

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Juan CADARSO PALAU, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Gabriel GARCIA CANTERO y José Cándido PAZ ARES.

1. DERECHO CIVIL

2. Derecho de la persona

1. *Título nobiliario. Mejor Derecho. Necesidad de instar la nulidad previa de la cesión que produjo desviación del orden sucesorio.*—Según doctrina establecida en Sentencias de 29 mayo 1909, 30 junio 1968, 6 julio 1971, 24 mayo 1961, 9 julio 1965 y 30 junio 1978, cuando como consecuencia de la cesión de un título nobiliario se produce una desviación en el orden sucesorio fundacional o legal, el tercero que pretenda la declaración de su preferente derecho genealógico ha de ejercitar, previa o simultáneamente, la acción de nulidad de tal cesión, porque mientras ésta no sea invalidada, el cesionario y sus causahabientes obtentan *prima facie* una situación de hecho y de derecho merecedora de protección jurídica, que hace inviable la pretensión de preferencia que pueda ejercitar cualquier persona que se crea con mejor derecho; nulidad que resulta imprescindible para impugnar la cesión y que no puede aplicarse de oficio, sin que existan motivos legales para distinguir entre la cesión *inter vivos* y la *mortis causa* a estos efectos, como se deduce de una interpretación finalista de tal doctrina legal que establece la necesidad de impugnar de modo expreso el acto irregular sucesorio, cuya nulidad permita la declaración de mejor derecho, sea cualquiera el vehículo instrumental, ya lo sea la cesión, ya la disposición testamentaria.

Poder del testador para alterar orden sucesorio. Derecho transitorio.—No puede afirmarse que el primer titular de la merced hubiera violado en sus dos testamentos el derecho vigente en 1764, al establecer la vinculación del título al mayorazgo y estatuir el orden de suceder posponiendo la hermana mayor a la menor, a partir de la cual se hizo regular el mayorazgo, y ello con anuencia de la primera, pues así lo autorizaba el derecho entonces vigente, la realidad histórica de aquel momento y la costumbre en vigor, que otorgaba cierta permisibilidad en la transmisión de los títulos, como lo demuestra la cortapisa que a ello opuso la Real Cédula de Carlos IV de 29 abril 1804, según de ello se hizo eco la Sentencia, de 29 mayo 1909, sin perjuicio de añadir que con ello no se conculcaba ni la Ley XL de Toro, que habla de estar a lo dispuesto «por el que primeramente constituyó» el

Mayorazgo, ni la Real Cédula citada, que respetaba la concesión de los títulos a ella anteriores, ni la Ley XL de Toro, que atribuye la posesión civilísima al poseedor según la sucesión prevista en el Mayorazgo, ni la Ley desvinculadora de 1820, que respetó la vinculación de los títulos y mercedes, ni, por último, el art. 12 del R. D. de 27 mayo 1912, que exceptúa del perjuicio de tercero en el supuesto de su aprobación o aceptación.

Prueba indirecta del matrimonio.—Según las Sentencias de 17 noviembre 1973 y 22 marzo 1978, rige en materia nobiliaria un tradicional rigor probatorio, por lo cual obró rectamente el juzgador que no dio fe haciencia a la prueba indirecta relativa a un matrimonio que se dice contraído antes de 1786, basada en un contrato de compraventa y un acta de defunción en los que por modo ocasional se alude a dicho matrimonio. (Sentencia de 24 de febrero de 1981; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

2. *Defecto formal en la interposición del recurso de casación.*—La vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la única adecuada al efecto de sustituir las afirmaciones de la resolución impugnada por aquellas otras que, según las alegaciones de la recurrente, servirían de apoyo para estimar que la obligación primitiva no fue modificada.

Novación extintiva y novación modificativa. Distinción.—Como apunta la sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 1971, la exigencia del artículo 1.204 del Código civil de que para que la novación se produzca se requiere una declaración terminante de las partes, tal exigencia se refiere a la novación considerada en sentido estricto —novación extintiva—, no a la meramente modificativa que el Código civil también admite, habiendo de atenderse para poder realizar con acierto el deslinde de una y otra clase de novación a la voluntad expresa o tácita que hayan exteriorizado las partes y a la significación económica que se introduzca en las obligaciones pre-existentes.

Cláusula penal.—La eficacia de la cláusula penal está subordinada al hecho de que exista incumplimiento de aquella precisa obligación a cuya garantía hubiese sido estipulada la pena. (Sentencia de 27 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—Una cooperativa y una promotora celebran un contrato para la construcción de un edificio. Iniciada la obra, se introducen variaciones en el proyecto inicial que determinan un importante aumento del costo de la obra. La Audiencia Territorial afirma que esto procede, ya que el contrato se ha novado y la cooperativa ha aceptado la revisión del precio de la obra. El Tribunal Supremo confirma este fallo.

NOTA.—En la anotación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1980 (en este ANUARIO, 1981, fasc. 3, p. 198), hemos aludido al problema que se plantea en la sentencia que reseñamos. En esta sentencia y en otras muchas (sentencias de 30 de diciembre de 1935, 29 de abril de 1947, 22 de abril de 1957, 24 de abril de 1959, 26 de enero de 1961, 20 de diciembre de 1960, 5 de marzo de 1965, 6 de noviembre de 1971 y 23 de mayo

de 1980) nuestro Tribunal Supremo, de acuerdo con la opinión dominante en nuestra doctrina (*cfr.*, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1979, pp. 291-292; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I-2, Barcelona, 1976, pp. 458 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1, Madrid, 1980, p. 317; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, pp. 137-138, etc.), ha consagrado la existencia de una novación simplemente modificativa al lado de la extintiva. Como apunta ALBALADEJO (*Loc. cit.*); el alcance práctico de la distinción es muy grande, en cuanto que la obligación será la misma u otra.

Con claridad, la sentencia de 29 de abril de 1947 pone de relieve que es lógico que el Código civil también admita la novación modificativa, porque sólo cabe atribuir el carácter de nueva a la relación obligatoria posterior cuando así lo quieran las partes o se manifieste desde el punto de vista económico esta relación posterior como completamente distinta de la anterior, criterio el indicado que viene a corroborarse con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de diciembre de 1935, en cuanto declara que en los casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación.

Nuestro Tribunal Supremo se basa, también en el texto del artículo 1.207, que da a entender que el Código civil no conoce exclusivamente a la novación extintiva, pues entonces sobraría el «cuándo» con que comienza el precepto, lo que indica la existencia de otra novación que no produce efecto extintivo (sentencias de 29 de abril de 1947, 21 de abril de 1951 y 20 de diciembre de 1960).

A nuestro juicio, tiene razón el Tribunal Supremo. Para saber cuándo existe novación extintiva hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 1.204, que dice: «Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles.» Por tanto, cualquier cambio en la relación obligatoria (no sólo los contenidos en el artículo 1.203) no se opera necesariamente a través del instituto de la novación extintiva. Cuando no se cumplen las condiciones establecidas en el citado precepto, el cambio en la relación obligatoria tendrá lugar a través de una novación meramente modificativa. Surge este tipo de novación, porque las partes no han manifestado su carácter extintivo o porque no existe una incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación que lo sea de todo punto. Esta incompatibilidad existirá, como ha apuntado DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972), basándose en el artículo 1.221 del Anteproyecto de 1888, precedente inmediato del actual artículo 1.204, que hablaba de que las obligaciones habían de ser de todo punto incompatibles por su naturaleza, cuando la nueva obligación pertenece a un tipo distinto de la antigua.

A. C. S.

3. *Resolución de los contratos por incumplimiento. Efectos de la resolución extrajudicial. Alcance retroactivo.*—Si ciertamente es reiterada la doctrina jurisprudencial de que la resolución de las obligaciones sólo puede lograrse, cuando la parte a la que va dirigida no la acepta, mediante su planteamiento ante los Tribunales, ello no quiere decir que planteada ante ellos y reconocida la situación de incumplimiento alegada, no pueda producir su normal efecto al tiempo en que se ejercitó y llevó a cabo extrajudicialmente por el cumplidor, y en consecuencia para que a partir de entonces y con alcance retroactivo cesen sus efectos, sin posibilidad por tanto de formular reclamaciones que vienen determinadas al tiempo posterior o cuando las causas de incumplimiento se produjeron, pues lo contrario significaría dar vida a lo que se reconoce no la tenía jurídicamente,

conduciendo al absurdo de que se mantuviesen efectos y consecuencias a lo que se reconoce no los tiene por haber cesado por la voluntad del contratante cumplidor, ya que el incumplimiento libera al cumplidor de sus compromisos, de tal manera que la extinción de la relación contractual, sobrevinida como consecuencia de la aplicación del artículo 1.124 del C. c., produce sus efectos no sólo para el tiempo venidero, sino con alcance retroactivo, por virtud del cual se ha de volver al estado jurídico preexistente, lo que implica que tal resultado no puede entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, pues ello conduciría a proteger un enriquecimiento injusto; y mayormente, bajo un aspecto, habida cuenta de que la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 del C. c. en manera alguna puede reclamarse del que vino cumpliendo adecuadamente sus obligaciones contractuales; y, bajo otro aspecto, por la circunstancia de que una cosa es el reconocimiento judicial de existencia de incumplimiento contractual, ante la discrepancia al particular de las partes, y otra los efectos y alcance retroactivo de ese reconocimiento. (Sentencia de 20 de junio de 1980; ha lugar.)

NOTA.—Mediante contrato de fecha 1 de diciembre de 1973, el Gran Hospital de la Beneficencia General del Estado concedió a los actores, hoy recurridos, la explotación del servicio de cafetería en el interior de las dependencias hospitalarias. Como consecuencia de graves deficiencias en el servicio que se reputaron incumplimiento contractual, el director administrativo del Gran Hospital comunicó a los actores, mediante carta de fecha 30 de enero de 1975, la resolución del contrato con efectos de 1 de marzo, fecha a partir de la cual deberían desalojar los locales. Los concesionarios demandaron a la Administración Institucional de la Sanidad Nacional, en reclamación de los daños y perjuicios causados por esta improcedencia—a su juicio—resolución unilateral. La demanda fue estimada en lo sustancial en Primera Instancia. En apelación, con sólo reducción de la cifra indemnizatoria, la sentencia de primer grado fue confirmada en lo demás. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada.

Un tanto compleja y amalgamada resulta la respuesta que se da a la cuestión central enjuiciada, que no es otra que la de la eficacia de la resolución extrajudicial por incumplimiento de contrato bilateral. La decisión se teje con diferentes hilos argumentales, comprendiendo alusiones a la retroactividad, al juego de la *exceptio inadimpleti*, al enriquecimiento injusto, y concluyendo con la constatación de una diferencia por vía de petición de principio, al advertir que «una cosa es el reconocimiento judicial de existencia de incumplimiento contractual, ante la discrepancia de las partes, y otra los efectos y alcance retroactivo de ese reconocimiento».

Que la resolución ex artículo 1.124 del C. c. opera retroactivamente es algo que cabe considerar pacífico, pero en el caso que se contempla poco ayuda a resolver la cuestión planteada, pues tanto cabe predicar tal efecto del ejercicio judicial de la facultad resolutoria como de su ejercicio extrajudicial (y se trata de saber, precisamente si éste es posible, aunque la otra parte no se allane). Se razona, además, que el incumplimiento libera al cumplidor de sus compromisos, y aun se añade que la indemnización del artículo 1.101 no puede reclamarse del que vino cumpliendo adecuadamente sus obligaciones contractuales, con lo que, prescindiendo de la obviedad que esto último implica, hay una evocación bastante clara del juego de la *exceptio inadimpleti*; tampoco aquí se aborda de frente la cuestión suscitada, pues mientras esta excepción presupone la paralización de la exigibilidad

de obligaciones derivadas de un contrato que está vigente, la pregunta por la eficacia de la resolución extrajudicial atañe precisamente a la eficacia *extintiva*. Situados en esta perspectiva, la Sentencia que se anota ha dejado en la penumbra ciertos elementos decisivos de la relación fáctica. Un Resultado demasiado sintético impide conocer con claridad en qué fundaron los actores su pretensión indemnizatoria. No parece haber sido la mera declaración resolutoria: les habría bastado desconocerla y continuar en la explotación objeto del contrato (otra cosa implicaría propiamente un allanamiento, y entonces no habría cuestión). Cabe conjeturar que hubo un desalojo de algún modo «coactivo» de los locales objeto del contrato, supuesto que reviste singular complejidad, dado que el carácter público del ente concedente evoca una suerte de desahucio administrativo, por otra parte de muy dudosa procedencia si se atiende a la naturaleza jurídico-privada de la relación litigiosa. Pero si se prescinde de esta hipótesis, que en la Sentencia no aparece en absoluto suscitada, el fondo del problema se ofrece nítido: un efecto de ese tipo en modo alguno podría ir aparejado a la mera resolución extrajudicial. Si ésta es eficaz (y lo ha de ser, lógicamente, si la posterior decisión judicial se limita a declarar que estuvo bien hecha), ello significa que la relación contractual queda por su virtud extinguida, y esta extinción comporta, desde luego, la liberalización (y no mera suspensión o inexigibilidad, para lo que bastaría la *exceptio madimpleti*) de las obligaciones del cumplidor. Para los efectos restitutorios, por el contrario, será menester acudir a la vía judicial: cualquier otra será, en rigor, una *vía de hecho*. ¿La hubo en el caso de la litis?

El tema tratado aún se complica más si se tiene en cuenta que, en el caso, mediaba una condición resolutoria expresa, aunque en términos tales que, cual se transcribe en el segundo motivo del recurso y en el tercer Considerando de la sentencia, resulta de muy dudosa inteligencia: «el incumplimiento de cualquiera de las condiciones señaladas en este contrato, aparecerá la aplicación (*sic*) del contrato incumplido». Supuesto que por aplicación entendamos «resolución», no puede dejar de anotarse la curiosa fundamentación jurídica invocada por la entidad recurrente en los dos motivos que merecieron resolución estimatoria. Según el motivo segundo, la sentencia de instancia, desconociendo la eficacia de la resolución extrajudicial, incurría en violación del artículo 1.281, párrafo 1.º, del C. c., y de la doctrina legal que consagra el principio jurídico «*pacta sunt servanda*»; la misma violación de los indicados artículos y párrafo se vuelve a denunciar, yuxtapuesta a la interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 1.124 del C. c., en el motivo tercero. Curiosa resulta la fundamentación esgrimida, pues mal encaja la invocación de un precepto, como problema de interpretación. Prescindiendo de ello, y en cuanto al fondo de la cuestión suscitada, no parece que la solución sobre la eficacia de la declaración resolutoria extrajudicial hubiera de variar por el hecho de que se funde en lo convenido o bien en la norma legal específicamente aplicable al caso, que es la del artículo 1.124.

J. C. P.

4. *Mora del deudor. No procede si hay «plus petitio»*.—La mora se hubiera producido si el vendedor se hubiera negado a entregar lo realmente pactado, pero no incurre en ella si se le ha pedido más de lo debido.

