria a una norma preestablecida, con necesidad en consecuencia de la cita de la disposición legal que se estima infringida.

Apreciación conjunta de la prueba.—La solución a que llega la Sentencia recurrida, reconociendo que entre recurrente y recurrido se estableció un pacto verbal de sociedad civil, lo hace por apreciación en conjunto de la prueba practicada, que el recurrente trata de destruir mediante apreciaciones y conclusiones derivadas de su particular criterio, que difieren de las del Tribunal «a quo», y de cuyo conjunto probatorio, consistente en documental pública, privada, de confesión y testifical, es sólo un elemento integrante el documento privado invocado y, por tanto, sin posibilidad de ser examinado aisladamente.

Retraso en las aportaciones de un socio.—El hecho de que el recurrido pudiese no estar al corriente en las aportaciones que hubiera de realizar a la sociedad únicamente determinaría la posibilidad de que el otro consocio requiriese a aquél para que lo hiciera, con arreglo a los artículos 1.681 y 1.682 Código civil, pero no para establecer la inexistencia del vínculo social que ya ha nacido, conforme al artículo 1.679 y por el tiempo que señala el artículo 1.680 del propio Código.

Defecto del recurso.—El motivo que acusa la inaplicación del artículo 1.114 Código civil está haciendo supuesto de la cuestión, ya que la sentencia recurrida no contempla la existencia de obligaciones condicionales ni se deduce siquiera esto del propio documento privado en que tanto se apoya el recurrente.

Reparto de pérdidas y ganancias.—La Sala, en contra de lo denunciado, ha aplicado perfectamente el artículo 1.689 Código civil porque, a falta de pacto respecto de pérdidas y ganancias, y concretamente de las respectivas aportaciones de los socios, hay que estimarlo equivalente y con participación igual entre ambos socios.

Nacimiento de la sociedad civil.—No ha habido aplicación indebida del artículo 1.665 Código civil, ya que en da obsta a la existencia de la sociedad el repetido documento privado en el que se hace mención a la posterior formalización de escritura legal de sociedad, desde el momento en que precisamente esa expresión de «formalización de escritura» está claramente pregonando la designación de un mero trámite complementario formal en relación con la sociedad ya convenida y existente entre las partes, conforme al artículo 1.679 del Código. (Sentencia de 2 de junio de 1981; no ha lugar.)

28. *Culpa extracontractual. Muerte al dispararse escopeta abandonada. Concurrencia de culpas.*—En cuanto a la calificación de una conducta como culposa, no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, sino al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta *sub judice* se proyecta y determinar así si el 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, contemplando no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su sentido social, y siendo así han de calificarse de culposas tanto la conducta del demandado como la de la víctima, la del primero, porque no es suficiente para eliminar la negligencia civilmente sancionable dejar una escopeta apoyada en una retama en lugar solitario y alejado, cuando en las proximidades se encuentra una persona de dieciséis años que, aunque cuidaba de un rebaño que era a la sazón su ocupación momentánea, sintió la curiosidad de ir donde el arma estaba, sabiendo que se hallaba cargada, manipulándola con notoria imprudencia, circunstancias que conocía el cazador, para el que ciertamente era bien previsible y evitable el riesgo que creó dejando el arma cargada en lugar conocido por quien después fue a buscarla y originando el desgraciado accidente que cabe, por tanto, imputar no sólo a la impericia y negligencia de un joven de dieciséis años, sino al irreflexivo proceder del cazador.

Inexistencia de caso fortuito.—La Sala apreció indebidamente la existencia de caso fortuito, ya que el suceso al resultado previsible y evitable no cabe encuadrarlo en el ámbito del artículo 1.105 C. c., siendo de admitir la responsabilidad del cazador demandado con el alcance que señalan los artículos 35 núm. 1.º de la Ley de Caza de 4 abril 1970, en relación con el número 1.º del artículo 9.º del Reglamento provisional del Seguro obligatorio de responsabilidad civil, aprobado por Orden de 20 de julio de 1971, por no darse las circunstancias de culpa exclusiva de la víctima o de fuerza mayor que tales preceptos exigen para exonerar al demandado recurrido de su responsabilidad civil. (Sentencia de 23 de marzo de 1982; ha lugar.)

Si bien la casuística de accidentes de caza es muy inferior cuantitativamente a la de accidentes de circulación, parece claro que la normativa establecida por la Ley de 1970 permite aplicar los mismos criterios jurisprudenciales que en el referido ámbito. Resulta indudable que la conducta del cazador que abandona su arma cargada, sin haber puesto el seguro, es parecida a la del conductor que deja el coche en marcha sin haber colocado.

el freno; de aquí que resulta a todas luces improcedente la calificación del hecho por la A. T. de caso fortuito, lo que, además, implica una equiparación legal con la fuerza mayor que es la prevista en el artículo 35 de la Ley de 1970. Por lo demás la culpa de la víctima no se cuestiona, por lo cual se condena al pago de una moderada indemnización de 300.000 pesetas en total.

G. G. C.

29. *Culpa extracontractual. Daños por accidente de "circulación. Prescripción. «Dies a quo».*—El plazo prescriptivo del artículo 1.968, párrafo 2.º, Código civil, ha de computarse no desde que se declaró extinguida la responsabilidad penal, sino desde que efectivamente tal proceso concluyó, y tal actuación ha de entenderse concluida cuando se dicta el auto ejecutivo conforme a las normas que regulan el seguro obligatorio, según el artículo 10 del Texto Refundido de 1968, dado que es precisamente a través de tal auto por el que se permite al perjudicado, con interrupción del plazo para el ejercicio de su derecho, afrontar bien la vía ejecutiva bien la ordinaria, o compatibilizar ambas, esta última de forma subsidiaria, para postular la diferencia indemnizatoria, dentro del módulo cuantitativo que la parte perjudicada estime adecuado, lo que exige un previo conocimiento de la cantidad que se le conceda por el cauce ejecutivo, lo que solamente cabe saber con la notificación del auto de fijación referido. (Sentencia de 29 de marzo de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—Véase la más completa Sentencia de 20 de marzo de 1982.

30. *Culpa extracontractual. Daños por accidente. Prescripción de la acción. «Dies a quo».*—La doctrina de esta Sala, de la que son muestra las Sentencias de 9 de marzo, 2 de julio y 17 de diciembre 1979, 31 de octubre y 5 de noviembre 1981, en las que, aun sin tomar en consideración el problema doctrinal de si es o no aplicable el plazo prescriptivo del año o el más amplio de la extinción de las acciones de rescaramiento, establece que ha de estimarse como errónea el cómputo inicial refiriéndolo a la fecha del auto de sobreseimiento de las acciones penales o a la de su notificación, para fijarlo en las correspondientes al auto ejecutivo preceptivo conforme a las normas que regulan el seguro obligatorio y resultado definitivo de aquél, caso de ser cuestionado. (Sentencia de 17 de marzo de 1982; no ha lugar.)

La precedente doctrina se formula con mayor rigor en Sentencia de 20 de marzo de 1982.

31. *Culpa extracontractual. Daños por accidente de circulación. Prescripción de la acción. «Dies a quo». Interrupción por ejercicio de la acción ejecutiva. Doctrina general.*—Es doctrina claramente sancionada por Sentencias de 17 diciembre 1979 y 22 octubre 1981, la de que, aun siendo dos las acciones que de un mismo suceso dañoso acaecido en el campo viario pueden derivarse, la ejecutiva reglada por Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, y la ordinaria apoyada en la norma-

tiva de la culpa extracontractual, con los bien distintos caracteres que cualitativa y cuantitativamente definen el campo de su respectiva operancia, no puede prescindirse de señalar la recíproca influencia de una respecto de la otra, por cuanto la *causa petenti* es exactamente la misma, lo que puede determinar que los dos procesos se interfieran de seguirse simultáneamente, pues en ambos puede suscitarse la cuestión de la culpa exclusiva de la víctima con la consiguiente posibilidad de decisiones contradictorias, por lo que ha de entenderse que el ejercicio de la acción ejecutiva impide el de la ordinaria a los efectos de la iniciación del cómputo de la prescripción de ésta, o que la utilización de la primera tiene valor interruptivo del curso de prescripción de la segunda con arreglo al artículo 1.973 C. c., interrupción del tracto temporal de la prescripción de la acción aquiliana que opera hasta el momento en que ha obtenido firmeza la sentencia recaída en el procedimiento ejecutivo. (Sentencia de 20 de marzo de 1982; ha lugar.)