Mora en las obligaciones recíprocas. Cláusula penal.—El muto incumplimiento de obligaciones recíprocas impide que el demandante pueda acusar la mora de su contradictor y pretender la aplicación de una cláusula penal devenida inoperante e ineficaz atendida su propia conducta incumplidora, conforme proclaman las SS. de 31 de octubre de 1922, 9 de febrero de 1934 y 5 de noviembre de 1956, y cuando, a mayor abundamiento, su exigibilidad viene condicionada por el 1.152, párrafo 2.º, C. c., a que fuera

exigible conforme a las disposiciones del Código. (Sentencia de 11 de diciembre de 1980; *ha lugar*).

5. *Facultad moderadora del juez.*—Con todo lo cual se da cumplimiento no sólo al espíritu que informa la facultad moderadora que el artículo 1.103 del Código civil concede al juez, facultad que al no ser relegada o imperativa supone el uso de un justo arbitrio judicial, difícilmente revisable y en todo caso no sustituible por el criterio más interesado de la parte, sino que también se obedece a la doctrina jurisprudencial que autoriza tanto la valoración de las culpas concurrentes como su reflejo económico cuantitativo, y si bien esa citada jurisprudencia autoriza a esta Sala a revisar en casación los aspectos cualitativo y cuantitativo de esas culpas, ello sólo será procedente en el supuesto, que aquí no se da, de una incorrecta valoración de la sentencia de instancia.

Inaplicación del artículo 1.903 del Código civil.—La Sala de instancia no tiene por qué aplicar el susodicho precepto legal, relativo a la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, en tanto que la exigida en el pleito y declarada en la sentencia es la responsabilidad directa y en primer grado exigible a la corporación recurrente por su actuar culposo, independientemente de la actuación mediata de sus funcionarios y empleados y de su interna repercusión, según doctrina que con más pormenor se estableció en la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 1980. (Sentencia de 29 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—Como consecuencia de una descarga eléctrica se produjo la muerte de un peón especializado en la construcción. En la demanda, los herederos del fallecido alegan la responsabilidad solidaria del contratista de las obras, de la empresa distribuidora de electricidad y del ayuntamiento. El Juzgado condenó solidariamente a los demandados a pagar un millón de pesetas. La Audiencia Territorial confirmó este fallo, pero rebajó la cuantía de la indemnización. En el primer motivo del recurso de casación, el Ayuntamiento alegó que la muerte se produjo exclusivamente por la conducta negligente del peón. También señaló que había cumplido todas las normas legales cuando concedió la licencia de obras. No prosperó este recurso.

NOTA.—En esta sentencia se explica brevemente el significado del inciso final del artículo 1.103 del Código civil. Se destaca que estamos en presencia de una facultad moderadora del juez; no de un deber. No cabe duda—pensamos nosotros—de que el juez puede actuar de oficio en el ejercicio de esta facultad. Su ejercicio supone un justo arbitrio judicial. Por tanto, la equidad es el criterio que debe guiar al juez en cada caso concreto. Esto implica que habrá de valorar las circunstancias que concurren en el mismo. El artículo 1.726 del Código civil responde claramente a este fundamento, al establecer que la culpa del mandatario puede ser estimada con mayor o menor rigor teniendo en cuenta el carácter gratuito o retribuido del mandato. Naturalmente, como apunta la sentencia anotada, una incorrecta valoración por el juez justifica el correspondiente recurso.

A. C. S.

6. *Interpretación de los contratos. Actos coetáneos y posteriores. Interpretación y prueba.*—Lo que no puede hacer el recurrente es, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., en que denuncia inaplicación del artículo 1.282 del C. c., combatir la prueba, aduciendo actos coetáneos y posteriores que el juzgador valoró oportunamente, por lo que no dejó de tener en cuenta el precepto que se cita como infringido.

Defectos del recurso. Contenido extraño al motivo.—Un motivo en el que se denuncia inaplicación del artículo 1.282 del C. c., no puede fundamentarse, además, en la ausencia de los requisitos necesarios para la existencia de la simulación, tema que es ajeno o extraño al contenido de aquél. (Sentencia de 31 de mayo de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Resulta equívoca la razón que se aduce en la primera parte para rechazar el motivo, pues el recurrente no combatía en él propiamente la prueba, sino la interpretación misma, a base de dos cartas cuyo significado tendría—en tesis del recurrente—mayor trascendencia que la que el juzgador les atribuyó. Fijación de los hechos e interpretación aparecen, una vez más, como zonas tangentes no suficientemente discernidas. Cosa distinta es que, ya por una desafortunada elección del concepto de infracción, ya en aras de la preferencia que reiteradamente se reconoce a toda interpretación sentada en la instancia, mientras no resulte ilógica o absurda, el motivo mereciera ser rechazado.

En el caso, se trataba de un *arrendamiento simulado como opción de compra*, simulación que fue impugnada con éxito. De especial interés, al respecto, resulta el Considerando 4.º de la Sentencia anotada, en el que se recogen los principales indicios simulatorios, pero que por ser mera base fáctica establecida en la instancia y no impugnada adecuadamente, no se recoge arriba como doctrina: «Qué el Juzgador de Instancia parte principalmente del propio contrato examinado y trata de descifrar la intención de los contratantes de las propias cláusulas del mismo, y así (...), para convenir una opción de compra se formalizan una serie de estipulaciones detalladas en unos puntos como el pago mensual, la fianza del importe de una mensualidad, el uso concedido y ocupación efectiva, los pagos de luz, etc., que realmente no son propios, lógicos ni normales de un simple contrato de opción de compra, siendo más bien de los que se estipulan en un contrato de arrendamiento; (...) en el portal de la casa había puesto un anuncio de alquiler del piso que permaneció hasta que lo ocupó el demandado, que igualmente se publicó en el diario «ABC» un anuncio de alquiler del piso (...); siendo el propietario el que pagaba todos los gastos de la comunidad de propietarios, mientras el demandado abonaba sólo los que implicaba el uso de la vivienda (...).

J. C. P.

7. *Compraventa. Determinación del objeto.*—Aunque no se determinó el número de plantas, el objeto de la compraventa fue la totalidad de aquellas existentes en el vivero de procedencia, cantidad que fue posible determinar sin necesidad de nuevo convenio, cumpliendo así el requisito exigido por el artículo 1.273 del C. c.

Requisito del contrato. Apreciación de su existencia.—Es cuestión de hecho de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia.

Letra de cambio y acción causal ordinaria. Prescripción.—No es aplicable el plazo de tres años del artículo 950 del C. c. cuando se ejercita la acción declarativa ordinaria, derivada de un contrato de Compraventa, y no la cambiaria dimanante del contrato cambiario.

Calificación de los contratos.—Es facultad privativa del Tribunal de instancia la calificación y determinación de la naturaleza de los contratos, conforme a la realidad de los hechos y a los términos de lo convenido (Sentencias de 13 de octubre de 1962 y 26 de octubre de 1978, entre otras), y su criterio ha de prevalecer en casación, siendo rechazable solamente cuando, formalmente impugnada, resultare ilógica por su evidente infracción de las reglas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del C. c.

Compraventa mercantil. Acción de reclamación del precio. Prescripción.—Como el comprador adquirió las plantas para revenderlas con ánimo de lucrarse en la reventa, y tratándose, por tanto, de un contrato mercantil, conforme al artículo 325 del C. c., el plazo de prescripción de las acciones derivadas del mismo, como lo es la ejercitada en la demanda (reclamación del precio), según el artículo 943, en relación con el 50 de dicho Código mercantil, al no tener señalado un plazo de prescripción determinado, ha de regirse por las disposiciones del Derecho común, y tratándose de una acción personal sin plazo de prescripción, le corresponde el plazo prescriptivo de quince años, según dispone el 1.964 del C. c. (Sentencia de 30 de mayo de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—La delicadísima relación entre los temas de hecho y de derecho en la casación aparece aquí de nuevo planteada. La afirmación de que la concurrencia de los requisitos del contrato (en el caso de la Sentencia anotada, el objeto y la causa) es cuestión de puro hecho, de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, simplifica en exceso la cuestión, pues ésta no envuelve sólo—o no siempre—datos puramente fácticos, sino también aspectos inequívocamente jurídicos cuyo deslinde no por delicado deja de ser necesario. Al razonar la propia Sentencia que en el contrato litigioso concurría la causa típica de la compraventa, «por cuanto el recurrente adquirió las plantas y se obligó a satisfacer por ellas el precio convenido» considerando 5.º), es claro que se está pronunciando sobre unos hechos, ya fijados previamente, que califica y confronta con la norma positiva: esto es un juicio de derecho. Por lo demás, la distinción de que se trata está presente en la declaración, mucho más correcta y precisa, de la Sentencia de 15 de mayo de 1970 que la aquí cita expresamente), según la cual lo privativo de la instancia es meramente «la estimación de los elementos de hecho sobre los que han de basarse la deducción y declaraciones relativas a la existencia de causa». También en decisiones anteriores aparece paladino el doble aspecto, fáctico y jurídico, de la cuestión examinada: aunque «la estimación de los elementos de hecho sobre que ha de basarse la deducción y declaraciones relativas a la existencia de la causa», sin embargo «la conceptualización jurídica de la causa puede ser revisada en casación» (Sentencia de 29 de octubre de 1960, reproduciendo lo dicho por la de 2 de abril de 1941, y otras anteriores).

Merece asimismo comentario la equiparación que la Sentencia hace de los conceptos de *interpretación* y *calificación* de los contratos, cuya distinción aparece clara, por el contrario, en las Sentencias de 30 de abril de 1964, 23 de noviembre de 1965 y 27 de octubre de 1966 (las recoge y explica DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 76). En cambio, las Sentencias citadas por la que se anota no tienen el sentido que ésta les atribuye: la de 26 de octubre de 1978 se refiere exclusivamente a la interpretación (no a la calificación), y la de 13 de octubre de 1962, al decir que «los contratos son los que son, pese al nombre que las partes les asignen, correspondiendo a los Tribunales el calificarlos y el determinar su naturaleza y consecuencias, conforme a la realidad de los hechos y a los tér-

minos de lo estipulado», no entra precisamente en la cuestión de la revivibilidad en casación de la calificación establecida en la instancia, sino sólo en el carácter no vinculante del «nomen» dado por las partes. Más aún, en esta decisión el Tribunal Supremo entra a fondo en el problema de calificación suscitado por el recurrente (quien, por otra parte, denunció correctamente la infracción, no de las normas legales sobre interpretación, sino de las reguladoras del tipo pretendido), razonando en pro de la calificación combatida con argumentos específicos, entre los que no se encuentra el invocado por la Sentencia que aquí se anota.

J. C. P.

8. *Compraventa. Limitaciones urbanísticas de la finca en virtud de un Plan parcial de urbanización aprobado con posterioridad a la venta. No es aplicable el art. 1.485 del C. c.*—El párrafo segundo del artículo 1.485 del C. c. libera de toda obligación de saneamiento por vicios ocultos, en el supuesto de que se trate de tales vicios, que no existían en el momento de la contratación, sino que sobrevinieron con posterioridad.

Error de hecho y de derecho. Defectos del recurso.—Carece de la necesaria claridad y precisión el motivo que, planteándose como «error de hecho», lo que en realidad denuncia es un error de derecho en la valoración de las pruebas, sin precisar tampoco el concepto en que han sido infringidos los artículos que al efecto cita. (Sentencia de 28 de junio de 1979; no ha lugar.)

9. *Compraventa única con entrega fraccionada. Calificación del contrato.*—No se trata de un contrato atípico de suministro, o de compraventa por suministro, con prestaciones repetidas y autónomas, aunque conexas entre sí, sino de un ordinario contrato de compraventa con prestación única por parte del vendedor, con la modalidad en cuanto a la entrega de que ésta se ha realizado de manera fraccionada o repartida, a lo largo de un período de tiempo, sin embargo de esa unicidad del objeto y en principio del precio, lo que no es obstáculo a que los sujetos puedan libremente elevarse éste en cierto momento de la ejecución.

Aumento de Precio. Consentimiento del comprador. Presunciones. Entra en los límites de la prudente ponderación de las circunstancias, según una estimación usual, entender que, mostrada conformidad, una vez surgida la discrepancia entre los contratantes, al incremento del precio para una determinada partida, la misma elevación rige respecto de las siguientes, recibidas por el comprador sin protesta, no obstante la persistencia en el cambio de precio facturado.

Declaración tácita.—No se trata de un supuesto en que el estricto silencio se admite como medio de manifestación de la voluntad negocial, sino de una declaración tácita dimanante de actos positivos concluyentes, de los que fluye implícita la aquiescencia, atendida la práctica comercial en el comercio y la concreta situación precedente.

Novación modificativa tácita.—Si aun en las hipótesis de novación extintiva, o novación propiamente dicha, no está sometido el acto novatorio a especiales exigencias de forma, sino que rige el principio general de libertad, por lo que es operante la novación tácita cuando pueda ser presumida por actos de inequívoca significación (SS. de 24 enero 1962 y 3 mar-

zo 1966), con mayor fundamento ha de ser aplicada tal tesis a la expresión de la voluntad dirigida a una novación simplemente modificativa, como en el presente caso en que el Tribunal ponderó la conducta de ambos contratantes, y en particular la del comprador, para deducir racionalmente de sus actos la prestación de conformidad al incremento de precio por lo que atañe a las remesas pendientes de entrega. (Sentencia de 27 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

10. *Artículo 1.124 del C. c. Resolución pretendida por contratante incumplidor, con base en incumplimiento anterior del otro. Aspectos de hecho no combatidos por la vía adecuada.*—Si ciertamente, como tiene reconocido esta Sala en Sentencia de 22 de marzo de 1950, puede pedir la resolución contractual el contratante que ha incumplido por causa del incumplimiento anterior del otro, sin embargo, en este caso no se ha acreditado ese incumplimiento anterior, aspecto de hecho inalterable en casación al no haber sido desvirtuado por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

Artículo 1.484 del C. c. Saneamiento. Prueba de los defectos.—Para que la obligación de saneamiento pueda tener lugar se precisa la justificación de defectos atribuibles a aquel contra quien la pretensión es dirigida.

Artículo 1.101 del C. c. Indemnización de daños y prueba de la culpa.—La indemnización de daños y perjuicios derivada del artículo 1.101 del C. c. precisa la justificación de un comportamiento culposo o negligente imputable al demandado.

Casación. Defectos del recurso.—Falta a la claridad y precisión exigidas por el artículo 1.720 de la L. E. C. el motivo que cita dos conceptos de infracción de índole incompatible, como son la referencia a interpretación y aplicación.

Error de derecho. No puede fundarse en el artículo 1.124 del C. c.—Pues este precepto, al no establecer un medio de prueba tasada, es extraño a esa finalidad.

Cuestiones nuevas.—No son susceptibles de examen y decisión en casación las cuestiones que no fueron oportunamente propuestas en el pleito. (Sentencias de 11 de mayo de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Versó el litigio sobre los defectos de una cisterna para camión construida por encargo del demandado. El fabricante vendedor reclamó a éste la parte de precio impagada, y el demandado reconvino pidiendo la resolución del contrato más la indemnización de los daños y perjuicios. En Primera instancia fracasó la demanda y prosperó parcialmente la reconvencción. La Audiencia estima la apelación, condenando al demandado y absolviendo al actor reconvenido. Recurrió en casación el demandado. El supuesto se sitúa en esa conflictiva zona de fronteras entre el contrato de compraventa y el de obra. Si el objeto de la venta es una «res nova» a fabricar por el vendedor, no es fácil la subsunción pura y simple en uno de los dos tipos. En todo caso, se puede afirmar que, junto al «dare» típico de la compraventa, concurre una prestación de hacer a cargo del vendedor fabricante. Pero la cuestión más espinosa estriba en decidir el régimen de responsabilidad, lo que es especialmente grave dada la deficiencia normativa que—en el concreto aspecto de la garantía por vicios—presenta el contrato de obra en nuestro Derecho. Son conocidas, sobre

todo, las dificultades suscitadas en torno a la aplicación de los límites temporales que rigen para el saneamiento en la compraventa, aunque este tema no se planteó concretamente en la Sentencia que se anota. Si son llamativas, en otro aspecto, las declaraciones que de ésta arriba se extraen. Exigir, para el saneamiento, «la justificación de defectos atribuibles» al fabricante vendedor denota un «plus» que parece sobreañadirse al régimen legal, pues en éste basta la aparición de defectos originarios (anteriores a la venta) dentro del plazo legal, sin prueba especial de la culpa de aquél. Ahí se encuentra la equívocidad de la expresión utilizada por el juzgador, pues la exigencia de que los defectos sean «atribuibles» al vendedor puede tanto aludir a ese carácter originario como evocar—lo que ya no sería correcto—un criterio de específica culpabilidad. Acaso la ambivalencia terminológica viene justificada por aquella dualidad («dare», «facere») que ofrece la prestación del fabricante vendedor en este singular supuesto. De cualquier manera, aun en la perspectiva del contrato de obra (a que remite ese «facere») sucede que tampoco se precisa positivamente la constatación de un proceder culpable del deudor, dado el carácter de resultado de la obligación que a éste incumbe, lo que propicia cuando menos un régimen presuntivo siempre y cuando el carácter originario de los defectos (y éste es tema de pura causalidad) esté establecido. Ahora bien, en este último punto—constatación del carácter originario—es donde el régimen del contrato de obra acusa su específica deficiencia, por faltar la fijación de un plazo legal que facilite presuntivamente el establecimiento de la causalidad. Que la «ratio decidendi» de la resolución comentada apunta, en definitiva, al tema de la causalidad, parece claro si se tiene en cuenta la base fáctica fijada por el Tribunal «a quo», en el sentido de que no constaba «si el origen de los daños corresponde al proceso de fabricación de las cisternas o al mal uso de ellas».

También merece observación la declaración que, en un plano más general, se hace sobre la exigencia de demostración de la culpa para la aplicación del artículo 1.101. Baste señalar su contraste con la doctrina que en ese ámbito debe tenerse por correcta: si una culpa se exige, ésta se prueba en virtud de presunción legal (vid., en jurisprudencia, la sentencia de 30 de abril de 1959).

Caben, finalmente, algunas consideraciones en el orden procesal. En el motivo que por las razones de esta índole se rechazó, el recurrente había denunciado—por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.—un error de Derecho en la apreciación de las pruebas, citando al efecto como infringido—por «errónea interpretación o aplicación»—el artículo 1.124 del C. c. La desestimación es inobjetable, desde luego, en cuanto este artículo no contiene precepto alguno valorativo de prueba. Mas no se puede decir lo mismo de la otra razón, que considera confusa la referencia a la «interpretación y aplicación». En primer término, habría de cuestionar si la cita del precepto valorativo de prueba, que la jurisprudencia exige para la denuncia del error de derecho, se halla sujeta cabalmente al rigor formal con que el artículo 1.720 exige la precisión del concepto de infracción, pues esto último no parece que concierna a otra cosa que a la denuncia que por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 se articule como infracción de ley o de doctrina legal. En cualquier caso, y aun admitiendo semejante extensión de la exigencia formal, no puede por menos de parecer una exageración tachar de confusa la yuxtaposición de los conceptos de interpretación y aplicación he aquí una de tantas «complejidades» de la casación civil española. Como ha señalado TABOADA ROCA, la interpretación errónea de la norma no puede constituir, por sí sola, un modo o «concepto» autónomo de infracción, ya que para que lo fuera, sería preciso que tal interpretación errónea se reflejase o trascendiese al fallo, en cuyo supuesto ya se originaría otro modo de infracción denunciabile, a saber: o aplicación indebida de tal norma (...) o falta de aplicación (*La casación civil española en algunas de sus complejidades*, Madrid, 1977, pág. 69). Y en su contestación al discurso del ilustre Magistrado citado, advierte HER-

NÁNDEZ GIL (pág. 168): «en el proceso de aplicación del Derecho el jurista o el juez no encuentra la norma sino a partir de la interpretación (...) la interpretación errónea (...) constituye el presupuesto determinante de la aplicación indebida y de la violación». En el mismo sentido, cfr. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Madrid, 1973, pág. 225, y más recientemente CONDOMINES VALLS, *El recurso de casación en materia civil*, Barcelona, 1978, pág. 49.

J. C. P.

11. *Compraventa de inmueble. Resolución. El artículo 1.504 del C. c., manifestación específica del 1.124.*—El artículo 1.504 del C. c. es una manifestación específica del 1.124, o sea, una especie concreta para el supuesto de venta de bienes inmuebles de la facultad genérica que para toda clase de obligaciones bilaterales con prestaciones recíprocas previene el último de tales artículos (Sentencias de 31 de octubre de 1968 y 3 de junio de 1970, entre otras).

Resolución por incumplimiento. Su improcedencia cuando el incumplimiento se debe a quien la insta, o cuando sus reclamaciones excesivas justifican la resistencia del demandado, o cuando entre ambas partes medió convenio admitiendo cierta dilación en el pago.—No puede generarse causa resolutoria por incumplimiento cuando éste sea debido precisamente al comportamiento de quien pretende la resolución, que es lo sucedido si la vendedora transmitió el inmueble libre de cargas y en cambio mantiene éstas registralmente al no haber procedido a su cancelación, con las consiguientes trabas que ello produce tanto para el comprador como con relación a terceros; ni tampoco procede la resolución si la resistencia del demandado comprador está justificada, como lo estaba ante las reclamaciones excesivas de la vendedora, quien exigía no sólo la parte de precio pendiente, sino también las rentas percibidas por el comprador; aparte de que la existencia de un convenio entre las partes, admitiendo el pago del precio pendiente en una determinada fecha «o unos meses después», siempre sería generadora de la invocada falta de resistencia injustificada al pago. (Sentencia de 5 de junio de 1979; ha lugar.)

NOTA.—El Considerando primero sintetiza los antecedentes de hecho: 1.º El 8 de junio de 1974 la actora vende al demandado, por documento privado, una casa como libre de cargas, gravámenes e hipotecas, por un precio de 700.000 pesetas, a pagar en tres plazos, el último de los cuales habría de ser satisfecho antes del 31 de diciembre de 1975. 2.º El 14 de mayo de 1975, vendedora y comprador, acordaron que el último plazo habría de hacerse efectivo antes de la fecha indicada «o algún mes después». 3.º La finca vendida aparece en el Registro de la Propiedad gravada con una hipoteca en garantía de un préstamo que se había terminado de pagar el 20 de agosto de 1957, estando aún sin cancelar el asiento. 4.º El 29 de julio de 1976, por acto de conciliación, la vendedora requirió el pago del último plazo, además de 73.294 pesetas de las rentas percibidas por el comprador procedentes del inmueble en cuestión.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de la vendedora. Estimando el recurso de apelación, la Audiencia Territorial declaró resuelto el contrato, condenando al comprador a la entrega del inmueble y a la vendedora a la devolución del precio percibido, desestimando el resto de las peticiones. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el comprador.

De las razones en que la decisión se funda, llama la atención la relativa al convenio que medió entre las partes sobre el pago de la última parte aplazada del precio. Estimar que «siempre» dicho convenio justificaría la resistencia del comprador parece ciertamente excesivo, pues siete meses transcurrieron entre el 31 de diciembre de 1975 y la fecha en que se interpuso la demanda de conciliación: ¿llegaba razonablemente a tanto la previsión del convenio en que se admitía el pago «unos meses después» de diciembre de 1975? En todo caso, parece que, en rigor, la cuestión era en este aspecto una cuestión de vencimiento de obligación a término, que habría exigido llevar el análisis al terreno de la interpretación de semejante expresión contractual, y al del posible juego del artículo 1.128.

J. C. P.

12. *Compraventa de inmuebles. Resolución por falta de pago del precio. Artículos 1.124 y 1.504 del C. c.*—Ambos preceptos, general el primero y especial el segundo, se complementan entre sí, exigiendo para la aplicación del primero una voluntad rebelde por parte del comprador, y para la aplicación del segundo una previa declaración de voluntad del vendedor, expresada en forma auténtica, judicial o notarial, recepticia para el comprador, de tener resuelto el vínculo por tal causa, pues sin este último requisito, aunque se hubiese convenido lo contrario, podrá efectuarse válidamente el pago fuera del plazo señalado (Sentencias de 23 de septiembre de 1959, 15 de febrero de 1967, 24 de junio y 31 de octubre de 1968, 3 de junio de 1970, 23 de abril de 1975, etc.).

Eficacia del requerimiento resolutorio. Declaración judicial.—Al hacerse tal requerimiento y no allanarse el requerido al mismo, sino oponerse categóricamente a él, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada la misma por los Tribunales, ya que tal requerimiento es requisito previo a la demanda, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad entre las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria.

Requisitos del requerimiento resolutorio. Precisión y especificación de motivos.—Adolece de imprecisión el requerimiento en que no constan los plazos o cantidades impagadas, sino que se limita a decir, como causa de la resolución, que los requeridos «ni pagaban las cantidades que deben en virtud del contrato cuando fueron requeridos para ello, ni las han pagado en las fechas que manifestaron tener que hacerlo», por lo que falta la precisión y especificación de motivos necesarias para operar la resolución.

No existe la facultad resolutoria a quien por su parte ha incumplido.—No sería lícito al vendedor resolver el contrato cuando él no ha cumplido otras obligaciones que le incumbían, pues, según constante jurisprudencia, la facultad de resolver las obligaciones contraídas sólo puede ejercitarla el perjudicado, pero no quien dejó de cumplir lo estipulado.

Confesión. Valor probatorio.—No es superior al de los demás medios de prueba, y debe apreciarse por el Tribunal en combinación con las otras pruebas.

Error de derecho en la apreciación de las pruebas.—No puede fundarse en el artículo 1.281 del C. c., que no contiene ningún precepto valorativo de prueba.

Error de hecho. Documento auténtico.—No tienen el carácter de documentos auténticos a estos efectos los que no hacen prueba directa de su contenido. (Sentencia de 16 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Suscita perplejidad la exigencia relativa a la especificación de los motivos del requerimiento resolutorio, tanto porque los términos literales que del mismo la propia Sentencia reproduce resultan absolutamente elocuentes en ese sentido, cuanto porque, en cualquier caso, semejante exigencia—seguramente *obiter dicta*—carece de conexión con el específico mandato legal, sin que consten, tampoco, precedentes jurisprudenciales ni opiniones doctrinales que la hayan suscitado siquiera. Vid., sobre el tema, MULLERAT BALMAÑA, *El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles*, ADC. 1971, II, págs. 481 y sigs., especialmente págs. 504 a 508, y más recientemente MOLINA GARCÍA, *La resolución de la compraventa de inmuebles*, Madrid, 1981, págs. 325 y sigs.

J. C. P.

13. *Arrendamiento de local. Calificación del contrato.*—Según Sentencias de 29 marzo 1951 y 7 abril 1952, no constituye traspaso, aunque así lo califiquen las partes, el contrato que suscriben el dueño del local de negocio y de la industria o negocio en él establecido y un tercero, a quien se cede el negocio o el activo y pasivo del mismo, adquiriendo éste al propio tiempo el carácter de arrendatario de local; supuesto que es el de autos, donde la voz traspaso empleada no puede tener otro sentido que el de cesión por precio o venta, y no el técnico de la ley especial, sólo aplicable a la cesión hecha por el arrendatario, sin que pueda atribuirse el sentido de «prima» o premio cuando es el dueño el que cede sin contraprestación de renta o merced periódica y tiempo determinado.

Incongruencia.—El principio de congruencia, derivado del de rogación, que sanciona el art. 359 LEC, obliga a la armonía y correspondencia entre la parte dispositiva y la pretensión o pretensiones deducidas por las partes, mediante el sustancial —no literal— acatamiento a lo solicitado y a los hechos en que la pretensión se funde, pero sin ampliar la decisión a extremos no controvertidos, sin otorgar más de lo pedido o sin omitir la pertinente declaración solicitada, incurriéndose en incongruencia tanto cuando se otorgue cosa distinta a la instada como si se hacen declaraciones no pedidas. La doctrina general relativa a que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruente quiebra cuando el fallo tuviera por base un fundamento de hecho o una excepción autónoma que no se hubiera alegado o discutido en el pleito.

Abuso de derecho en materia arrendaticia.—No pertenece a la doctrina de los actos contrarios a las normas, sino al ejercicio de los derechos, en armonía con sus límites y el principio de la buena fe, por la cual es materia dispositiva que procesalmente ha de actuarse, bien como acción, bien como excepción y remedio al perjuicio que se cause en materias no reguladas por otras normas destinadas normalmente a la solución de conflictos o colisión de derechos, por lo que debe ser actuada por la parte y manifestarse y revelarse de modo patente y claro, según el principio de contradicción y *audiatur et altera pars*; la interpretación que la sentencia recurrida hace no puede calificarse sino de incorrecta y excesiva ante la enorme dificultad

que en sana lógica entraña deducir del texto del contrato la existencia de una «prima por traspaso y la de un contrato preliminar, para fundar en esa «prima» la existencia de un abuso de derecho, lo que pugna con el tenor literal del contrato y el silencio de la parte afectada. (Sentencia de 31 de marzo de 1981; ha lugar.)

14. *Arrendamiento urbano. Locales alquilados a la antigua Organización Sindical. Prórroga forzosa. Doctrina general.*—El beneficio de la prórroga actualmente acogido por el art. 57, en relación con el 114 de la LAU vigente, aparece configurado como norma de derecho cogente o necesario, siendo irrenunciable en los términos del art. 6.º, y ello desde la Ley de Bases de 31 diciembre 1946, que lo concibió como «punto crucial», «mantenido a ultranza, tanto por los graves problemas a que daría lugar el criterio contrario como por ser necesaria esta continuidad con la situación jurídica que pervive desde el Decreto de 21 junio 1920», de suerte que se asienta en el núcleo o razón de ser del ordenamiento especial, siendo todavía más esencial que otras singularidades del régimen de la locación urbana, como la limitación de las rentas, estando por ello preservada en términos apodícticos o absolutos por el citado precepto, al que cabría relacionar con el 4.º del C. c., anterior a la actual redacción de su título preliminar, y con el vigente 6.3, de tal suerte que a la relación arrendaticia no ha de ponerse fin contra la voluntad del arrendatario o inquilino, como no sea por la concurrencia de alguna de las causas de la tabla cerrada del art. 114 LAU.