32. *Culpa extracontractual. Daños por accidente de circulación relativos a las personas. Seguro de responsabilidad civil ilimitada. Solidaridad. Notoriedad de la doctrina legal que revela de cita. Ley posterior al hecho que se invoca como criterio hermenéutico.*—La acción civil dimanante del contrato de seguro que cubre el riesgo de circulación ostenta, sin más que el acreditamiento hecho de la causalidad y culpabilidad del conductor asegurado en la producción de los daños, el carácter solidario y directo que este Tribunal tiene declarado en Sentencias de que es muestra por todas la de 14 octubre 1969 y la en ella citadas, carácter luego reiterado hasta el punto de alcanzar ya la cota de notoriedad que releva de cualquier cita concreta y, finalmente, consagrado legislativamente por el artículo 76 de la Ley de 8 octubre 1980, cuya cita debe ser hecha aunque cronológicamente no sea del caso enjuiciado. (Sentencia de 31 de marzo de 1982; ha lugar.)

Nunca se ponderará debidamente el importante papel desempeñado por la jurisprudencia de la Sala 1.^a en la configuración de la actual normativa en materia de responsabilidad civil extracontractual, singularmente en lo referente a los accidentes de circulación. Es innegable el carácter de jurisprudencia creadora que ha tenido en muchos puntos, tales como el aquí tratado de la solidaridad entre la entidad aseguradora y el responsable del hecho dañoso. Ante la insistencia en fundamentar recursos desconocedores de tal doctrina jurisprudencial, se utiliza el concepto de «doctrina legal notoria» que ahorra ulteriores citas. Parece pertinente asimismo invocar la *lex posterior* como criterio interpretativo que corrobora la anterior doctrina legal.

G. G. C.

33. *Culpa extracontractual. Rotura de cable subterráneo por retroexcavadora. Responsabilidad compartida y solidaria de la empresa que realizó el replanteo.*—Como recordó la Sentencia de 9 junio 1969, esta materia de la responsabilidad extracontractual ha de tratarse presidiéndola el «saludable rigor que impone la seguridad de personas y cosas», ocurriendo en este caso que aparecen inscritas en la compleja situación jurídica antecedente, con-

ductas fundantes de la común causación del daño o perjuicio y merecedoras de reproche culpabilístico, a nivel de proyecto y de replanteo de la obra proyectada, todo lo cual ha de desembocar en la unidad de responsabilidad frente al perjudicado y en la correlativa unicidad de la prestación de los varios responsables; en particular, la empresa recurrida se reservó expresamente efectuar los replanteos, esto es, según el concepto técnico de esta operación, el volver a plantear, definiéndolo sobre el terreno, el trazado de la zanja, la excavación de la cual era el único trabajo a efectuar ulteriormente por Construcciones B., de tal suerte que ésta y los siguientes intervinientes, hasta el maquinista inclusive, venían compelidos a seguir fielmente, para construirla, los puntos fijados por el equipo de topógrafos dependientes o contratados por la recurrida, habiendo omitido las modificaciones racionalmente impuestas por la realidad de existir instalaciones industriales, y unos diez metros del lugar del siniestro, una torre de la que descendía el cable que se introducía en el suelo. (Sentencia de 4 de mayo de 1982; ha lugar.)

HECHOS.—Durante las obras de construcción de un gaseoducto se produce la rotura de un cable subterráneo de alta tensión que produce la interrupción temporal de trabajo en una empresa. La A. T. condena exclusivamente a la empresa por cuenta de la cual se construye el gaseoducto. El T. S., estimando el recurso interpuesto por ésta, condena además, solidariamente con aquélla, a la responsable del replanteo de las obras. De la prueba practicada aparece, no con la necesaria claridad, la existencia de varios subcontratistas hasta llegar al ejecutor material de la excavación de la zanja en cuya realización se produjeron los daños. La condena en definitiva al dueño de la obra y a la empresa responsable del replanteo, alsolviendo al subcontratista y al ejecutar material del daño, no dejar de causar alguna extrañeza, si bien el T. S. no podía salirse del ámbito objetivo en que se planteaba el recurso. G. G. C.

34. *Culpa extracontractual. Daños producidos por animales. Muerte por acometida de bovinos y caída posterior.*—El artículo 1.905 C. c. bien claramente proclama la responsabilidad, con alcance objetivo, del dueño de los animales, sin más causa de exoneración que la fuerza mayor o la culpa de la víctima, y, por tanto, sin consideración a su personal participación en los hechos, lo que obliga a estimarlo responsable por el solo hecho de poseer o servirse del ganado, cualquiera que sea la persona que lo conduzca en el instante de producirse los hechos dañosos e, incluso, aunque en ese momento, nadie lo maneje.

Solidaridad entre el responsable civil y la entidad aseguradora.—La solidaridad entre el responsable civil y la entidad aseguradora no cesa en base al hecho de que la misma póliza cubre la responsabilidad de otras personas por hechos similares, toda vez que la presencia o ausencia de las mismas en el proceso no altera la corrección de los términos en que la litis se planteó, y, sobre todo, al no ser en ningún caso deudores frente a la parte

actora, no guarda, dicha ausencia, relación alguna con la supuesta violación del artículo 1.144 C. c. (Sentencia de 15 de marzo de 1982; no ha lugar.)

Es unánime la exégesis de la Sala 1.^a en relación con el artículo 1.905 C. c., que esta s. reitera. G. G. C.

35. *Culpa extracontractual. Lesiones producidas por caída en hoyo sin cubrir. Responsabilidad de empresa constructora.*—La existencia en el camino de hoyos que habían sido abiertos para establecer una línea de separación con el terreno colindante, los cuales quedaban a veces el descubierto hasta el siguiente día de su apertura, sin que se colocara sobre ellos alguna plancha de metal, madera o de otra índole, que tapara provisionalmente los agujeros, y sin que en las inmediaciones de los mismos hubiera indicación o señal que advirtiera de su existencia a las personas que pudieran circular por las proximidades, acusan la presencia de una situación de riesgo puesta en marcha por los empleados de la empresa constructora, al alterar, de un día para otro, las características de colindancia del camino, que la propia sentencia califica de uso frecuente, bordeándolo, sin señalización ni advertencia alguna, de los inesperados obstáculos en los que previsiblemente podían suceder desgraciados accidentes.

Caso fortuito.—No procede aplicar la exención de responsabilidad por caso fortuito, dado que la previsibilidad de que un hoyo excavado y no señalizado, de unos 40 cm. de profundidad, aunque sea en propiedad privada, al borde de un camino de frecuente uso, abre un peligro que es perfectamente conjurable con el adecuado cubrimiento protector o señalización al menos de la oquedad existente, y cuya permanencia a cielo abierto revela una falta de diligencia, por omisión de la atención y cuidado que, con arreglo de las circunstancias de cada caso, toda conducta humana interfiriente, tiene el deber de desplegar, aun en el caso de que no hubiese traspasado, en relación al resultado causado, el umbral de lo consciente. (Sentencia de 22 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

La víctima del accidente era un médico neurocirujano que sufrió una caída al pasear por un camino y caer en un hoyo abierto en sus linderos, carente de vallado o señalización, produciéndole una lesión traumática en un tobillo, de la que ha curado con incapacidad parcial. La s. de la A. T., que resulta confirmada al rechazarse el recurso de casación, condeno al pago de una indemnización de medio millón de pesetas a la empresa constructora, al tiempo que declara también la culpa de la víctima.

36. *Culpa extracontractual. Muerte por caída de vehículo en socavón. Presunción de culpas. Insuficiencia de medidas de seguridad.*—La acción u omisión determinante de un daño causante a un tercero se presume siempre culposa, a menos que su autor cumplidamente acredite el actuar cuidadoso y diligente exigido por las circunstancias del caso, sin que el hecho de haber adoptado las medidas reglamentariamente establecidas puedan excluir tal culpabilidad, cuando se revela la insuficiencia de las mismas y que faltó

algo por prevenir, no hallándose, por consecuencia, completa la diligencia, tal como se proclama en s. de 12 febrero 1981, reproduciendo las de 7 enero 1960, 7 abril 1963, 11 marzo 1971 y 22 mayo 1972, a más de 4 de febrero 1976, en la que vino a establecerse que si las garantías para prevenir y evitar los daños previsibles y evitables, no han dado resultado positivo alguno, vienen a demostrar la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia de la diligencia adoptada por el agente.

Culpa compartida.—Al fijarse en la instancia que la culpa de la víctima llega al 50 por 100, a tal fijación se llega en razón a considerar las culpas de análoga entidad, con lo que se hace uso de la facultad de moderar del artículo 1.103 C. c., facultad que, al no ser reglada o imperativa, supone el uso del arbitrio judicial, difícilmente revisable y en todo caso no sustituible por la más interesante posición de la parte, como dijo en ss. de 29 noviembre 1980, 15 abril 1964, 17 enero 1968 y 25 marzo 1970, que autorizan tanto la valoración de las culpas concurrentes, como su cuantitativo reflejo económico. (Sentencia de 11 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

37. *Culpa extracontractual. Negligencia del dueño de la obra. Muerte por caída en garaje en construcción, mal alumbrado. Inexistencia de culpa de la víctima.*—Según constante doctrina jurisprudencial, en materia de culpa extracontractual hay negligencia, civilmente sancionable, en la conducta productora del daño causado, salvo que, aparte la fuerza mayor, el autor de la acción u omisión determinante del mal acredite debidamente haber actuado con el cuidado que requerían las circunstancias de lugar y tiempo (ss. de 20 octubre 1963, 23 marzo 1968 y 11 marzo 1971), y que la negligencia del perjudicado, en la producción del evento dañoso, se ofrezca con caracteres de exclusividad o con tal acusado relieve e intensidad como para absorber a toda otra concurrente, pero sin que, en otro caso, la negligente conducta de aquél permita, sino una cierta compensación traducible, en su caso, en una moderación del montante económico a satisfacer (ss. de 18 mayo 1970 y 6 octubre 1981); doctrina de aplicación al presente caso en que la Constructora demanda, que realizaba las obras de acondicionamiento del garaje comunicado con la casa habitada núm. 1, de la calle Santa Susana, de O., ni había prestado atención al cierre de la puerta que establecía esta comunicación, no obstante su obligación de vigilar dicho acceso, ni había iluminado el rellano a cuyo través se llegaba al garaje en obras, ni colocado balaustrada o defensa alguna que protegiese el desnivel existente entre la zona en construcción y la de acceso, y por el cual desnivel se precipitó el esposo de la recurrente encontrando la muerte en su caída, sin que a la presunta negligencia de la víctima, al adentrarse por una puerta cuyo destino desconocía y caminar en la oscuridad luego, pueda atribuírsele el relieve causal exonerante de aquella otra culpa tan manifiesta de la entidad constructora, ni determinar siquiera minoración alguna de la indemnización solicitada, habida cuenta de su moderación en relación con las circunstancias personales, profesionales y familiares del fallecido. (Sentencia de 18 de marzo de 1982; ha lugar.)

¿Es negligente la conducta de quien penetra por una puerta que no sabe a dónde conduce y camina luego en la oscuridad? La respuesta depende, sin duda, de las circunstancias. En el presente caso un empleado de una tienda de electrodomésticos recibe el encargo de sacar fotos de unos planos, citándosele en el lugar de los hechos. En la demanda se dirigía la acción contra varias personas (la del mandante, la Comunidad de Propietarios por cuya cuenta se hacían las obras y la Constructora), si bien la sentencia sólo condena a esta última. En definitiva, el T. S. viene a decir que tal conducta no resulta culposa ni en orden a reducir el monto de la indemnización, ni mucho menos, en orden a exculpar a la Constructora, como habían entendido la A. T. A mayor abundamiento se añade que la indemnización solicitada — y concedida en primera instancia, de un millón de pesetas— ya era moderada, en atención a las circunstancias de la víctima. G. G. C.

38. *Culpa extracontractual. Daños derivados de accidente de circulación. Proceso penal. Prescripción de la acción civil. «Dies a quo». No del auto que ordena el archivo de las actuaciones, sino del auto ejecutivo.*—Habiéndose seguido en el presente caso diligencias previas de índole penal, es evidente la imposibilidad de ejercitar la acción civil antes de que ese proceso penal termine, en aplicación de los artículos 111 y 114 L. e. crim., lo que necesariamente supone, para que la vía civil quede expedita, la total y absoluta conclusión de dichas diligencias penales; y cuando el procedimiento penal termina sin declaración de responsabilidad y sin que el perjudicado hubiese renunciado a la acción civil, el punto de arranque del plazo prescriptivo ha de colocarse en la fecha de la notificación del auto que fije la cantidad líquida máxima que por esa vía puede reclamarse como indemnización por los daños y perjuicios sufridos y amparados por el segundo obligatorio, infiriéndose que esta resolución judicial se dicta por el órgano jurisdiccional penal y dentro del proceso de esta naturaleza, constituyendo la última actuación del mismo.

Acciones civiles derivadas del hecho dañoso. Preferencia de la ejecutiva sobre la ordinaria. Prescripción de la acción ordinaria.—Como la interferencia entre las acciones civiles que se derivan del mismo hecho dañoso podría dar lugar a decisiones contradictorias, debe tener prioridad la acción ejecutiva, nacida del contrato de seguro obligatorio, sobre la ordinaria, de lo que se deduce la necesidad para el perjudicado de ejercitar antes aquélla y agotar sus trámites hasta la resolución definitiva, a partir de la cual podrá actuarse la ordinaria en el plazo legal; en consecuencia, el plazo de prescripción de la acción ordinaria comenzará a transcurrir a partir de la firmeza de la resolución recaída en el procedimiento ejecutivo, y en todo caso no puede empezar el cómputo de dicho plazo antes de la firmeza del auto ejecutivo, como así lo tiene declarado la jurisprudencia en ss. de 2 febrero y 17 diciembre 1979, 14 octubre 1980, 28 marzo, 22 octubre y 23 noviembre 1981.

Culpa del conductor del vehículo. Mal estado de los neumáticos.—Es culposa la conducta del conductor del vehículo que circula a excesiva velocidad.

no obstante el deficiente estado de las ruedas de aquél, cuyo mal estado de conservación constaba tanto a dicho conductor como a los dueños del mismo. (Sentencia de 1 de marzo de 1982; ha lugar.)

NOTA.—La doctrina de esta s. completa la que, con carácter general, establece la de 20 de marzo de 1982.

39. *Culpa extracontractual. Responsabilidad por el hecho de otro. Culpa «in vigilando» o «in eligendo».* No se da cuando no hay relación de dependencia.—El artículo 1.903 C. c. requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor del acto causante del daño y la empresa demandada (s. 5 julio 1979), y cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar dicho precepto (s. 18 junio 1979), 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 medios inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado la injerencia o participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección, cual acontecía en el caso resuelto por la s. de 17 noviembre 1980. (Sentencia de 4 de enero de 1982; no ha lugar.)

Se reclaman los daños ocasionados por un camión y su remolque que derribaron un puente de propiedad particular, debido a que la altura del remolque sobrepasaba la del puente. Condenado el transportista, se pretende en el recurso, con carácter subsidiario, la condena del dueño de la mercancía transportada que también lo era del remolque, a la que el T. S. no da lugar.

40. *Culpa extracontractual. Muerte por electrocución. Relación de casualidad.*—La sentencia recurrida declara que la causa directa del mortal accidente fundamental y decisiva, fue la conducta del empleado de la recurrente, quien con su reparación incorrecta disminuyó la altura del cable que electrocutó al interfecto; apreciación que mereciendo respeto por imbatida, no hace sino seguir la doctrina más generalizada (ss. de 5 marzo 1913, 22 octubre 1948, 17 enero 1968, 30 enero 1964, etc.) de fijar como causa aquella que, aun concurriendo con otras, es la determinante y decisiva, y que además deba ser especificada en armonía con las circunstancias del caso y el buen sentido, tal como en el presente supuesto debe hacerse si se considera que, sea cual fuere la relación de servidumbre o el respeto de ésta por obra de la construcción del chalet bajo la línea eléctrica, mal podría sentarse que ello fuera la causa decisiva del haber permanecido el cable a la altura primera, y cómo estaba ante de la rotura del poste, todo lo cual lleva a la conclusión del correcto enlace entre la disminución de altura del cable y la muerte por su contacto del fallecido.