Doctrina jurisprudencial sobre prórroga forzosa.—La jurisprudencia de esta Sala, invariablemente y sin vacilación, ha pronunciado no sólo la nulidad de la renuncia al derecho de prórroga dentro del propio arrendamiento, sino también la de cualquier estipulación contractual que trate de regir la duración del mismo de forma distinta a la establecida por la Ley (Sentencia 21 febrero 1964), y declarando que todo pacto sobre la prórroga obligatoria implica limitación al dispositivo legal que sobre la voluntad del arrendador establece la continuación del vínculo arrendaticio (Sentencia 25 abril 1969), y que una obligación condicionalmente asumida por la entidad arrendataria mediante la cual ésta se obligaba a dejar a la libre disposición del propietario los locales arrendados si trasladaba su industria a otro local, estaba abarcada por la prohibición legal (Sentencia 11 marzo 1964).

Nulidad de la condición resolutoria pactada.—Es nula la cláusula contractual en cuya virtud se da por resuelto el contrato una vez estén terminadas determinadas obras de la propia Institución Sindical, y hayan transcurrido tres meses desde su inauguración o puesta en servicio, pues en ella se contiene, no por desdibujada, una no menos nula renuncia al beneficio de la prórroga forzosa, coetánea a la conclusión o perfeccionamiento del contrato. (Sentencia de 10 de marzo de 1981; ha lugar.)

15. *Arrendamientos urbanos. Daños y perjuicios inferidos al arrendatario por hundimiento del edificio ruinoso. Responsabilidad del arrendador por omisión de las reparaciones necesarias.*—En caso de incumplimiento por no ejecución o retraso en la efectividad de las reparaciones necesarias exigibles

a tenor del artículo 1.554, núm. 2.º, del C. c., del que es trasunto el artículo 107 de la LAU, el arrendador resultará responsable de los daños ocasionados por su culposo proceder, evidenciado en este aspecto subjetivo por la conciencia de la necesidad de las reparaciones y la negativa o el retraso en la realización a pesar de haber sido constituido en mora por requerimiento del arrendatario u otro acto equivalente, como dispone el artículo 1.556 del citado Código, en relación con el párrafo segundo del 1.559, y si bien el concepto de reparación hay que limitarlo a la mera corrección de los deterioros sufridos por la cosa sin que la obligación del arrendador pueda extenderse a lo que signifique reconstrucción o reedificación (Sentencias de 26 de diciembre de 1942, 3 de febrero de 1962, 17 de junio de 1972, 12 de noviembre de 1974, 20 y 28 de febrero de 1975), es manifiesto igualmente que la exigibilidad de tal conducta encaminada a la nueva creación de elementos desaparecidos o que se hallen en trance de desaparición, no constituye óbice a la viabilidad de la acción que asiste al arrendatario para alcanzar el condigno resarcimiento por el quebranto derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales por la otra parte negocial (Sentencias citadas de 20 y 28 de febrero de 1975), cual acontecerá en el evento de los daños y perjuicios inferidos al arrendatario mediante el hundimiento de un edificio en el que el dueño no ejecutó las obras indispensables para contener la ruina y remediar el peligro que se advertía (Sentencia de 12 de marzo de 1956).

Fundamento de la responsabilidad. Obligaciones del arrendador y culpa extracontractual.—No hay aplicación indebida del artículo 107 de la LAU y del 1.554, núm. 2.º, del C. c., pues si el Juez de Primera Instancia y el Tribunal *a quo* mencionan esos preceptos, lo hacen como premisa mediata de la cuestión planteada y debatida en cuanto que establecen una capital obligación del arrendador, para relatar luego con toda minuciosidad los antecedentes demostrativos de su palmario incumplimiento, del que se sigue la procedencia de la indemnización del agravio económico ocasionado por esa conducta antijurídica y culpable, que ambos juzgadores basan en diversos preceptos del Código sustantivo y en la jurisprudencia concretamente citada, referentes al quebrantamiento de las obligaciones del arrendador y al resarcimiento en materia de culpa extracontractual.

Procedimiento adecuado.—No lo es el incidental, pues no se trata de resolver sobre pretensiones basadas en la legislación específica de inquilinato, sino de actuar derechos que, aunque referidos a una relación arrendaticia urbana, se asientan en los preceptos del Código civil sobre el arrendamiento de cosas y la sanción del incumplimiento de las obligaciones que atañen al arrendador cuando ha provocado un resultado harto dañoso, tema que forzosamente ha de ser sustanciado conforme a lo dispuesto en las leyes procesales comunes, según categóricamente previene el artículo 156 de la LAU.

Estado ruinoso del inmueble y obligación de reparar. Subsistencia de ésta mientras esté vigente el contrato de arrendamiento. Omisión de medidas de prevención como conducta culposa del arrendador que acelera y facilita el estado ruinoso.—Además de que la obligación de que se trata subsiste en tanto esté vigente el contrato de arrendamiento y el arrendador

no haya obtenido su resolución fundada en el artículo 118, en relación con el 114, causa décima, de la LAU (Sentencia de 27 de diciembre de 1974), no cabe desconocer la rotunda afirmación del Tribunal de Instancia, incólume por no impugnada, respecto a que ese estado ruinoso fue acelerado y facilitado por la conducta culposa del arrendador recurrente, absteniéndose durante años de la ejecución de toda labor para evitar o contener el deterioro del edificio e incluso negándose a la adopción de las medidas urgentes requeridas para prevenir graves e inminentes peligros. (Sentencia de 20 de junio de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Una generalización del criterio, ya formulado por la Sentencia de 12 de marzo de 1956, y que la aquí anotada reproduce, ha suscitado ciertas reservas en la doctrina: «No se puede generalizar esta solución —advierde LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil*, XX, Madrid, 1980, página 282— y habrá que tener en cuenta a estos efectos, tratándose de inmuebles de antigua edificación con renta insignificante, insuficiente a todas luces para costear con su importe los mínimos trabajos de entretenimiento, que la posible ruina no debe ser considerada en todo caso como una consecuencia de conducta negligente del arrendador y que la vejez o antigüedad del inmueble en sí misma puede ser considerada como causa fortuita de ruina, o de destrucción que, distinta a la estricta reparación, no obligaría al arrendador a reconstruir.»

J. C. P.

16. *Arrendamiento rústico. Deshaucio por proceder desleal y antijurídico.* Los actos realizados por los arrendatarios, lesivos para los intereses patrimoniales de los arrendadores, han consistido en la demolición de las instalaciones de distribución interior de un edificio perteneciente a las fincas arrendadas, la destrucción de los «poyos» o lindes altas entre dos parcelas, uniéndolas en su cultivo por propia comodidad, la tala de cerezos y la variación de un camino de servidumbre en su beneficio, arrogándose facultades dominicales e incurriendo en un proceder desleal y antijurídico (artículo 13, números 2.º, 4.º y 6.º del R. A. R. de 1959), lo que integra un supuesto subsumible en la 5.ª de las causas resolutorias del contrato contempladas en el artículo 28.

Dolo o culpa del arrendatario.—Ambos conceptos equivalen en su expresión a la concurrencia de una actividad del colono reñida con la diligencia media exigible al cultivador (art. 1.104 C. c.), y determinante de agravio económico para el propietario, bien porque aquél tuviera directa intención de causarlo (evento en el cual el ilícito civil desaparecerá de ordinario para dejar paso a la infracción punitiva), ora porque aun sin desear verdaderamente el resultado dañoso, la actividad ha sido desarrollada y querida, sin olvidar que la causación antijurídica de un daño lleva ínsita la presunción de culpabilidad, sólo destruible mediante la prueba de la irreprochabilidad de la conducta. (Sentencia de 30 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

17. *Arrendamiento rústico. Aprovechamientos secundarios. Cláusula de resolución en caso de venta de la finca.*—Siendo objeto del contrato los aprovechamientos secundarios de pastos y rastrojeras, es de aplicación lo dispuesto en el número 3.º, apartado letra b) del artículo 9.º del Reglamento, a cuya virtud la duración de los arrendamientos de este tipo será fijada

libremente por las partes contratantes; en consecuencia, debe aplicarse la cláusula resolutoria prevista para el caso de venta de la finca arrendada. (Sentencia de 3 de febrero de 1981; ha lugar.)

18. *Arrendamiento rústico. Aprovechamiento principal ganadero. Explotación personal y directa por arrendatario a efectos de la prórroga concedida por R.R.D.D. Leyes de 1978 y 1979.*—La interpretación finalista recomendada por el artículo 3.1 C. c. de los Reales Decretos-Leyes de 30 de junio de 1978 y 16 de junio de 1979 es conferir el privilegio de la prórroga legal a todas las explotaciones de fincas rústicas en que el arrendatario desenvuelva una actividad personal que sea la causa principal determinante de la producción, derivado no sólo del designio expreso en las propias disposiciones de no prejuzgar las nuevas normas que aprueben las Cortes, sino también del artículo 10, apartado 5, del Reglamento A. R. de 1959, que entiende por explotación directa aquella en que se asumen los riesgos totales de la empresa agrícola sin distinguir entre aprovechamiento propiamente agrícola, ganadero o forestal en la finca a que afecte, así como de la Sentencia de 14 marzo 1978, en la que, aun marginalmente, se utilizan indistintamente los términos «explotación directa» y «cultivo directo», conclusión acomodada a la Sentencia de 13 junio 1980, que resalta que la indicada normativa ha sido dictada con la idea de evitar el problema social que se plantearía en tiempos de crisis económica, como la presente, con el despido de arrendatarios que personal y directamente cultivan las tierras arrendadas. (Sentencia de 26 de enero de 1981; no ha lugar.)

19. *Interpretación. No cabe respecto de un contrato inexistente.*—Declarada la inexistencia del pretendido nuevo contrato, en base a la apreciación probatoria no combatida en forma, no hay posibilidad de invocar la infracción del artículo 1.282 del C. c., porque la inexistencia del mencionado contrato determina la imposibilidad de su interpretación y la evidente inaplicación de dicho precepto legal (Sentencias de 5 de noviembre de 1956 y 16 de abril de 1965).

Arrendamiento rústico. Novación. Requisitos: obligación preexistente.—Si el contrato de arrendamiento, al no haber una segunda subrogación, se extinguió por ministerio de la Ley (artículo 24, núm. 9.º, del Reglamento de 29 de abril de 1959), en modo alguno podía operar la figura jurídica de la novación, ya que por hipótesis el efecto de ésta es extinguir una obligación preexistente, y en el caso de autos esta obligación se había ya extinguido.

Real Decreto-Ley de 30 de junio de 1978. Ambito de aplicación.—Resulta evidente su inaplicación a un arrendamiento que carece de la condición de protegido que dicha disposición legal expresamente requiere, como así lo expresa el tenor literal de la Disposición Transitoria cuya violación se denuncia, sin que, por otra parte, y abstracción hecha de la cuantía de la renta, se haya probado que los recurrentes cultivasen directa y personalmente las fincas objeto del arrendamiento. (Sentencia de 14 de abril de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Como es evidente, la declaración inicial sobre interpretación e inexistencia en el fondo envuelve, una vez más, la espinosísima cuestión de la distinción entre hechos y Derecho a efectos de la adecuada elección del concepto de denuncia en casación.

Por lo que se refiere a la declaración final sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley de 1978, hay que advertir que la condición de arrendatario protegido la exige el artículo único del citado Real Decreto-Ley, pero no su disposición transitoria, la cual requiere solamente, en el arrendatario, la condición de cultivador directo y personal. Contra lo que la redacción de la Sentencia sugiere, es en la falta de esta última condición donde se encuentra la precisa «ratio decidendi».

J. C. P.

20. *Aparcería rústica. Retracto. Recurso de revisión. Doctrina general.*—El recurso de revisión de la legislación especial de arrendamientos rústicos, guarda, en lo referente a las causas que le pueden servir de fundamento, indudable analogía con el de casación; analogía que resalta en la neta distinción entre el recurso que se articule «por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión» (causa 2.ª), o aquel otro que lo sea en base «de injusticia notoria por infracción de precepto legal» (causa 3.ª), ya que la primera de las mencionadas causas significa la censura de la Sentencia por motivos de forma o vicios *in procedendo*, y la segunda, la denuncia de la vulneración de normas legales de carácter sustantivo o vicios *in iudicando*.

Quebrantamiento de formalidades del juicio.—No pueden servir de base al recurso de injusticia notoria por infracción de precepto legal las normas de carácter procesal, como el artículo 535 LEC que, al referirse a que el demandado no tenga el carácter o representación con que se le demanda, no puede confundirse con la falta de derecho o de acción que, por dar vida a excepciones perentorias, constituyen el fondo del pleito.

Incongruencia.—Pretendiéndose por el actor que se declare su derecho a retraer la finca rústica objeto del litigio «condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración con todas las consecuencias que de la misma se desprendan», es la propia naturaleza del retracto legal ejercitado la que impone como una de las consecuencias el otorgamiento por el comprador demandado de la correspondiente escritura pública e favor del retrayente, por ser el instrumento hábil que hace efectivo el derecho de subrogarse éste en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión, mediante los desembolsos determinados en el artículo 1.518 C. c., conforme previene el artículo 16.1 R. A. R., razón por la cual la sentencia impugnada no incurrió en incongruencia, y ello máxime cuando el actor interesaba en el suplico que se hiciera constar con trascendencia en el Registro la prohibición a que se refiere el artículo 17.1 de dicho R. A. R.

Precio de la venta. Error de hecho.—No prueban la realidad del precio, ni oficios de entidades bancarias, ni el precio señalado en la escritura de resolución de la venta. Sentencia de 29 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia que destaca por la cuidadosa precisión de conceptos con evidente finalidad pedagógica y adoctrinadora. Interesa destacar que las partes intervinientes en la c. v. base la deshicieron por *contrarius consensus* (¿para apuntalar la prueba sobre el precio real?), planteando en el juicio

la falta de legitimación pasiva del demandado; esta cuestión se rechaza en la Sentencia del T. S. por inadecuado planteamiento de forma, pero también es rechazable por razones de fondo (cfr. GARCÍA CANTERO, *Comentario a los artículos 1.445 a 1.541*, Madrid, 1980, p. 585). En la misma obra he señalado que hay cierta impropiedad a la hora de describir el funcionamiento de los derechos reales de adquisición, pues se ejercitan mediante declaración unilateral de voluntad del titular —en este caso del aparcerero retrayente—, sin que el otorgamiento de escritura pública a que suele condenar la sentencia estimatoria sea requisito esencial. En el recurso se denuncia la incongruencia, porque la Audiencia condena al otorgamiento de la escritura, que no se solicitó expresamente por el demandante. Me parece bien argumentada por el T. S. la no existencia de incongruencia, pero queda siempre pendiente de aclaración por nuestro más alto Tribunal la forma de actuarse los derechos reales de adquisición.