Artículo 1.903. Responsabilidad directa del empresario.—La acción derivada del artículo 1.903 C. c. tiene la condición de directa en cuanto puede ser dirigida contra el empresario para exigir la responsabilidad por culpa *in vigilando* o *in eligendo*, pese a que el artículo 1.904 autoriza la repetición contra el dependiente o empleado, por tratarse de una relación interna entre ambos responsables (ss. 30 abril 1960, 16 abril 1968, etc.), bien que haya de exigirse la prueba o realidad del actuar negligente del dependiente o autor material del daño (ss. de 25 octubre 1966, 3 mayo 1967 y 25 octubre 1980), ya que no basta la mera relación de dependencia para sentar la responsabilidad del empresario (ss. de 2 diciembre 1968, 24 febrero 1969 y 25 octubre 1980).

Prueba de la culpabilidad del empresario.—Sin necesidad de acudir a la presunción de culpa que la doctrina y la jurisprudencia (s. de 26 marzo 1981) consideran ínsita en el artículo 1.903 C. c., la sentencia recurrida la ha dejado bien establecida al declarar probado, sin impugnación adecuada, que ha sido el empleado de la empresa recurrente el que realizó la operación de replanteo del poste eléctrico, acortando peligrosamente —con peligro hecho realidad desgraciada— la distancia entre cable de alta tensión y azotea del chalet.

Fundamento común de la responsabilidad contractual y extracontractual. Si bien nuestro C. c. distingue entre daños derivados del incumplimiento de contrato (art. 1.101 y ss.) y los procedentes de culpa extracontractual (art. 1.902 y ss.) por infracción del *alterum non laedere*, amén de la moderna doctrina sobre el riesgo creado por actividades peligrosas, es lo cierto que esas distinciones no eliminan un fundamento común y una misma finalidad reparadora (y en ese sentido las ss. de 24 marzo 1952 y 30 diciembre 1980) que autoriza la aplicación del artículo 1.104 a toda clase de obligaciones en cuanto a la exigencia de responsabilidad reparadora para matizar la responsabilidad en atención a las circunstancias. (Sentencia de 30 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

Pocas veces la oposición a una acción ex artículo 1.902 C. c. se hace basar exclusivamente en la violación por la víctima de un precepto exclusivamente civil, como es el artículo 545 C. c., relativo a la prohibición para el dueño del predio sirviente de menoscabar el uso de una servidumbre de conducción de una línea de alta tensión. Tanto en la instancia, como en el recurso la argumentación fundamental es que el fallecimiento por electrocución al ir a colocar una antena de TV en el tejado fue debido exclusivamente a que la edificación se había levantado violando la referida servidumbre. Pero la s. sigue un concepto de nexo causal que se atribuye a «la doctrina más generalizada» —importante matiz respecto del de «doctrina reiterada»— y que le permite identificar la causa con el hecho de haber realizado obras en la línea que dejaron la misma a un altura no superior a 1,60 metros del tejado. No se nos dice la altura normal de la línea, aunque sí el dato de que un año antes se había producido otra muerte por electrocución en la zona. La demanda de indemnización había prosperado en ambas instancias, y el recurso, con toda justicia, es rechazado.

G. G. C.

4. Derechos reales

41. *Acción de deslinde.*—La acción de deslinde se concede en el Código civil a todo propietario y requiere, como supuestos fundamentales, la titularidad dominical respectiva, por parte del actor y demandado, sobre los predios colindantes, y la confusión de sus linderos en el punto o línea de tangencia; de modo que la acción no es viable cuando los predios estén perfectamente identificados y delimitados.

Abuso de derecho.—El ejercicio del derecho discutido no fue contrario a la buena fe a la equidad, y, en tales circunstancias, no se da abuso de derecho cuando, sin traspasar los límites de aquellos máximos principios, de buena fe y equidad, se pone en marcha el mecanismo judicial para hacer un derecho protegido por la ley, sin intención alguna de dañar. Además, la doctrina del abuso del derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo. (Sentencia 7 de julio de 1980; no ha lugar.)

HECHOS.—Don A. G. G., promueve demanda sobre deslinde y amojonamiento contra los esposos don J. M. C y doña C. T. R., pidiendo que se le reconozca el derecho de deslindar y amojonar unas fincas rústicas colindantes con otra de los demandados a los que debe condenárseles a que estén y pasen por tal declaración y a que, en trámite de ejecución de sentencia, se proceda a tal deslinde y amojonamiento.

Los demandados se oponen alegando fundamentalmente que ya existe línea divisoria entre las fincas mencionadas, pues hay un camino construido en la linde, siendo la línea divisoria el eje de dicho camino.

El Juez de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia estima el recurso de apelación y revoca la sentencia del Juez de Primera Instancia.

42. *Arrendamiento de vivienda. Contrato extintivo realizado por uno solo de los copropietarios. Validez por ser acto de administración.*—Es doctrina jurisprudencial, totalmente concorde con la naturaleza de las cosas, que la concertación y resolución de un contrato de arrendamiento, no es ni puede ser una alteración o disposición de la cosa común —ni jurídica ni material—, sino un simple acto de administración y mejor disfrute, para lo que es suficiente la mayoría del artículo 398 C. c., acreditada en este caso, pues si en el primitivo convenio figura solamente la firma de uno de los copropietarios, no es menos cierto que en todas las actuaciones, incluidas las del presente trámite, aparecen dos que expresamente reconocen su intervención en el contrato, sin que haya constancia en los autos de participaciones desiguales, debiendo, en su consecuencia, regir la norma del par. 2.º del artículo 393 a los efectos del también par. 2.º del artículo 398.

Actuación de un comunero en beneficio de la comunidad.—Es igualmente conocida por lo reiterada la doctrina jurisprudencial que proclama que cual-

quier copropietario puede individualmente —y con más razón si son dos, de los tres comuneros— realizar, con repercusión para el conjunto, todo aquello que reduce en beneficio de la comunidad, como es el supuesto que se contempla de concertar la resolución de un arrendamiento que permitiría, desde el establecimiento de uno en mejores condiciones, hasta la demolición del inmueble y posterior construcción de otro con el que se obtuviesen mayores rendimientos. (Sentencia de 5 de marzo de 1982; no ha lugar.)

Extrañamente es el inquilino de la vivienda el que hace valer el contrato extintivo de su relación arrendaticia, reclamando el pago de la cantidad prometida y poniendo las llaves a su disposición, oponiéndose los copropietarios alegando falta de legitimación al faltar el consentimiento de uno de ellos. Es acertada la doctrina sentada al desestimar el recurso de estos últimos, si bien, en la hipótesis de una pluralidad de arrendatarios y sometido el contrato a la legislación especial, parece al menos dudoso que se aplicara la misma doctrina. No es desdeñable la corriente doctrinal que se opone a la calificación de acto de administración la concertación de un arrendamiento sujeto a leyes especiales. G. G. C.

43. *Propiedad horizontal. Es suficiente el voto de la mayoría de los asistentes a la Junta.*—El caso cuestionado es el de la variación o modificación del sistema de prestación del servicio —primeramente de carbón y actualmente por gasóleo, que no estaba expresamente estipulado lo fuese por el primero de dichos sistemas, por lo que no ha habido modificación alguna de reglas contenidas en el título constitucional de la propiedad horizontal, que aquí, aun dado su carácter extraordinario, no deja de ser un acto de administración y, por otra parte, necesaria, y por ello sólo cabe deducir que esas obras de sustitución del sistema no son más que las necesarias y obligadas para mantener el servicio de calefacción, elemento común que no se ha suprimido ni alterado en sí mismo, aunque resultase obligado la prestación del mismo por el empleo de otro combustible distinto al que se había venido utilizando hasta el deterioro de las calderas, por lo que para llevarlo a efecto sólo era necesario el voto de la mayoría de los asistentes a la Junta convocada al efecto, cuando, como en el presente caso acontece, ésta se celebró en segunda convocatoria, por lo que resulta evidente la inaplicabilidad al presente caso de los preceptos (art. 11 en relación con el 16 de la Ley de Propiedad Horizontal), cuya vulneración se acusa.

HECHOS.—En Junta extraordinaria se acuerda por mayoría sustituir las instalaciones de carbón por otras de gasóleo en el sistema de calefacción. Algunos copropietarios impugnan la decisión de la Junta por entender que hacía falta unanimidad para tomar tal acuerdo.

En Primera Instancia prospera la tesis de los demandantes. La Audiencia Territorial recova este fallo por entender que no hacía falta la unanimidad en el acuerdo. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Conviene destacar que la solución que el Tribunal Supremo da al problema planteado se explica porque no se han modificado las reglas del

título constitutivo al cambiarse el sistema de calefacción. Concretamente se precisa en éstas que «el edificio consta de planta baja, de sótanos, destinada a almacenes comerciales, cuarto de calderas de calefacción, carbonera y cuarto de máquinas de ascensor, y que tiene servicio de ascensor y calefacción central, siendo de hacer constar que el servicio de calefacción, cuyas calderas radican en esta casa, es mancomunado con el de las casas números noventa y noventa y nueve de la misma calle», de lo que deduce el Tribunal Supremo que la calefacción es un servicio común y su supresión llevaría consigo una esencial modificación de un elemento perteneciente a la Comunidad, que afectaría notablemente a los títulos constitutivos de los copropietarios, lo que haría necesaria la unanimidad de votos para que el acuerdo en ese sentido fuese válido, pero no es éste el caso cuestionado en autos, sino el de variación del sistema de prestación del servicio de calefacción, por lo que no ha existido modificación alguna de las reglas contenidas en el título constitucional de la propiedad horizontal. A. C. S.

44. *Documentos auténticos.*—No nos encontramos ante errores fácticos en la apreciación de pruebas que sean evidenciados por documentos auténticos.

Aplicación del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal.—Más acreditado en la recurrida sentencia que en la escritura se hicieron constar las cuotas de participación que correspondían a cada piso o local y que fue otorgada por quien entonces era propietario único, el Juzgador no deja de calificar de «tercero» al actor y recurrente y justificar que aquellos contratos, que califica como promesa de venta o compraventa de cosa futura, no les transmitieron la propiedad a los adquirentes, la que no tuvo lugar sino cuando les fueron otorgadas las correspondientes escrituras públicas de compraventa a virtud de la «traditio ficta», por lo que bien dice que no cabe hablar de que los otorgantes de aquellos compromisos tuvieran que intervenir en la escritura de declaración de obra nueva, como no menos y por lo que en concreto se refiere al actor y recurrente, «estar dispuesto a aceptar la escritura de obra nueva si se incluía a su favor el patio de luces» —motivo principal o conductor del recurso como se dijo—, hay que terminar en el sentido de que si, consecuentemente, se cumplió con los requisitos a los que se refiere el invocado precepto (art. 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal), no puede decirse haya sido violado.

Confesión judicial.—El invocado precepto (art. 1.232 del Código civil en el motivo de recurso, al regular los efectos de la confesión judicial, tanto en uno como en el otro de sus apartados, ha de ser combatido por la vía del número 7.º, más nunca por la del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal. (Sentencia de 10 de noviembre de 1981; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor afirma que adquirió en documento privado un local con una determinada superficie y un patio de luces. A esta pretensión se opone la Comunidad de Propietarios, que además pide en reconvención. No prospera el recurso de casación.

5. Derecho de familia

45. *Matrimonio civil celebrado en Estados Unidos en 1940. Incongruencia.*—El pronunciamiento contenido en la resolución impugnada de que debe procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales, que se tendrá por disuelta desde la fecha de firmeza de la sentencia recurrida, considerando a ambos cónyuges de buena fe, en manera alguna es determinante de incongruencia, al ser mera consecuencia de la nulidad del referido matrimonio solicitada por la propia recurrente, aunque no con el alcance de inexistencia que dicha recurrente pretende.

Incongruencia.—Como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en la reciente Sentencia de 12 de junio de 1981, la finalidad del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la de conseguir la decisión de todas las materias sometidas a juicio, poniendo fin al mismo procesal y sustantivamente, evitando la posibilidad de planteamientos posteriores, que es precisamente lo que se pretende por el aludido pronunciamiento.

Incongruencia.—La alegación de que la Sentencia recurrida no contiene declaración alguna sobre una de las pretensiones, oportunamente deducidas en la demanda reconventional, consistente en que se le adjudicasen ciertos inmuebles adquiridos durante el matrimonio, ha de decaer puesto que el fallo establece el pronunciamiento de absolución a las partes de las restantes pretensiones recíprocamente ejercitadas, o sea, las formuladas distintas de las que acoge y declara, y es sabido que al absolver se resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas en el juicio.

Inexistencia de matrimonio.—Constituye la sanción más grave, originando la desaparición del vínculo matrimonial no sólo para el futuro, sino también para el pasado, encontrándose los esposos transformados retroactivamente en concubinos, los hijos no tendrían la consideración matrimonial, produciéndose en definitiva turbación en el seno de la familia, resultando castigados inocentes y dando base al quebranto de la institución del matrimonio si el fenómeno se produjese con frecuencia.

Clases de invalidez.—La invalidez tiene lugar cuando no reúne un acto las condiciones requeridas por la ley, con la distinción de los actos inválidos en inexistentes, nulos de pleno derecho y anulables, con la característica de inexistencia para los que están faltos de un órgano constitutivo y no responden a su propia definición, de nulidad de pleno derecho para los que, dotados de sus elementos constitutivos, chocan con una regla de orden público, y simple anulabilidad para los que han sido concluidos bajo uno de los vicios del consentimiento tomados en consideración por la ley.

Inexistencia de matrimonio.—Hay que entenderla limitada, a tenor de la normativa que regía al tiempo en que se contrajo el aludido matrimonio, a los casos de no darse diferencia de sexo, de ausencia de consentimiento y de no constitución en la forma exigible.

Nulidad de matrimonio.—El contraído en 7 de septiembre de 1940 en país extranjero por súbdita española y súbdito entonces cubano, ambos católicos bautizados, sin tramitación de expediente de acatolicidad, ni intervención para nada de funcionario de las respectivas nacionalidades, como tampoco inscripción en ninguna representación de éstas, cae bajo la sanción de nulidad, como resultante del carácter imperativo del entonces vigente artículo 42 Código civil, con holgada cabida en el número 4.º del artículo 101 del mismo Cuerpo legal, según tuvo ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 21 de octubre de 1959.

Influencia de la nueva Ley de 7 de julio de 1981.—En nada afecta a esta conclusión la nueva Ley, derivada del artículo 32-1 de la Constitución, porque, según previene la disposición transitoria 2.ª de dicha ley, los hechos que hubiesen tenido lugar o las situaciones creadas con anterioridad a su entrada en vigor producirán los efectos que les reconocen los capítulos seis, siete y ocho del título IV del libro I del Código civil, o sea, en orden a la nulidad, lo dispuesto en el artículo 79, que viene a ser coincidente, con variaciones correctoras de redacción, con el anterior artículo 69, y porque, al no entender esta cláusula (sic) de retroactividad, no tiene ese carácter a tenor de lo prevenido en el artículo 2-3 del Código civil, con la consecuencia de deber de regirse, de conformidad con la Disposición transitoria 1.ª de dicho Cuerpo legal, por la legislación anterior, al tratarse de derecho nacido de hechos realizados bajo su régimen. (Sentencia de 18 de diciembre de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—El interesante supuesto de hecho de esta Sentencia aparece perfectamente sintetizado en el primer considerando de la misma, que merece transcribirse y que dice así:

«Considerando: que son esenciales aspectos de hecho a tener en cuenta, en orden al presente recurso, los siguientes: A) Que don Tomás Ríos Obelleiro y doña Pilar López Júlver, el entonces súbdito cubano y ella súbdita española, católicos bautizados, contrajeron matrimonio civil el siete de septiembre de mil novecientos cuarenta en la ciudad de Atlantic City, New Jersey, de los Estados Unidos de Norteamérica, conforme a la legislación del estado donde tuvo lugar la ceremonia, sin manifestación de acatolicidad, ni intervención de encargado de Registro de sus respectivas nacionalidades ni constancia alguna en ellos, así como que dicho matrimonio, del que no hubo hijos, quedó disuelto en virtud de sentencia dictada en veintiuno de mayo de mil novecientos setenta y tres por el Magistrado-Juez de Primera Instancia de la ciudad de San Cristóbal en la República Dominicana, por consecuencia de demanda de divorcio interpuesta por el esposo don Tomás Ríos Obelleiro, que posteriormente, concretamente el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres, contrajo matrimonio canónico en El Pardo (Madrid) con doña Rosa Leticia Alberti Prada. B) Que en la súplica del escrito de demanda, reiterado en réplica, el demandante, ahora recurrido, don Tomás Ríos Obelleiro, estableció sus pretensiones al reconocimiento de no querer continuar formando parte de la comunidad de bienes cuya titularidad dice ostentar, conjuntamente con la demandada, ahora recurrente, doña Pilar López Júlver, así como a que se declarase la venta en pública subasta de los tres inmuebles que, también en criterio de dicho demandante recurrido, integra la alegada comunidad, por estimarlos de carácter indivisible, distribuyendo entre los pretendidos condóminos, por iguales partes,