G. G. C.

21. *Prueba de confesión*.—Es patente la improcedencia de acudir a la prueba de confesión como un documento auténtico más, cuando según reiterada jurisprudencia carecen de tal condición las manifestaciones de los litigantes vertidas en el proceso, ora en la fase expositiva, bien al abolver posiciones.

Deducción del Tribunal de Instancia.—Sólo puede prosperar el recurso en la hipótesis de que la deducción operada no se haya sujetado a las reglas indeterminadas del recto criterio humano, apareciendo ilógica o inverosímil, o contraviniera alguna norma legal.

Modificación del plano de la obra. Autorización del propietario.—No cabe desconocer que el artículo 1.593, aplicable a las dos modalidades de novación, tanto la extintiva (Sentencias de 3 de marzo de 1976 y 7 de diciembre de 1959), como a la modificativa, que será el supuesto más frecuente (Sentencia de 2 de marzo de 1973), no exige que las alteraciones en el plano, determinantes del aumento de obra, sean autorizadas por escrito y mediano un precio convenido con el comitente, pues la norma nada indica al respecto (Sentencia de 13 de marzo de 1971), por lo que será válido el consentimiento verbal (Sentencia de 31 de enero de 1967) e incluso la anuencia tácita derivada de la conducta concluyente (Sentencias de 25 de noviembre de 1976, 28 de febrero y 20 de junio de 1975 y 3 de marzo de 1976), siempre que se acredite su existencia.

Responsabilidad decenal. Artículo 1.591 del Código civil.—Es un fundamental presupuesto para que el arquitecto esté sujeto a la denominada «responsabilidad decenal», la efectiva realización de su actividad directiva como técnico superior.

Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria. Reparación del daño.—Como ha resuelto esta Sala en Sentencia de 3 de octubre de 1979, en caso de ejecución defectuosa de la obra por no ajustada a la pericia profesional exigible, asistirá al comitente la oportuna acción frente al contratista para exigirle la reparación *in natura* o prestación específica, realizando las obras de corrección indispensable, por sí mismo o a su costa, tal como previenen los artículos 1.091 y 1.098 del Código civil y 924 de la Ley Procesal, o bien instando el cumplimiento por equivalencia con carácter subsidiario (Sentencia de 12 de noviembre de 1976), que como tal ha de cubrir todo el quebranto o desequilibrio imputable al constructor (Sentencia de 14 de noviembre de 1978), se-

gún lo impone el concepto mismo del resarcimiento (art. 1.106 del Código civil y 924, párrafo 1.º, *in fine*, de la Ley de Enjuiciamiento). (Sentencia de 31 de octubre de 1980; ha lugar.)

Hechos.—Se convino la construcción de un chalet por un determinado precio, pero se prescindió totalmente del proyecto, ya que lo que tenía que ser un modesto chalet se fue convirtiendo en una torre. El contratista y el arquitecto pidieron, por ello, un precio muy superior al convenido inicialmente. El propietario comitente se limitó a pagar la suma inicialmente establecida; no, en cambio, la adicional. Alegó, además, que la torre presentaba importantes defectos de construcción.

El Juzgado condenó al propietario comitente a pagar al contratista la suma adicional. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación, por no haberse aplicado correctamente por el Tribunal *a quo* el artículo 1.106 del Código civil.

NOTA.—1) Es interesante recalcar que nuestro Tribunal Supremo señala que el artículo 1.593 es aplicable tanto a la novación extintiva como a la modificativa. Cuándo ocurre una u otra, dependerá de lo dispuesto en el artículo 1.204 del Código civil, como hemos señalado en nuestra anotación a la Sentencia de 27 de diciembre de 1980, que aparece en este fascículo del ANUARIO. 2) El problema fundamental que se plantea en esta sentencia ha de resolverse en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.593. En el mismo se establece que el contratista puede pedir aumento del precio cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de la obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario. De la lectura de esta norma se deduce que han de concurrir tres requisitos para que el contratista pueda pedir aumento del precio establecido en el contrato de obra por virtud de trabajos adicionales: cambio en el plano, aumento de obra y autorización del propietario. En la sentencia anotada no se plantea ningún problema en relación con los dos primeros requisitos; la discusión surge en relación con el tercero. El Tribunal Supremo resuelve el problema afirmando que la autorización del propietario no es necesario que conste por escrito; puede ser verbal, e incluso tácita, es decir, derivada de una conducta concluyente. Esta solución es afirmada de forma constante por nuestro Tribunal Supremo, como prueban las diversas sentencias citadas en la sentencia que anotamos, y además en la reciente Sentencia de 26 de diciembre de 1979, que reseñamos en este ANUARIO (1980, fasc. IV, pp. 1000-1001,) en la que se deduce la autorización de la presencia del propietario y de su esposa en la obra y del argumento de que movido el contratista por un lícito afán de ganancia profesional, resultaría ilógico que encareciese la ejecución en su perjuicio. La doctrina del Tribunal Supremo tiene un importante apoyo en el texto del art. 1.593, que difiere en este punto de sus antecedentes próximos, el art. 1.534 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.793 del Código civil francés, que exigían que la autorización del propietario constase por escrito y por un precio convenido. GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852, p. 485) justificó la exigencia de la autorización por escrito en que han sido muy graves y frecuente los abusos de los arquitectos en esta materia, sobre pretexto de... cambios y aumentos hechos en el plano por haberlos estimado útiles o necesarios: alegábase más de una vez que el propietario había aprobado los segundos, expresa o tácitamente, aunque no por escrito. El artículo (1.534 del Proyecto de 1851) previene estos abusos con la prueba escrita que exige el consentimiento del propietario. Un razonamiento semejante fue expuesto en los trabajos preparatorios del Código civil francés de 1804. TRONCHET señala que se trata de evitar sorpresas al propietario (*Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIV, reimpresión de la edición de 1827, Osnabrück, 1968, p. 265). Hoy días estas consideraciones siguen siendo tenidas en cuenta por la doctrina francesa

(cfr., H. L. y J. MAZEAUD y JUGLART, *Leçons de Droit civil*, III-2, *Principaux contrats*, París, 1974, p. 643): La jurisprudencia francesa ha afirmado reiteradamente el carácter imperativo de la autorización por escrito de la modificación del plano (Cass civ., 27 de octubre de 1972, en *Recueil Dalloz Sirey*, 1973, p. 495, con nota de J. MAZEAUD). Las razones alegadas por GARCÍA GÓYENA y los que elaboraron el Código, cuyo artículo 1.593 no hace ninguna referencia a la necesidad de constancia escrita de la autorización del propietario. Nuestra doctrina (cfr., SCAEVOLA, Código civil, XXIV, Madrid, 1951, página 706, DE LA CÁMARA MINGO, *Tratado práctico del derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, IV, Madrid, 1964, p. 624, etc.) y jurisprudencia, con buen criterio, tienen en cuenta esta circunstancia y, por ello, de manera unánime, afirman que la autorización del propietario puede constar de forma expresa o tácita. Como dice MANRESA (*Loc. cit.*), el único problema será el de la prueba de la autorización. Las Sentencias de 18 de febrero de 1960 y 6 de marzo de 1964 establecen que la carga de la prueba recaerá sobre el contratista. Esta prueba puede realizarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho (Sentencia de 13 de marzo de 1971). 3) En relación con el importante problema de la reparación del daño derivado de la ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria, nuestro Tribunal Supremo reproduce la doctrina de las importantísimas Sentencias de 14 de noviembre de 1978 y 3 de octubre de 1979, que hemos tenido ocasión de comentar en este ANUARIO (1979, IV, pp. 949-953; 1980, I, pp. 194-223). En especial, téngase en cuenta lo que afirmamos en las páginas 213 a 215 del fascículo I de este ANUARIO, 1980, donde exponemos las pretensiones que corresponden al propietario, cuando la obra construida presenta vicios o defectos. Citamos diversas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que han abordado este problema fundamental.

A. C. S.

22. *Modificación del plano de la obra. Autorización del propietario.*—Si bien es cierto que, como dijo la Sentencia de 28 de octubre de 1974, el artículo 1.593 del Código civil exige la autorización del propietario para reclamar las elevaciones de precio que procedan del cambio del plano de la obra, no lo es menos que tal consentimiento no exige para su prestación una forma predeterminada, bastando su demostración por cualquiera de los medios probatorios que nuestro ordenamiento legal admite como hábiles al efecto. (Sentencia de 17 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—El dueño de la obra pide la aplicación del artículo 1.593 del Código civil, porque las modificaciones realizadas por el contratista de la obra, que supusieron un aumento del precio de la misma, no fueron autorizadas. No prospera la argumentación del dueño de la obra en el Juzgado, la Audiencia y ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—Es reproducible todo cuanto hemos afirmado en la anotación a la Sentencia de 31 de octubre de 1980. Sobre este problema es interesante consultar también el trabajo de MULLERAT BALMAÑA, *El pago de las obras adicionales en el contrato de construcción de inmuebles*, en la Revista Jurídica de Cataluña, 1978, jul-sept., pp. 195 ss.; en especial, pp. 746-750.

A. C. S.

23. *Los créditos derivados del contrato de obra. Requisitos de aplicación del artículo 1.597 del Código civil.*—El citado precepto legal exige para su aplicación como requisitos objetivos: que se trate de una obra ajustada alzadamente por el contratista, y además que la acción verse sobre la cantidad que el dueño de la obra adeuda al contratista al hacerse la reclamación,

sin que en principio se excluyan las cantidades debidas a los subcontratistas. (Sentencia de 24 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—La actora alega el carácter refaccionario del crédito y la aplicación del artículo 1.597. El Juzgado, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo niegan ambas circunstancias. Concretamente, el Tribunal Supremo no considera aplicable el citado precepto, porque no se probó en la instancia que se cumplieran los requisitos necesarios para su aplicación.

NOTA.—Se deduce de la sentencia anotada que no basta con que el crédito del contratista contra el dueño de la obra tenga su origen en el contrato de obra, pues es necesario, además, para que proceda la acción directa, que el contrato haya sido ajustado alzadamente. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1928 ha justificado este requisito, exigido claramente por el artículo 1.597, diciendo que «si se exige el precio alzado de la contrata, como requisito previo y esencial de la acción debatida, es para fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidades y derechos del contratista, susceptible de ser aprovechado por los acreedores de éste, en tanto se verifique el suministro, no se reciba su importe y no se pague tal precio alzado». Por consiguiente, el referido precepto no se aplicará a los contratos de obra que se han concluido por el sistema de administración o por unidad de medida.

La exigencia de que la acción directa quede limitada a la cantidad que el comitente adeude al contratista cuando se hace la reclamación tiene una sencillo explicación: si el comitente ha cumplido su obligación total o parcialmente, queda liberado frente a todos en todo o en parte, y no puede ser obligado a pagar dos veces. Nuestro Tribunal Supremo ha tenido siempre en cuenta este límite, como prueban las Sentencias de 17 de diciembre de 1912, 30 de junio de 1920, 13 de abril de 1926, 13 de octubre de 1930 y 7 de febrero de 1968.

En la Sentencia que anotamos, nuestro Tribunal Supremo destaca que la acción directa corresponde también al subcontratista. Se acoge de esta manera la solución mantenida por nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias de 26 de junio de 1936 y 30 de enero de 1974, y que admite también nuestra doctrina (*cf.*, DE ANGEL, *Los créditos derivados del contrato de obra*, Madrid, 56-58, DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, 1979, página 451, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-2, Madrid, 1980, p. 321, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-3, Barcelona, 1979, p. 198, etc.). La Sentencia de 29 de junio de 1936 establece con lujo de razonamientos, como dice ALBALADEJO, las razones que aconsejan adoptar esta solución. A nuestro juicio, una interpretación teleológica aconseja la aplicación del artículo 1.597 a los subcontratistas, pues ellos ponen también trabajo e industria. Consúltese la citada monografía de DE ANGEL (*Loc. cit. ant.*), que expone las razones señaladas por la Sentencia de 29 de junio de 1936 y otras razones muy convincentes.

A. C. S.

24. Interpretación del contrato.—Es reiteradísima y uniforme doctrina jurisprudencial que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aunque alguna duda pudiera haber sobre su absoluta exactitud, salvo que no sea racional y lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual.

Requisitos esenciales del contrato.—Las cuestiones sobre concurrencia de los requisitos esenciales del contrato son de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, por ello hay que estar a la apreciación del Tribunal «a quo».

Cuestión nueva.—La cuestión se plantea por primera vez en el recurso constituyendo, por tanto, un problema nuevo de casación al no haber sido discutido ni planteado a la instancia, lo que le hace incurrir en la causa de inadmisión del número quinto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Obra a tanto alzado. Modificación del precio establecido.—El contratar una obra a tanto alzado no es impedimento para introducir alteraciones o aumento de precios, y por ello el señalamiento del coste de la obra de forma unitaria no impide la posibilidad de una modificación ulterior que la altere o aumente, y así lo tiene declarado esta Sala en Sentencia de 23 de junio de 1964 y reiterado en la de 30 de abril de 1980. (Sentencia d 7 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—Se celebra un contrato de obra para la edificación de un inmueble. El contratista pide que el comitente le abone una determinada cantidad adicional a la inicialmente establecida, por haber tenido que hacer determinadas obras complementarias (en virtud de una disposición y que son exigidas por la compañía suministradora de fluido eléctrico). El comitente se niega a pagarla, alegando el carácter inamovible y único del precio establecido.

El Juzgado condena al comitente a pagar al contratista la cantidad adicional. La Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo confirman este fallo.