el precio que se obtuviese, una vez deducidos los gastos y pagos legítimos realizados por la mencionada demandada recurrente, que no deben ser compensados con los beneficios obtenidos en la explotación de los bienes comunes a partir del mes de mayo de mil novecientos setenta y tres en que dicha demandada recurrente asumió por entero su administración. C) Que en el escrito de contestación a la referida demanda, después de manifestarse en la correspondiente súplica solicitud desestimatoria de las pretensiones formuladas por el citado demandante, ahora recurrido, don Tomás Ríos Obelleiro, se ejercitó por la meritada demandada, ahora recurrente, doña Pilar López Júlvez, reconvencción, reiterada en dúplica, con la súplica a ella referente en el sentido que se declarase nulo y por tanto inexistente el matrimonio civil contraído entre aquéllos, de carácter civil, el día siete de septiembre de mil novecientos cuarenta, en Atlantic City, New Jersey, de los Estados Unidos de Norteamérica, y en consecuencia cuantos actos de orden civil, patrimonial, notarial o registral se hubieren producido desde dicha fecha realizados por los supuestos contrayentes y se declarase la adjudicación a doña Pilar López Júlvez de los bienes inmuebles a que se contrae la certificación del Registro de la Propiedad de Marbella, contenida en el documento número cuatro aportado por el reconvenido don Tomás Ríos Obelleiro con su demanda principal con orden de librar el oportuno testimonio de la correspondiente sentencia al Registrador de la Propiedad de Marbella, para la rectificación de los términos de las antedichas inscripciones registrales, en orden a la supresión por no puestos de los términos «sociedad conyugal», que en las mismas constan, quedando las respectivas inscripciones de los tres inmuebles a que se refieren en nombre y plena exclusiva propiedad dominical y titularidad de las tantas veces aludida doña Pilar López Júlvez. D) Que en el escrito de réplica el demandante reconvenido, ahora recurrido, don Tomás Ríos Obelleiro, después de reiterar lo solicitado en la súplica del escrito de demanda, formuló oposición a la expresada reconvencción, con absolución de lo en ella interesado, en tanto que el Ministerio Fiscal, al que se dio traslado de las pretensiones reconventionales por implicar acción referida al estado civil, se manifestó en el sentido de que se le tuviese por allanado en orden a que se declarase la nulidad del matrimonio civil contraído en Atlantic City, New Jersey, de los Estados Unidos de Norteamérica, el siete de septiembre de mil novecientos cuarenta, entre don Tomás Ríos Obelleiro y doña Pilar López Júlvez. E) Que la Sentencia recurrida, dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid acoge la consecuencia de nulidad del mencionado matrimonio civil, en situación de buena fe determinante de la eficacia de tal unión en el orden patrimonial, con aplicación del régimen económico de la sociedad de gananciales, practicado de hecho durante la vigencia del nexo conyugal. F) Que la resolución impugnada, rechazando la excepción de falta de personalidad aducida por la demandada, ahora recurrente, doña Pilar López Júlvez, desestima la demanda contra ella formulada por don Tomás Ríos Obelleiro, ahora recurrido, y estima en parte la reconvencción planteada, a que se deja hecho referencia, declarando la nulidad del expresado matrimonio contraído entre los meritados demandante y demandado el siete de septiembre de mil novecientos cuarenta, debiendo procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales, que se tendrá por disuelta desde la fecha de firmeza de la Sentencia recurrida considerando a ambos cónyuges de buena fe, y G) Que dicha Sentencia ha sido consentida por el demandante reconvenido tan aludido don Tomás Ríos Obelleiro y el Ministerio Fiscal, que no ejercitaron recurso, por lo que les alcanza con relación a ella firmeza procesal, y ha sido recurrida en casación por alegada infracción de ley y doctrina legal por la precitada demanda reconviniente doña Pilar López Júlvez, cuyo recurso basa en tres motivos, el primero amparado en el número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento civil, por pretendida infracción del artículo trescientos cincuenta y nueve de la misma Ley Procesal, al estimar dicha recurrente que

la Sentencia no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; el segundo, amparado en el número tercero del mismo artículo mil seiscientos noventa y dos de la mencionada Ley Rituaria Civil, «ad cautelam» del anterior, pero con sustantividad propia, también alegada por pretendida infracción de dicho artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender la mencionada recurrente que el fallo de la precitada Sentencia no contiene declaración alguna sobre una de las pretensiones formuladas en la demanda reconvenicional, concretamente la referente a la adjudicación de los bienes inmuebles a la tan aludida doña Pilar López Júlvez, y el tercero, amparado entre el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos del citado ordenamiento procesal civil, al ser del parecer la tan repetida recurrente que la Sala sentenciadora de instancia produce violación, por inaplicación, del artículo seis —antes cuatro— del Código civil, en relación con el artículo cuarenta y dos del mismo Cuerpo legal sustantivo.»

Desde luego, hay varios puntos que llaman la atención en esta exposición de hechos, como son el dejar en el aire la nacionalidad de los litigantes después de su matrimonio —cuestión que tampoco aparece aclarada en los resultandos— o bien que, con olvido de toda regla de Derecho internacional privado, se dé por buena y eficaz una situación de sociedad de gananciales de hecho, aunque exista algún precedente jurisprudencial en este segundo punto. Pero lo más grave es que todavía hay, después de la Constitución y de la reforma del Código civil por la Ley de 7 de julio de 1981, se siga afirmando la nulidad del matrimonio civil de españoles en el extranjero por la catolicidad del contrayente español. Extensamente me ocupé de esta cuestión en un trabajo publicado en este mismo ANUARIO en 1976 (Nulidad de matrimonio civil celebrado en el extranjero por la condición de católico del contrayente español: notas a las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1974, 25 de septiembre de 1974 y 11 de marzo de 1975) y a los razonamientos entonces expuestos me remito. Hoy, en efecto, fuertes argumentos de tipo histórico, sistemático, sociológico y de equidad que obligan a rechazar ese pretendido carácter imperativo del derogado artículo 42 del Código civil, con su consiguiente sanción de nulidad. Y que un matrimonio de esta clase pueda verse afectado de nulidad por defecto de forma, conforme al antiguo artículo 101.4.º del Código, en relación con el 100 del mismo Cuerpo legal, es también una conclusión indefendible después de lo que dispuso al efecto el artículo 73 de la Ley del Registro Civil de 1957. En fin, que la falta de expediente y de inscripción en el Registro acarree la nulidad es igualmente una tesis sin base real ni legal alguna, como creo llegué a demostrar en el estudio citado.

La Dirección General de los Registros ha estimado por el contrario, desde hace muchos años, que los matrimonios de españoles en el extranjero, contraídos en la forma permitida por la «lex loci», son siempre válidos e inscribibles en principio, pudiendo citarse como más importantes, ya antes de la Constitución, la Resolución de 13 de junio de 1978 y, después de aquella, la Resolución de 30 de junio de 1981.

Sobre todo hoy, a la vista de la Ley de 7 de julio de 1981 y de la disposición transitoria 2.ª de la misma, seguir afirmando esa nulidad constituye una interpretación demasiado forzada, como lo prueba la verdadera pirueta que se ve obligado a hacer el último considerando de la Sentencia. Porque si, según esa disposición adicional, hay que aplicar el capítulo sexto del título IV del libro I, que trata de la nulidad del matrimonio, a los hechos que hubiesen tenido lugar o a las situaciones creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 7 de julio de 1981, y el propio considerando aplica retroactivamente el vigente artículo 79 contenido en ese capítulo sexto,

no se comprende cómo es posible, a renglón seguido, dejar de aplicar, dentro del mismo capítulo y con idéntico efecto retroactivo, el artículo 73 del Código que establece las causas taxativas de nulidad del matrimonio, entre los que, claro está, no se encuentra ya el matrimonio de españoles en el extranjero conforme a la ley del lugar de celebración, pues esta forma está, por el contrario, expresamente admitida por el último párrafo del artículo 49 del Código.