NOTA.—A pesar de la dicción del artículo 1.593 del Código civil, nuestro Tribunal Supremo precisa que el contratar una obra a tanto alzado no es impedimento para introducir alteraciones o aumento de precio. En esta sentencia, a diferencia de las Sentencias de 31 de octubre y 17 de diciembre de 1980, que también anotamos en este fascículo del ANUARIO, no se trata de determinar si el propietario comitente ha autorizado o no el aumento del precio de la obra. Nuestro Tribunal Supremo admite la posibilidad del aumento del precio ajustado, sin que exista autorización expresa o tácita del propietario comitente. ¿Cómo puede explicarse este criterio? Nuestro Tribunal Supremo se limita a reconocer que el precio ajustado puede ser revisado. Esto es lo que hace nuestro Tribunal Supremo en la mayor parte de las sentencias que contemplan este problema (Sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 13 de junio de 1944, 5 de junio de 1945 y otras muchas). Cabe exceptuar a las Sentencias de 23 de noviembre de 1962 y 28 de enero de 1970, que admiten la revisión del precio ajustado en el contrato por alteración de la base del negocio (la citada en primer lugar) y por la concurrencia de todos los requisitos de la cláusula *rebus sic stantibus* (la citada en segundo lugar). A nivel doctrinal, se considera que la norma contenida en el párrafo 1.º del artículo 1.593 no debe ser considerada absoluta e inflexible. Hay que entender que si el alza de los costos es de tal magnitud que altere el equilibrio de las prestaciones del contrato, perturbe su economía natural, la rígida norma del artículo 1.593 ha de ceder ante otras doctrinas más equitativas y en consonancia con la buena fe: teoría de la alteración de la base o fundamento del negocio por destrucción de la equivalencia, teoría del riesgo imprevisible, etc. Además, como apunta LA-CRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, II-3, 1979, Barcelona, p. 191), el precepto no excluye la aplicación, en las circunstancias extraordinarias en las que procede, de la teoría de la base del negocio, y por tanto, en ellas, la revisión del contrato (*cf.*, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1979, p. 446, DE LA CÁMARA MINGO, *Tratado práctico del derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, IV, Madrid, 1964, pp. 628-829); F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, páginas 230-231, etc.). Conviene destacar que el requisito fundamental para

que pueda el contratista demandar la revisión del precio ajustado es el de la *imprevisibilidad* del aumento de los costes. La imprevisibilidad habrá que referirla al momento de la celebración del contrato de obra y valorarla según un criterio medio de diligencia y pericia. En el contrato de obra habrá que tener en cuenta la pericia y diligencia de un profesional con conocimientos técnicos suficientes (el contratista).

A. C. S.

25. *Préstamo anterior y contrato de fijación jurídica*.—No puede prosperar la inaplicación que se denuncia del artículo 1.276 Código civil, ya que la sentencia entiende no que el contrato carezca de causa o que ésta sea falsa, ni que en este contrato haya faltado la entrega de numerario exigida por el carácter real del mutuo, sino que se trató de un contrato de «fijación jurídica», encaminado a dar claridad y constancia a una situación anterior, revisiéndolo de forma documental al préstamo ya efectuado a fin de obtener una garantía, figura indudablemente válida la de ese negocio de segundo grado a la que aclara y fija, a la manera de «especificatio», como ha declarado la Sentencia de 6 de junio de 1969, que cita a su vez la de 28 de octubre de 1944. (Sentencia de 5 de febrero de 1981; no ha lugar.)

26. *Seguro de automóviles. Diferencias de régimen entre el obligatorio y el voluntario*.—Es improcedente asimilar o confundir las respectivas normativas de los seguros obligatorio y voluntario en la esfera automovilística, pues mientras que el primero viene sometido a un régimen de derecho necesario en cuanto surge de la obligación legal impuesta a todo propietario de un vehículo de motor como requisito indispensable para circular por el territorio nacional (artículo 2.º del T. R. de 21 de marzo de 1968, de la Ley de 24 de diciembre de 1962) y responde a la proclamada finalidad social de lograr protección inmediata a las víctimas del accidente de circulación, resarcimiento que «se busca a ultranza» en frase del preámbulo de la Ley citada, el segundo o voluntario, por lo mismo que guarda sustantividad, aunque sea compatible con el obligatorio, habrá de ser concertado y documentado con independencia de éste, según previene el artículo 1.º del Reglamento de 19 de noviembre de 1964, y se regirá por sus específicos pactos por virtud de lo dispuesto en el artículo 385 del C. de c., lo que explica la reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de que por responder aquél a una responsabilidad de carácter predominantemente objetivo, amén de la limitación actual del objeto del seguro y de la cobertura, es inconcuso que aunque el seguro voluntario de automóviles sea concertado como complemento del obligatorio—en cuya hipótesis guardará con éste la reducida conexión señalada en el artículo 11 de la Orden de 26 de mayo de 1965—, conserva su genuina naturaleza y no puede identificarse con el otro ni sujetarse a su disciplina (Sentencias de 26 de abril de 1975 y 9 de marzo de 1978).

Principio de libertad de pactos que informa el seguro voluntario.—El principio de libertad de pactos que informa la materia de seguro voluntario, salvo en los aspectos de la actividad aseguradora sometidos a la intervención administrativa, exige resolver los conflictos entre las partes atendiendo a lo estipulado en la correspondiente póliza, tal como preceptúan los artículos 383, núm. 9.º, y 385 del C. de c., y así lo tiene declarado la jurisprudencia, que invoca, además, la fuerza obligatoria de lo convenido por la eficacia de

los artículos 1.091, 1.258 y 1.278 del C. c. (Sentencias de 16 de marzo de 1962 y 7 de enero de 1977).

La proposición de seguro no vincula al asegurador.—El unánime criterio de la doctrina científica en cuanto a que el asegurador no queda en manera alguna ligado por la proposición del seguro, sino que es libre para aceptarla o rechazarla, tiene expresión legislativa en el artículo 7.º del Reglamento de Seguros de 2 de febrero de 1912, con arreglo al cual el proponente y el asegurador no están obligados por la proposición, sino que el vínculo contractual se genera con la firma de la póliza y, claro es, conforme a los términos pactados, de donde se sigue que será de todo punto inadmisibles oponer al clausulado del fundamental documento del negocio sinalagmático la anterior y unilateral sugerencia del proponente.

Suspensión de las obligaciones del asegurador en caso de impago de la prima. Licitud de la cláusula que la establece.—La declaración que como cláusula de estilo, recogen las pólizas sobre la suspensión de las obligaciones del asegurador, mientras la prima no esté pagada, no se aparta de la posición que, con diversos matices, adopta el derecho comparado (así, por ejemplo, el artículo 1.901 del C. c. italiano), y desde luego es lícita en nuestro ordenamiento, pues si ya en principio las consecuencias del incumplimiento se originan por el hecho de la falta de pago de la prima en el lugar y tiempo convenidos, sin que sea necesaria la interpelación por el asegurador a los efectos de la puesta en mora del tomador del seguro, como resulta de aplicar la norma general que para todas las obligaciones mercantiles dispone el artículo 63, núm. 1.º, del C. de c.; por su parte el apartado h) del artículo 24 del Reglamento de 2 de febrero de 1912 no sólo autoriza, sino que impone «que se consigne (en la póliza) de una manera clara y terminante cuáles serán las circunstancias por las que cesase la responsabilidad de la Empresa aseguradora», añadiendo el apartado i) la exigencia de «que se especifiquen taxativamente previstos los casos en que cesa la responsabilidad de la Empresa aseguradora por incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratante», y, a su vez la Orden de 28 de junio de 1935, apartado f), según la redacción dispuesta por la de 13 de enero de 1955, establece que «las pólizas de seguros de riesgos eventuales deberán conceder al asegurado para el pago de la segunda y sucesivas primas un plazo de gracia de treinta días naturales contados desde el día del vencimiento de la respectiva prima, expirado el cual quedará en suspenso la responsabilidad del asegurador y el asegurado no tendrá derecho, caso de siniestro, a la indemnización correspondiente».

La suspensión de la cobertura por impago de la prima es independiente de las acciones derivadas del artículo 1.124 del C. c.—Constituye norma de inadecuada mención por la Sala de instancia el artículo 1.124 del C. c., porque si ciertamente, la aseguradora «contaba con las acciones del artículo» referido, «que no ejercitó», nada empuja ese precepto ni su contenido importa en trance de resolver sobre la trascendencia de la pactada suspensión de la cobertura cuando el asegurado ha desatendido su obligación de pagar las primas.

Régimen de inoponibilidad de excepciones en el seguro obligatorio. No es trasladable al voluntario. Inaplicabilidad de doctrina sentada por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo.—Es de todo punto inadmisibles re-

chazar el efecto suspensivo de la obligación de cobertura por impago de la prima en el seguro voluntario trayendo a colación las declaraciones de las Sentencias de 10 de abril de 1968, 13 de junio de 1969 y 15 de junio de 1972, ya que han sido pronunciadas por la Sala Segunda en materia penal y a propósito del seguro obligatorio, como tampoco es posible acudir para tal declaración al artículo 43 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, sobre la inoponibilidad por el asegurador frente a las reclamaciones del perjudicado las excepciones que le asistan contra el asegurado, pues evidente es que tal precepto, como el artículo 5.º del Texto Refundido, contemplan de modo exclusivo la modalidad de seguro obligatorio, según además proclama paladinamente la rúbrica del capítulo en que este precepto se halla inserto.

«Uberima bona fides» que ha de presidir el desarrollo del contrato de seguro. Asegurado que cambia de domicilio sin comunicarlo a la Compañía. Aun en el infundado supuesto de que se tuviera por lugar de pago de la prima el domicilio del tomador del seguro, debería ser reprochado a este contratante un comportamiento desleal y en abierta disonancia con la *uberima bona fides* que ha de presidir el desarrollo del contrato de seguro e inspirar los actos de ambos sujetos del negocio bilateral, y por ello mal podría pretender la efectividad de la cobertura un asegurado que no puso en conocimiento de la aseguradora extremo de tanta relevancia como el cambio de domicilio y no se preocupa de pagar la prima, de manera que sólo se decide a realizarlo—con justificada repulsa de la Compañía—a los siete meses del vencimiento y después de acaecido el suceso determinante de responsabilidad del conductor del automóvil.

Recurso de casación. El Reglamento del Seguro Obligatorio de vehículos de motor es norma reglamentaria que carece del rango de Ley a estos efectos. Mero reglamento ejecutivo.—La jurisprudencia tiene declarado que dicha disposición reglamentaria carece del valor de «ley» a los efectos del recurso de casación (Sentencias de 16 de octubre de 1974 y 22 de mayo de 1978), a pesar de la disposición final quinta de la Ley de 24 de diciembre de 1962, «autorizando» al Gobierno para establecer la regulación de dicho Seguro, pues la remisión normativa a que responde no le dota de autosuficiencia ni le hace perder la condición de reglamento ejecutivo, sino que en criterio de la más prestigiosa doctrina, del desarrollo del reenvío legal a un reglamento surge «una norma estrictamente reglamentaria», salvo en el supuesto de la delegación legislativa operada con sujeción al artículo 82 del texto constitucional y consiguiente asunción anticipada que el legislador hace de la norma elaborada por el Gobierno en virtud de la delegación pres-tándole su propio rango («delegación recepticia»).

Error de hecho en la apreciación de las pruebas.—A todas luces ha de tenerse por cometido al prescindir la Sala de un extremo tan categórico como es el consignado en el artículo doce, apartado a), de la póliza, no discutida en sus pactos, con arreglo al cual fenecido el plazo de gracia para el pago de la segunda y sucesivas primas, «quedará en suspenso la responsabilidad de la Compañía y el Asegurado no tendrá derecho, caso de siniestro, a la indemnización correspondiente» (Sentencia de 8 de mayo de 1980; ha lugar).

NOTA.—En varios aspectos merece ser destacada esta Sentencia (ponente, Excmo. Sr. D. Jaime Castro García). Ha de observarse, en primer lugar, que de los seis motivos del recurso prosperaron cinco. No se limitó el juzgador a examinar y admitir uno de ellos, excusándose—como con tanta frecuencia ocurre—de entrar en los demás. No ha sido eludida ninguna de las cuestiones suscitadas. Resulta también sobresaliente que fuera estimado el motivo en que se denunciaba error de hecho en la apreciación de las pruebas, cauce que la jurisprudencia ha venido haciendo prácticamente inoperante. Igualmente singular es que, a tales efectos, se considerase documento auténtico la póliza de seguro, en torno a la cual precisamente giró buena parte de la «litis» (así, el tema de las divergencias entre la proposición y la póliza sobre el lugar de pago de la prima): claro contraste de esta decisión, por tanto, con la acostumbrada doctrina que niega la condición de auténticos a los documentos básicos del pleito (por ejemplo, Sentencias de 4 de mayo de 1978 y 29 de mayo de 1978), o a los que han sido estudiados por el Juzgador de instancia (por ejemplo, Sentencias de 30 de septiembre de 1978, 23 de marzo de 1979, 11 de junio de 1979).

En cuanto al fondo, la cuestión suscitada por la divergencia entre la proposición y la póliza de seguro ha sido conducida por cauces de indudable ortodoxia. Es intuitivo, sin embargo, que la condición formularia de la póliza constituye un dato que empaña, en cierto modo, la claridad de la decisión que se extracta. Interesa destacar, en todo caso, la óptica radicalmente diversa desde la que habrá de ser enjuiciado este tema a partir del nuevo dato normativo de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, a tenor de cuyo artículo 8.º, párrafo último: «Si el contenido de la póliza difiere de la proposición de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar a la Entidad aseguradora en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza para que subsane la divergencia existente. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación, se estará a lo dispuesto en la póliza. Lo establecido, en este párrafo se insertará en toda póliza del contrato de seguro».

J. C. P.

27. *Prórroga de arrendamiento de local de negocio y aval respecto del pago del alquiler.*—En el supuesto de prórroga legal de contrato de arrendamiento, no es de aplicación el art. 1.851 del C. c. —*La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza.* Y no lo es porque el art. 1.851 se limita a la prórroga que el acreedor voluntariamente concede, y no a la que al tiempo del concierto de la correspondiente obligación viene impuesta por disposición legal, con independencia —y aún contra— la oposición del acreedor, con la sola manifestación de voluntad del deudor al respecto, que es justamente lo que ocurre en los supuestos de prórroga forzosa del contrato de arrendamiento. (Sentencia de 27 de febrero de 1981; no ha lugar.)

28. *Responsabilidad civil derivada de accidente de automóvil. Ejercicio de la acción del artículo 1.902 del C. c., apartándose el actor de la vía ejecutiva de la Ley de 24 de diciembre de 1962. Prescripción.*—El ejercicio de la acción de responsabilidad aquiliana acarrea todas sus consecuencias, entre ellas la de la prescripción que regulan los artículos 1.968 y 1.969 del C. c., puesto que el cómputo del plazo de prescripción de dicha acción se inició desde el momento en que pudo ser ejercitada, esto es, desde que se dio la sanidad del actor, sin afectarle el que en vía penal, una vez dictado el auto de sobreseimiento, se siguieran las actuaciones reguladas en el Texto Refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962, procedimiento del que el

actor voluntariamente se apartó, acudiendo al juicio declarativo ordinario en que ejercitó la acción derivada del artículo 1.902 del C. c.

Error de hecho.—No es cauce apto para la denuncia de cuestiones jurídicas, como son las concernientes a las consecuencias jurídicas del auto dictado en las diligencias preparatorias de la ejecución, tanto respecto a la acción que de dicho auto deriva en relación con la ejercitada, como la posible interrupción por el mismo del plazo de prescripción de esta última. (Sentencia de 9 de mayo de 1979; no ha lugar.)

29. *Responsabilidad civil y procedimiento penal. Indulto. Prescripción.*—Terminado el procedimiento penal sin haber recaído condena del inculpado, por concesión del indulto establecido por el Decreto de 23 de septiembre de 1971, dando por extinguida la responsabilidad penal y reservando a las partes el derecho a reclamar la responsabilidad civil por el procedimiento que correspondiese, la acción que por esta vía tenía que ser ejercitada es indudable lo había de ser la del artículo 1.902 del C. c. y dentro del plazo especialmente señalado para su ejercicio en el artículo 1.968, núm. 2.º, del Código civil. (Sentencia de 27 de marzo de 1979; ha lugar.)

30. *Responsabilidad por daños. Accidente mortal producido tras la reparación de una máquina paleadora. Irresponsabilidad de la empresa encargada de la reparación.*—No es responsable la empresa que asumió la reparación de una máquina paleadora por un accidente que se produjo, una vez finalizada la reparación, a causa de la torpe manipulación de aquella por un empleado del propietario, por lo que resulta la absoluta inaplicación del artículo 1.588 del C. c.

Omisión de la precaución y cautela exigibles. Culpa «in operando» e «in vigilando». Responsabilidad en el orden civil con independencia de normas laborales y de seguridad social.—Establecida la inobservancia de elementales normas de precaución y cautela exigibles en la realización del acto llevado a efecto por quien no reunía las condiciones idóneas para ello, con la autorización y beneplácito de su patrono, que conocía esa falta de aptitud profesional, resultan inoperantes las normas de la Ley de Seguridad Social y Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, pues aparte de que no han sido objeto de exégesis ni aplicación por el Tribunal de Instancia, la causa del evento dañoso no deviene de un mero accidente laboral surgido del normal desarrollo del trabajo que el interfecto había de prestar, sino de la culpa «in operando» e «in vigilando» de los recurrentes, dándose, por consiguiente, los requisitos necesarios para el éxito de la acción ejercitada al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del C. c.

Compatibilidad de la indemnización impuesta en vía civil con la declarada por la jurisdicción laboral.—Ambas son perfectamente compatibles, conforme tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, recientemente reiterada en Sentencias de 13 de abril de 1977 y 23 de mayo de 1978.

Incongruencia. Indemnización cuya cuantía deja el actor a discreción del juzgador. Condena de dos demandados y absolución de otros tres.—Al absolver a tres demandados y condenar solamente a los dos recurrentes, no incurre la Sentencia en el denunciado vicio de incongruencia ni tampoco otorga más de lo pedido, toda vez que habiendo dejado la parte actora a

la discreción del juzgador la fijación de la cuantía de la indemnización no cabe hablar de exceso en la condena que han de soportar los recurrentes, satisfaciendo dicha cantidad en la forma que la resolución recurrida establece, por alcanzar solamente a ellos la responsabilidad del acto determinante del daño.

Casación. Defectos del recurso.—La inclusión en un solo motivo, de manera confusa y sin la debida separación, del imputado error de hecho y de derecho, vulnera la exigencia del párrafo 2.º del artículo 1.720 de la LEC.

Documento auténtico.—No lo son los dictámenes periciales.

Error de derecho. Normas valorativas de prueba y dictámenes periciales. Los artículos 628 y 632 de la LEC, citados como infringidos, no contienen norma alguna de valoración de prueba de obligado cumplimiento, antes al contrario, el artículo 632 claramente dice que el Tribunal no está obligado a sujetarse al dictamen de los peritos, ya que esta clase de prueba está sometida a la discrecional apreciación del juzgador de instancia y las reglas de la sana crítica no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación.

Legitimación «ad processum» y legitimación «ad causam». Excepción dilatoria del artículo 533-4.º de la LEC.—Tal excepción dilatoria sólo puede utilizarse con base en la falta de personalidad en el demandado, que afecta al Derecho formal o legitimación «ad processum», y no puede fundarse en otra causa, propia del Derecho sustantivo, como lo es la legitimación «ad causam», la que, por otra parte, concurre en el patrono a cuyas órdenes trabajaba, en el momento de producirse el accidente, el causante material del mismo. (Sentencia de 29 de abril de 1980; no ha lugar.)

31. *Culpa extracontractual. Daños ecológicos. Inmisiones de gases tóxicos procedentes de central térmica que quema carbón de mala calidad. Doctrina general.*—El problema de las inmisiones por humos, gases o emanaciones tóxicas, y el resarcimiento de los daños causados por la *inmissio in alienum*, concreto aspecto de las relaciones de vecindad, son resueltos en el Derecho comparado (arts. 848 C. c. italiano, de 1.942 y 1.346 C. c. portugués, de 1.966, entre otros) acudiendo a los criterios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las molestias, atendidas las condiciones del lugar y la naturaleza de los inmuebles, criterios a los que también responde la Ley 367 pár. 1.º de la Compilación de Navarra, y si bien el C. c. no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual del art. 1.902, y de las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los arts. 590 y 1.908, pues es regla fundamental que «la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina» (Sentencia 17 febrero 1968), a lo que cabe añadir el Reglamento de 30 noviembre 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y el art. 5.º núm. 2 de la Ley de 19 noviembre 1975 sobre deshechos y residuos sólidos.

Industrias de interés nacional. Responsabilidad objetiva.—El ejercicio de una industria, no obstante su interés para la economía nacional, debe desenvolverse en su funcionamiento guardando el debido respeto a la propiedad

ajena, ya que el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares, antes por el contrario el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excuye la justa exigencia de resarcir el quebranto patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos, indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota de objetiva.

Medidas de prevención del daño.—El perjudicado puede reaccionar contra la causación del deterioro, instando la cesación de la actividad lesiva mediante el uso de los remedios que detengan su desarrollo, pues la necesidad de poner término a la producción dañosa ha de ser calificada como efecto jurídico del agravio, y en tal sentido, si ya añejas resoluciones de este Tribunal (Sentencias de 28 junio 1913 y 24 febrero 1928) han dado viabilidad a la acción de condena a la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación de las inmisiones ilícitas, otras posteriores (Sentencias de 23 diciembre 1952, 5 abril 1960 y 14 mayo 1963) declaran que la protección de los derechos no se contrae exclusivamente a la reparación de los perjuicios ya originados, sino que también ha de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales.

Prescripción extintiva. «Dies a quo». Daños continuados y daños permanentes. Interpretación restrictiva.—Debe rechazar la excepción de prescripción extintiva alegada por las siguientes consideraciones: 1.ª En los casos de comportamiento ilícito continuado o permanente, no ha dejado de sostener la doctrina científica el criterio de que el día inicial de la prescripción será no el del comienzo del hecho, sino el de su verificación total, ya que si *prima facie* parece justo iniciar el cómputo del tiempo en el de su plena efectividad e incluso el de su cesación, la solución opuesta limitando con rigor el derecho al resarcimiento, fraccionaría de manera artificiosa la prescripción, creando tantos términos iniciales cuantos fuesen los días en que se realizase, a través del tiempo, la acción lesiva para la esfera jurídica ajena. 2.ª Si bien la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el comienzo de la prescripción en el evento de daños continuados hay que referirlo a la fecha de iniciación de la actividad perjudicial, lo hizo a la vista de actos dañosos presentados en su realización con la sustantividad necesaria para iniciar el cómputo (Sentencias de 23 junio 1913, 8 julio 1947 y 25 junio 1966), y que conste inequívocamente el tiempo de comienzo de la acción lesiva (Sentencia de 31 enero 1968), teniendo presente además que la prescripción extintiva o liberatoria, como institución no basada en fundamentos de intrínseca justicia, merece en su aplicación un tratamiento restrictivo (Sentencia de 17 diciembre 1979). 3.ª No pueden ser identificados los supuestos de daños continuados y de daños permanentes con aquellas situaciones en que una serie de actos sucesivos provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de nocividad más acusada que la simple suma de los repetidos agravios (Sentencia 26 octubre 1971), y en el presente

caso el Tribunal de Instancia, partiendo de la material imposibilidad de señalar un *quantum* en la causación anual de los daños, obtiene una cantidad total en la que cobra relieve el perjuicio sufrido por los castañares, traducido en la minoración de su desarrollo y rendimiento, y también otras especies por el efecto de los gases y las cenizas o polvo a lo largo de todo el tiempo, con una consecuencia final cuya significación económica se presenta con destacado valor.

Exceso de jurisdicción. Competencia de la ordinaria.—En esta zona de tangencia entre la jurisdicción común y la contencioso-administrativa hay que distinguir entre lo que es materia que atañe a la propiedad privada y a su protección, de incuestionable carácter civil, y lo que afecta a los intereses generales o públicos, de inequívoca naturaleza administrativa, aspectos que es preciso separar, debiendo tenerse en cuenta que tanto el artículo 15 de la Ley de 22 diciembre 1972, de protección del ambiente atmosférico, al atribuir a la Administración la exclusiva competencia en orden a «la determinación de las medidas correctoras que se hayan de imponer a cualquiera de los focos emisores», como los arts. 1.º, 2.º y 3.º del D. de 6 febrero 1975, que reiteran esa competencia administrativa, aluden en locuciones de gran amplitud a la «defensa contra la contaminación atmosférica», atendiendo, en palabras del preámbulo de dicha Ley, a los «estados generales de perturbación del medio ambiente» con «graves situaciones de incomodidad y morbilidad en la población localizada en determinadas zonas de alta concentración demográfica, industrial y de tráfico» y «perturbación irresistible del equilibrio ecológico general», problemas que por su generalidad y explícita referencia a los intereses públicos no puedan equipararse a la lesión patrimonial y al resarcimiento a causa de inmisiones dañosas en fundos determinados.

Daños ocasionados por inmisiones. Vis atractiva de la jurisdicción ordinaria.—Según reiterada jurisprudencia, no invaden los Tribunales el campo de la Administración al imponer la ejecución de medidas correctoras contra los daños ocasionados por *inmissio*, precisando la Sentencia de 19 febrero 1971 que una cosa es el permiso de instalación de una industria y la indicación de los elementos que deben ser acoplados para evitar daños y peligros, cometido propia de la Administración, y otra bien distinta que cuando por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o adolezcan de insuficiencia, se produce un daño en la propiedad de tercero y se sigue un conflicto, su conocimiento compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, debiendo añadirse que, según doctrina de esta Sala (Sentencias de 1.º febrero 1966, 8 julio 1968 y 5 junio 1976, entre otras), la jurisdicción ordinaria es fuente o raíz de todas las demás y por ello tiene *vis atractiva* en los casos dudosos.

Medidas correctoras sobrevenidas.—La circunstancia de que la parte demandada realizase medidas correctoras en el equipo de depuración, con mucha posterioridad a la fase expositiva del debate e incluso a toda la tramitación de la alzada, es un hecho sobrevenido no susceptible de decisión en la Sentencia, pero que no es óbice a que en período de ejecución pueda cobrar la debida eficacia. (Sentencia de 12 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

Notable y meditada Sentencia (Pte. Jaime de Castro García) sobre un problema de extraordinaria actualidad, proclive a actuaciones públicas de tipo demagógico. Con nitidez se deslindan los respectivos campos de actuación entre la Administración y la jurisdicción ordinaria, así como se señala el matiz objetivo de esta responsabilidad —presente ya en alguna de las hipótesis contempladas en el viejo art. 1.908—, al par que se resuelve un interesante problema relacionado con la prescripción extintiva en la cuestión del *dies a quo*. En la reforma del título preliminar se dio entrada en el art. 7.º, 2, a la adopción de medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso del derecho, lo que con carácter general, a mi juicio, legitima la adopción de medidas preventivas de un resultado dañoso.

G. G. C.

32. *Culpa extracontractual. Daños por inmisiones de polvo de fábrica de cemento a plantación de naranjos. Antijuridicidad.*—Aunque nuestro C. c., siguiendo al francés, no menciona expresamente la nota de antijuridicidad en el art. 1.902, no cabe duda que ha de verse la misma no sólo en la actuación ilícita caracterizada por la falta de diligencia contraria a una disposición legal, sino también en las consecuencias de actos lícitos no realizados con la prudencia que las circunstancias del caso requerían; por ello no puede estimarse lícito el hecho de expeler y dispersar la demandada abundante cantidad de polvo perjudicial cuando hay medios técnicos para evitarlo (Sentencias de 23 diciembre 1925 y 14 mayo 1963).

Daños normalmente derivados de explotación permitida. Obligación de resarcimiento.—Aun en casos de funcionamiento de una industria previas las precauciones señaladas en los Reglamentos, su ejercicio ha de guardar el debido respeto a la propiedad ajena, de modo que debe indemnizar a los perjudicados por los daños normalmente derivados de esa explotación permitida, radicando entonces el deber de indemnizar, más que en la antijuridicidad del acto, que hasta cierto punto no sería contrario a derecho, en la exigencia de justicia conmutativa de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque autorizado, ha de resarcir a quien hubo de soportar la perturbación o menoscabo de su derecho de propiedad, verificando las instalaciones precisas para evitar los daños y acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones.

Medidas preventivas contra inmisiones.—La Sentencia de 12 diciembre 1980 declaró que el perjudicado puede reaccionar contra la causación del daño instando la cesación de la actividad lesiva mediante el uso de los remedios que detengan su desarrollo y para que se adopten medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales. (Sentencia de 17 de marzo de 1981; no ha lugar.)

El daño consistió en la emisión de gran cantidad de polvo residual, que se depositó en la superficie de los árboles, que con el tiempo y la acción de agentes atmosféricos formaron una corteza de cemento que afectó sustancialmente al proceso vegetativo del árbol, dañándole y disminuyendo inmediatamente su producción. El supuesto de hecho es muy similar al de la Sentencia de 12 diciembre 1980 que aquí se cita (v. su comentario en este número del ANUARIO, n. 32), en que se trataba del óxido de azufre, polvo y ceniza emanados de una central termoeléctrica, que se depositaban en plantaciones vecinas de árboles frutales. La doctrina de la responsabilidad civil por daño lícito, tan difundida en la doctrina italiana, comienza a ser acep-

tada por nuestra Sala 1.ª. Es ya jurisprudencia consolidada que el perjudicado puede pedir medidas de prevención contra el daño.

G. G. C.

33. *Culpa extracontractual. Daños por explotación de canteras en fincas próximas. Cumplimiento de disposiciones reglamentarias.*—La circunstancia de que la explotación de la cantera haya venido verificándose con estricta sujeción a las disposiciones reglamentarias en materia de minas, y bajo la correspondiente Inspección, no es determinante de exención de culpa, dado que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños no han ofrecido resultado positivo, se revela la insuficiencia de las mismas y que algo falta por prevenir, no hallándose completa la diligencia (Sentencias de 7 enero 1960, 5 abril 1963 y 29 mayo 1972, entre otras).

Prescripción extintiva. Interrupción.—La Sentencia reconoce que los demandantes vinieron formulando reclamaciones a la entidad recurrente demandada, denuncias al Gobierno Civil de la provincia y a la Delegación Provincial del Ministerio de Industria, con resultado infructuoso, lo que significa que mantenían en vigencia sus derechos con relación a las consecuencias dañosas generadas y productoras de los daños reclamados, y por tanto no se comportaban con la inacción o dejación de derechos que es base vitalizante de toda situación en prescripción.