Como no todo ha de ser negativo en esta pequeña nota crítica, conviene observar que, dado el estrecho cauce en que se desenvuelve el recurso de casación y como lo único que se discutía era la nulidad o la inexistencia del matrimonio, parece que el Tribunal Supremo no tenía posibilidad para replantear la cuestión decidida en las fases de instancia.

J. D. C.

46. *Separación matrimonial. Determinación de la competencia.*—Las alegaciones del esposo demandado de que hay que tener en cuenta que se solicita también en la demanda incidentalmente la prestación de alimentos, que es una acción personal y que en todo caso la competencia ha de ser atribuida a los Juzgados del domicilio conyugal por tratarse de acción sobre el estado civil, ha de decaer porque, frente a los artículos 62-1.º y 63-21 de la Ley de Enjuiciamiento civil ha de primar el artículo 1.881 de la propia Ley, al amparo del cual se ha instado la separación y que atribuye la competencia al Juez de Primera Instancia del domicilio de la solicitante, sin que a ello obste la petición de alimentos hecha por otrosí, y no incidentalmente, en aplicación de las medidas cautelares que el citado artículo regula.

Separación de hecho y domicilio conyugal.—No importa para nada el domicilio del marido, porque aparte de la letra del artículo 1.881 ha de tenerse en cuenta que existiendo una separación de hecho, consentida por los cónyuges, como se deduce del documento aportado con la demanda, ha de estimarse como domicilio real de la demandante en que actualmente reside, último domicilio conyugal de los litigantes. (Sentencia de 2 de junio de 1981, resolutoria de competencia.)

47. *Pensión alimenticia a mujer casada fijada en las medidas provisionales de separación.*—Una vez que el procedimiento de separación ha sido resuelto por sentencia firme y ejecutoria, que concede la separación y deja sin efecto la medida provisional de prestación de alimentos, de conformidad con lo prevenido en el párrafo primero «in fine» del artículo 1.893 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, queda abierta la vía procesal del juicio de alimentos provisionales que regulan los artículos 1.609 a 1.617 de esta Ley, sin que sea necesario acudir al procedimiento declarativo que corresponda y sin que obste a esta conclusión el criterio de la Sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 1961, que se refería a un caso en el que todavía tenía vigencia legal la medida provisional de alimentos producida en el trámite de medidas provisionales con relación a la mujer casada.

Recurso de casación. Infracción de preceptos procesales.—La improcedencia de éstos como base del recurso de casación, con arreglo al artículo

1.692-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no entra en juego en este caso porque, al entender la Sala sentenciadora de instancia que el procedimiento adecuado no es el de alimentos provisionales, sino el declarativo correspondiente, está estableciendo un vicio no meramente procedimental, sino de ilegitimidad de un juicio que es derivado de las premisas sustantivas que son su obligado supuesto y cuya infracción además ha sido denunciada en el recurso, por inaplicación de los artículos 142, 143, 144, 146 y 147 del Código civil. (Sentencia de 22 de mayo de 1981; ha lugar.)

6. Derecho de Sucesiones

48. *Falta de personalidad del procurador.*—La falta de capacidad procesal del procurador respecto de uno de los actores no presupone la del mismo respecto a los restantes; dicha falta de representación debió ser puesta en conocimiento del tribunal por el procurador que ostentaba la representación del difunto.

Ejercicio de acciones sucesorias en beneficio de los coherederos.—Pudiendo cualquiera de los herederos ejercitar las acciones sucesorias en beneficio de todos, el fallecimiento de uno de ellos no impide la continuación del proceso. (Sentencia de 31 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

M. D. E.

II. DERECHO MERCANTIL

49. *Documento auténtico.*—Al no ser los autos originales de los pleitos documentos auténticos, a los efectos de la casación, con mayor motivo no lo son los testimonios de dichos autos. Además el testimonio que se cita no tiene tampoco el carácter de documento auténtico, por cuanto el mismo es examinado y valorado, en cuanto a sus efectos, en la Sentencia impugnada pretendiendo el recurrente combatir su valor y alcance, y es sabido que lo que no puede pretenderse es la nueva valoración de un medio probatorio si no es dentro de las instancias, pero no en el ámbito del recurso extraordinario de casación, para lo que no existe otra vía que la del número primero del artículo 1.692 con citación del precepto infringido y especificación del concepto en que lo hayan sido. Sólo es auténtico a efectos de la casación, el documento que demuestre por sí, dada su evidencia y notoriedad, la equivocación sufrida por el juzgador, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o que se presten a distintas interpretaciones.

Impugnación de acuerdos sociales.—A la vista de lo normado en los artículos 67 y 68 de la L. S. A., los acuerdos asociativos pueden ser impugnados por dos distintas vías o procedimientos, uno por el específico del artículo 70 de la misma, siempre que se verifique dentro del plazo de cuarenta días a partir de la fecha del acuerdo y el recaído sea contrario a la ley, se oponga a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o más accionistas,

los intereses de la sociedad, y otro, pasado tal plazo, por el proceso declarativo ordinario, únicamente referido a los acuerdos contrarios a la ley. Los acuerdos quedan firmes al no haber sido impugnados por la vía adecuada.

No pueden impugnarse los acuerdos de una junta, de contenido totalmente confirmativo de los que se tomaron en la junta anterior, habiendo pasado con exceso los plazos de impugnación señalados en el artículo 67, en relación con el 68.

Ciertamente puede impugnarse un acuerdo sin necesidad de esperar a que la lesión se produzca, pero no puede entenderse automáticamente causada la lesión por la adopción de aquél. El cumplimiento de la carga procesal de la prueba del resultado lesivo de un acuerdo se le exige al impugnante. (Sentencia de 11 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

M. D. E.

III. DERECHO PROCESAL

50. *Declaraciones fácticas de la Audiencia Territorial.*—Las declaraciones fácticas efectuadas por la Audiencia no han sido combatidas por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que inexcusablemente han de ser respetadas íntegramente y enjuiciado el motivo desde tales asertos.

Régimen de aplicación del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—A) En cuanto al presupuesto de aplicación del artículo puede precisarse que a) la resolución originadora del devengo no tiene que ser firme necesariamente, como el motivo pretende, pues, sobre que el texto sujeto a interpretación señala el día raíz: «desde que aquélla —la resolución— fuere dictada», pasa a contemplar el supuesto de resolución revocada total o parcialmente y en este último caso faculta al Tribunal para mantener el devengo (por la parte de condena no alcanzada por la revocación), lo que «a fortiori» ha de ser desde la fecha de la resolución parcialmente revocada, y b) sobre si la liquidez debe ser anterior a la resolución o proceder de ésta, parece que basta con que la resolución introduzca la liquidez, pues, entenderlo de otro modo dejaría fuera del precepto la fijación de las deudas de valor en resoluciones aún no firmes, muy numerosas en el campo de las obligaciones extracontractuales de resarcimiento de daños, que, desde ahora, originarán el devengo de estos intereses desde el temprano momento procesal en que se expresen o traduzcan en cifras, aunque el pronunciamiento no sea firme y ni siquiera definitivo; B) en cuanto al modo de su aplicación también ocurre puntualizar que a) si la cantidad objeto de la condena no producía intereses desde el momento anterior, con la fecha de la resolución se inicia el de los regulados por el artículo 921 bis, y b) si, por el contrario ya devengaba intereses moratorios, el aspecto de la compatibilidad debe resolverse entendiéndose que los moratorios ordinarios quedan embebidos en los superiores del artículo a partir de la fecha de la resolución, debiendo

distinguirse, por tanto, entre el tiempo anterior a la fecha de la resolución o tiempo de mora ordinaria y tiempo posterior, regido por el artículo 921 bis únicamente; pero si los intereses moratorios ordinarios, por acto u otra causa, aparecieren superiores a los del artículo, prevalecerían aquéllos y, en definitiva y en cualquier caso, el tiempo más elevado; finalmente, C) y en cuanto a la vigencia en el tiempo, también debe rechazarse la tesis del motivo según el cual la reforma abarca únicamente las resoluciones recaídas en juicios iniciados con posterioridad a la vigencia de la ley, que, por publicada el día 10 de enero de 1981, comenzó a regir a las cero horas del día 31 del mismo mes y, por contra, entenderse que la vigencia del nuevo artículo comprende, de una parte todas las resoluciones de fecha posterior al 30 de enero de 1981 y con abstracción de la fecha de inicio de las actuaciones y, de otra, también las dictadas hasta el 30 de enero de 1981 inclusive, si bien no habrá, conforme el nuevo artículo, intereses anteriores al momento de la vigencia y, por tanto, en el caso del recurso, sino desde 31 de enero de 1981, no obstando que la sentencia de primer grado data de 5 de febrero de 1980: interpretación que, atenta a la finalidad perseguida por la reforma, respeta el principio de irretroactividad del punto tercero del artículo 2 del Código civil. (Sentencia de 22 de abril de 1982; no ha lugar.)

NOTA.—En esta sentencia se tiene en cuenta el nuevo artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, evidenciándose su significado y finalidad. Este artículo ha sido introducido por la Ley 77/1980, de 26 de diciembre («B. O. E.» de 10 de enero de 1981), y el mismo está en la línea de procurar que los Tribunales dispensen una tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas, conforme al número 1.º del artículo 24 de la Constitución, según señala la sentencia que anotamos. A. C. S.

51. *Competencia territorial.*—Determinada la competencia territorial, en primer término, por la sumisión expresa, es manifiesto que el pacto de donde fluye requiere una declaración de voluntad mediante la cual los interesados manifiestan su propósito de someterse a un determinado órgano jurisdiccional, manifestación que puede ser realizada mediante apoderamiento. Si las circunstancias concurrentes no permiten abrigar la sospecha de actuación irregular alguna, «prima facie», debe conceptuarse lícita tal actuación a nombre de otro.

Sumisión pactada por poder.—Sería contrario al principio de buena fe proclamado en los artículos 57 del Código de Comercio y 1.258 del Código civil y a la máxima «verdad sabida y buena fe guardada por estilo de mercaderes, sin dar lugar a dilaciones y libelos», sostener que quien ha sido puesto por el demandado en su empresa ganadera para recibir los productos comprados y, por consiguiente, para autorizar con su firma los documentos de entrega, no se halla legitimado para obligarse en cuanto a la usual cláusula de sumisión en las compraventas celebradas con importantes entidades mercantiles que realizan operaciones en masa, máxime cuando la oposición del comprador demandado no descansa en hipotéticos vicios de la sumisión expresa no firmada por él personalmente. (Sentencia de 16 de febrero de 1981.)

52. *Interpretación de los contratos.*—Una reiterada doctrina jurisprudencial tiene establecido que la interpretación de los contratos es facultad privativa del Tribunal de Instancia, sólo revisable en casación cuando de manera clara aparece vulnerado algún precepto legal de los que gobierna esta materia, por lo que el resultado al que aquél llegó habrá de ser mantenido mientras sea lógico y racional, aunque pueda haber alguna duda sobre su rigurosa exactitud.

Informes periciales.—Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, carecen de autenticidad los dictámenes o informes técnicos. Por tanto, la valoración de la prueba pericial, entregada a la libre apreciación del Tribunal de Instancia conforme a las reglas de la sana crítica, queda sustraída a la censura de la casación. Sentencia de 9 de octubre de 1981; no ha lugar.)

53. *Documento auténtico.*—Como nutridísima jurisprudencia de esta Sala viene declarando, documento auténtico es el inadvertido y no el que fue sometido a la apreciación del juzgador de instancia, precisándose además que la literosuficiencia o, lo que es igual, que de su lectura y sin necesidad de interpretaciones o deducciones surja, derechamente, la evidencia de la equivocación padecida.

Error de derecho.—Como es sabido, habiéndolo declarado también nutrida jurisprudencia, tal error consiste y ha de estar representado por el desconocimiento en la sentencia impugnada por el recurso, de la virtualidad atribuida por la ley a un determinado medio probatorio.

Prueba de confesión.—No puede servir, según jurisprudencia también muy reiterada, para viabilizar el recurso al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Error de derecho.—Siendo de derecho el error exige que se exprese, para dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en su artículo 1.729, el concepto de la infracción, incurriéndose así en la causa de inadmisión cuarta del 1.729, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 5 de marzo de 1982; no ha lugar.)

54. *Fundamentos fácticos de la sentencia de instancia.*—Los fundamentos fácticos, al no haber sido atacados por la vía adecuada al efecto del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, han quedado incólumes en casación.

Interpretación de los contratos.—Como al desarrollar el motivo, tratando de fundamentarlo, lo que verifica el recurrente es un alegato de la doctrina contenida en sentencias de esta Sala referentes a la interpretación de los contratos, es obvio que al no acusarse en el mismo la infracción de las normas sobre hermenéutica que los artículos 1.281 y siguientes del Código civil establecen, tal alegato a efectos de casación, deviene inoperante. (Sentencia de 5 de marzo de 1982; no ha lugar.)

55. *Distribución de la carga de la prueba.*—De acuerdo con el principio de distribución de la carga de la prueba, el demandante ha de probar, únicamente, los hechos constitutivos en los que asiente su demanda, carga que ha de estimarse cumplida por el expreso reconocimiento que la demandada hace al contestar y reconvenir. (Sentencia de 10 de marzo de 1980, no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad «Petram, S. A.», demanda a la entidad «Luis Porras, S. A.», en reclamación de 447.774 pesetas y sus intereses, como resto del precio que representaba el importe de unas puertas confeccionadas, por encargo de la demandada, y que, en su día fueron recibidas por ésta sin reparo alguno.

«Luis Porras, S. A.», se opone a la demanda, admitiendo la entrega de las puertas y el importe de las mismas, pero alegando que las relaciones comerciales entre ambas entidades eran muy anteriores a la entrega de las aludidas puertas, y que, con anterioridad, había formulado unos pedidos de la misma naturaleza, pero que no fueron atendidas íntegramente por la actora, razón por la cual pide la desestimación de la demanda y formula reconvencción por 114.240 pesetas, que dice adeudarle la demandante una vez realizadas las oportunas operaciones compensatorias.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia confirma la sentencia apelada.

56. *Acumulación de acciones.*—No se trata de conexión jurídica, sino de otra nota de mera homogeneidad, insuficiente para fundar, según los términos del artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la acumulación efectuada.

Concurrencia de la causa 3.ª de inadmisión del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—Pronto se advierte que, con todo, aparece obvio que no se alcanza, ni con mucho, el límite de las trescientas mil pesetas establecido por el número 1.º del artículo 1.694 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para vedar a las de interés inferior el acceso a la casación cuando el recurso se funda, como aquí ocurre, en infracción de ley y de doctrina legal, de suerte, en definitiva, que improcedentemente admitido el recurso, según lo razonado, por concurrir la causa 3.ª de inadmisión del artículo 1.729, que le alcanza y no le fue aplicada en el trámite oportuno, se transmuta ahora en causa de desestimación que arrastra a todo el recurso. (Sentencia de 22 de marzo de 1982; no ha lugar.)

57. *Límites en el arbitraje de derecho.*—Constreñidos los contratantes y el árbitro por las estipulaciones de la escritura de compromiso, habrá de atenerse a lo pactado para comprobar si entre las facultades otorgadas en el negocio al órgano de arbitraje y los pronunciamientos del laudo hay la necesaria equiparación objetiva fundamental o si por el contrario se ha ocasionado discrepancia.

Interpretación amplia de las facultades arbitrales.—Atendida la finalidad del arbitraje, las cláusulas de la correspondiente escritura no han de ser interpretadas con restricción, sino con toda la amplitud que el conjunto de lo pactado imponga racionalmente para lograr el propósito que llevó a las partes al contrato.

HECHOS: El día 28-6-77, don L. P. M., en nombre propio y como representante de la entidad D. S. L., y don J. R. P., en nombre propio y como representante de la entidad T. S. L., comparecen ante Notario, y para resolver la controversia surgida como consecuencia de la separación del socio don L. P. M. de la entidad T. S. L., nombran árbitro de derecho a don E. L. F., concretándole los puntos sobre los que debe emitir su dictamen.

El día 6-8-79 comparece ante el mismo Notario don E. L. F., dictando el oportuno Laudo comprensivo de las decisiones que estimó procedentes, hallándose entre ellas la obligación de don J. R. P. de satisfacer a don L. P. M. a partir del segundo año el interés anual del 10 por 100 de su saldo deudor de 18.997.097 pesetas.

Notificado a las partes este Laudo, don J. R. P. por sí y en nombre de la entidad T. S. L., interpuso recurso de casación por infracción de ley, de doctrina legal y de nulidad contra el expresado Laudo. (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1981; no ha lugar.)

M. D. E.