Daños continuados. «Dies a quo».—Se trata de una sola actividad surgida de la explotación de la cantera, consecuencia de la realización continuada de explosiones, que se integra en relación de concausa en la conducta dañosa resultante, y sin posibilidad de cómputo de inicio de prescripción hasta la producción del resultado, que en caso de autos lo fue sin transcurso del año prevenido en el art. 1.968-2.º; de admitirse la interpretación contraria, según Sentencia de 22 octubre 1932, se llegaría al absurdo de que quien hubiese dejado pasar el plazo de inicio de una de las circunstancias concadenantes y cooperantes, y en manifestación de concausa del resultado dañoso, tendría que resignarse a padecer indefinidamente los males del negligente obrar ajeno, lo que pugna con los más elementales principios de justicia y equidad. (Sentencia de 12 de febrero de 1981; no ha lugar.)

Los daños reclamados no fueron producidos por una única explosión o voladura en la cantera de la entidad demandada, sino por un número indeterminado de voladuras que se verificaban cada tres o cuatro días, o con cierta periodicidad, y que iban ocasionando daños en los inmuebles. Se trata de caso típico de daños continuados, caracterizados, quizá, por la circunstancia que en caso análogo puso de relieve la Sentencia de 12 diciembre 1980, de que el resultado final no es mera suma de las voladuras parciales, sino algo distinto y superior. No se prueba en autos que los perjudicados tuvieran conocimiento anterior en varios años de los daños, sino que la Sentencia declara que desde el comienzo de las voladuras no había transcurrido el plazo de prescripción. La doctrina es de aprobar plenamente.

G. G. C.

34. *Responsabilidad extracontractual. Carácter directo de la responsabilidad por hechos ajenos.*—Cierto es que, según la doctrina de esta Sala, la responsabilidad sancionada por el artículo 1.903 del Código civil no tiene

carácter subsidiario, sino directo, indicándose con ello que no hay necesidad de reclamar previamente al causante real del daño.

Necesidad de la conducta culpable del dependiente.—Esta doctrina hay que entenderla y seguirla junto a su complementaria, contenida en las Sentencias de 3 de octubre de 1961, 16 abril de 1963, 23 de febrero de 1966, 25 de octubre de 1966 y 6 y 3 de mayo de 1967, expresivas de que el matiz subjetivista aplicable al artículo 1.903, en el sentido de exigir una rigurosa prueba de la diligencia empleada «in vigilando» o «in eligendo», no puede llevar a construir dicha responsabilidad sobre el mero hecho de la dependencia, ya que se precisa que se haya atribuido al dependiente un acto u omisión culposo o negligente, y ello porque la acción directa del artículo 1.903 opera en función y efectividad de la prevista en el artículo 1.902, de cuyos términos se infiere que los artículos 1.903 y 1.904 presuponen la evidencia de un daño causado por culpa o negligencia por persona que compromete en su responsabilidad civil a un tercero, y es esa declaración o admisión de culpa en el causante material del daño —dependiente— la constitutiva del soporte de hecho y legal necesario para dar lugar, en segundo grado, también extracontractual, a la responsabilidad de aquellas personas obligadas a responder por la primera; doctrina, por otra parte, compartida por la jurisprudencia foránea, tal la de la casación italiana, al exigir, entre otros requisitos, para establecer la responsabilidad del dueño, la existencia de culpa del dependiente.

La responsabilidad de primer grado del empresario.—La responsabilidad del dueño o empresario no siempre es de segundo grado (artículo 1.903) y directa (doctrina legal), con la posibilidad de serle exigida con la del otro autor corresponsable en el ámbito y consecuencias de su acción, como le será exigible al dueño y empresario dentro de la suya, supuesto que es evidentemente el de autos. (Sentencia de 25 de octubre de 1980; ha lugar.)

Hechos.—Recogiendo grava en una cantera, no respondieron los frenos de una máquina pala, lo que motivó la muerte de una persona. Los herederos de ésta demandaron al conductor de la máquina pala y al empresario del mismo. El Juzgado absolvió al conductor y condenó al empresario. La Audiencia Territorial absolvió también al empresario. El Tribunal Supremo acogió el recurso de casación interpuesto, confirmando la sentencia del Juzgado.

NOTA.—1) Como señala la sentencia anotada, nuestra jurisprudencia afirma de manera reiterada que el empresario sólo responde cuando el dependiente ha incurrido en culpa. Este punto de vista es dominante en la doctrina científica, que afirma que es requisito necesario para la aplicación del párrafo 4 del artículo 1.903, que el hecho dañoso sea consecuencia de una acción culposa del dependiente (*cfr.*, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1979, p. 664; ROGEL, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 148, etc.). Frente a esta tesis, dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, algún autor (RUBIO, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971, pp. 59-60) ha puntualizado que en el caso de la actividad de la empresa no juega ningún papel el carácter, culposo o no, de la conducta del agente; no puede tener importancia en lo que respecta al empresario en sí, ajeno sociológicamente al evento dañoso, ni en el auxiliar, que no esté obligado a una diligencia de empresario. Basta que el daño se refiera a la actividad de la organización en sí misma, que proceda de hechos acontecidos en el ámbito del funciona-

miento de la empresa. Por nuestra parte pensamos que ciertamente la dicción literal del párrafo 4.º del artículo 1.903 no exige como requisito de aplicación la culpabilidad del dependiente, pero pensamos que este párrafo no puede interpretarse desconectado del párrafo 1.º del citado artículo. Del mismo se infiere que debe concurrir un acto u omisión culposa del dependiente.

2) El carácter directo y no subsidiario de la responsabilidad derivada del artículo 1.903 es afirmado por nuestra jurisprudencia en base a que la misma se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos (Sentencias de 16 de abril de 1963 y 15 de febrero de 1975).

Es interesante señalar que el artículo 1.903, a diferencia de los artículos 21 y 22 del Código penal, no menciona ni regula una responsabilidad civil subsidiaria. Las expresiones «en defecto» o «subsidiariamente» que aparecen en los citados preceptos del Código penal no existen en el artículo 1.903. Tal vez por ello, y por el deseo de proteger adecuadamente al tercero perjudicado, doctrina y jurisprudencia (*cfr.*, ROGEL, *Op. cit.*, p. 159, y DE ANGEL, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pp. 62-63) estiman unánimemente que la responsabilidad ex artículo 1.903 es directa. Sin embargo, GARCÍA GOYENA llegó a una solución diferente, teniendo en cuenta el Código penal, que establecía el carácter subsidiario de la responsabilidad de los amos, maestros y personas dedicadas a cualquier género de industrias por delitos o faltas de sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de sus funciones. Apunta el citado autor, al comentar el artículo 1.901 del Proyecto de 1851, que «subsidiaria, pues, debe ser también la responsabilidad civil en los casos de los párrafos 4.º y 5.º de este artículo, porque no debe ni puede ser más fuerte e intensa la responsabilidad por simple culpa o negligencia que la procedente de falta o delito».

A. C. S.

35. *Culpa extracontractual.—Daños por accidente de circulación. Eficacia civil de las sentencias penales.*—Entre los pronunciamientos contenidos en las sentencias que ponen fin a los procesos penales absolviendo a los reos, y los que con posterioridad y a requerimiento de los interesados puede emitir esta jurisdicción civil, no existe otra vinculación que la establecida en el art. 116 LEC, párr. 1.º, prohibitivo de que se vuelva sobre hechos que la sentencia penal hubiera declarado que no existieron, disfrutando, por lo demás, los tribunales civiles de plena libertad para fijar la *quaestio facti* y para el juicio axiológico o valorativo.

Prescripción extintiva mediante telegramas adverbados en autos.—Según Sentencia de 27 junio 1969, ha pasado a ser apotegma jurídico el que la apreciación de la prueba suministrada por las partes acerca de la interrupción, o no, del plazo de la prescripción, es de la exclusiva soberanía de la Sala sentenciadora.

Interés social de las indemnizaciones por accidente. Tratamiento restrictivo de la prescripción extintiva.—La Sentencia de 17 diciembre 1979, contemplando a la prescripción como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, advierte que está llena de sentido e interés social y obliga a tener en cuenta la finalidad de este último carácter que late en la legislación sobre uso y circulación de vehículos de motor y a examinar todos los aspectos implícitos en la noción de seguridad jurídica de un lado y otro, es decir, acreedor y deudor, atendiendo

al preferente interés social subyacente en favor del perjudicado a quien se quiere proporcionar un efectivo y seguro resarcimiento, de cuyo propósito resulta la conclusión de que no debe perjudicar a la víctima una aplicación técnicamente desmedida del derecho, fundada en una aplicación rigorista de la prescripción que, como instituto no fundado en la intrínseca justicia, debe merecer un tratamiento restrictivo.

Fuerza mayor extraña a la conducción.—No lo constituye el accidente ocurrido por una colisión entre dos vehículos al evitar la colisión entre otros dos no identificados que habían efectuado, al parecer, un adelantamiento indebido, lo que debe conceptuarse como «hecho de la circulación». (Sentencia de 16 de marzo de 1981; no ha lugar.)

36. *Concurrencia de culpas contractual y extracontractual. Doctrina general.*—Es cierto que nuestro C. c., al igual que otros extranjeros, distingue entre daños derivados del incumplimiento de contrato (art. 1.101 ss.) y de culpa extracontractual (art. 1.902 ss.), pudiendo modernamente situarse al lado de esas dos fuentes de responsabilidad, la derivada del riesgo creado por ciertas actividades peligrosas, pero no obstante esa separación de campos de resarcimiento de daños se ha declarado por la jurisprudencia (Sentencia de 24 marzo 1952, entre otras) que los arts. 1.101 y 1.902 responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora, siendo aplicable el art. 1.104 a todo género de obligaciones (Sentencia de 23 diciembre 1952); pudiendo optar el perjudicado entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea, al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, siempre que el perjudicado por la doble infracción sea la misma persona, y que la doble infracción haya sido cometida por la misma persona, por sí o por medio de sus dependientes, y que si bien el principio general es la aplicación preferente de la responsabilidad contractual (Sentencia de 3 mayo 1924), ello tiene excepciones derivadas de la doctrina de la unidad de la culpa civil, pues como declaró la Sentencia de 3 octubre 1967, cualquiera que sea la calificación de la culpa, la responsabilidad alcanza a los actos propios y a los de aquellas personas de quienes se debe responder por hechos de intervención en el cumplimiento material del contrato, y estas excepciones se acentúan cuando el principio de unidad de culpa civil ha de compaginarse con los principios procesales de instancia de parte y el de congruencia de las sentencias.

Culpa extracontractual. Daños causados por vuelco de grúa. Culpa del dependiente. Responsabilidad del empresario.—El causante material de los daños, conductor de la grúa propiedad de los demandados, dependía laboralmente de éstos, y en el manejo de la máquina actuó con evidente negligencia, siendo ello requisito indispensable para exigir la responsabilidad al empresario, de naturaleza directa, que se funda, según Sentencia de 16 abril 1963, en el incumplimiento de deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo su dependencia, y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos, no siendo necesario que se demande también al dependiente, sin perjuicio de que la empresa pueda repetir contra éste.

Responsabilidad de los socios de sociedad colectiva.—El suceso dañoso

ocurrió antes de nacer a la vida jurídica la sociedad mercantil de responsabilidad limitada en que se transformó la preexistente sociedad colectiva por lo cual la constitución de aquélla no perjudica a los terceros, como es la entidad actora perjudicada; por otro lado, los socios de una sociedad colectiva estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, por los daños debidos a actos ilícitos de sus dependientes, cuando se hagan a nombre y por cuenta de la compañía (arts. 127 C. com. y 1.904, núm. 4.º, Código civil), y dicha responsabilidad, al ser ilimitada, es compatible con la aplicación del art. 1.911 C. c., a cuya responsabilidad el art. 127 C. comercio añade la nota de solidaridad. (Sentencia de 30 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

37. *El artículo 1.903 no establece una enumeración taxativa.*—Se olvida que el art. 1.903 contiene un párrafo primero, donde, de una forma general, declara la responsabilidad no por los actos propios, a que se refiere el artículo 1.902, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder; refiriéndose los cinco párrafos siguientes a casos particulares de responsabilidad por hechos ajenos, y sin impedir que en el principio general contenido en el párrafo primero se incluyan supuestos como el recogido por la sentencia recurrida, relativo a la responsabilidad del recurrente por los actos de empresas o técnicos a quienes encargó la realización material de la obra, respecto de los cuales no se probó haber empleado toda la diligencia que para prevenir el daño le exige para quedar exento de responsabilidad el párrafo último del tan citado artículo 1.903.

Responsabilidad por hechos ajenos.—La responsabilidad derivada del artículo 1.903 es una responsabilidad directa, que es consecuencia de no haber empleado la debida cautela en la elección de quienes trabajaron por su cuenta; todo ello consecuencia de la moderna tendencia doctrinal y jurisprudencial que se encamina a imponer a quienes deben responder de los actos de otro más que presunciones de culpa, nunca desvirtuadas, declaraciones de responsabilidad, si no plenamente objetiva, sí al menos atenuada, en atención sobre todo a deberes de conciencia social y de prevenir los riesgos que determinadas actividades traen consigo para otras personas y bienes jurídicamente protegidos.

Inaplicación del artículo 1.909 del Código civil.—Es de tener en cuenta que el artículo citado como inaplicado (el artículo 1.909) contempla un supuesto de hecho referido a los dos artículos anteriores, 1.907 y 1.908, pero de la interpretación sistemática precisa resulta que el artículo 1.907, y por remisión el artículo 1.909, se refieren a los «daños que resulten de la ruina de todo o parte» de un edificio sobrevenidos a causa de falta de las reparaciones necesarias o, en el caso del 1.909, a causa de defectos de construcción, y este supuesto es distinto del que deriva de los hechos probados en la instancia, donde el documento privado alude de forma inequívoca a «desperfectos que con motivo de las obras se ocasionen», concepto ajeno y mucho más amplio que el de daños derivados de ruina total o parcial por defectos de construcción. (Sentencia de 24 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—El propietario de una casa contrató a diversos profesionales para que procediesen a su demolición y a la construcción de una nueva.

A consecuencia de esta obra, en la casa colindante se produjeron grandes desperfectos. Los propietarios de ésta ejercitaron una acción basada en la culpa extracontractual, con apoyo en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil. Esta acción se dirigió exclusivamente contra el propietario. El Juzgado condenó al demandado a indemnizar a los demandantes. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—1) En esta sentencia nuestro Tribunal Supremo hace responsable al propietario; que ha encargado a diversos profesionales la demolición de un edificio antiguo y la construcción de uno nuevo, de los daños causados a terceros (los propietarios de los edificios colindantes) por las citadas obras. El fallo se fundamenta en el párrafo 1.º del artículo 1.903 del Código civil: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.» Por consiguiente, el propietario es responsable frente a terceros de los actos u omisiones de los profesionales que ha contratado para la realización de las obras. Tan sólo se exonera de esta responsabilidad, si prueba que empleó la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (párrafo último del artículo 1.903). El hecho de que este artículo establezca una serie de supuestos concretos de responsabilidad por hechos ajenos, no es un argumento en contra de la solución propuesta, porque el párrafo primero del artículo 1.903 establece una regla general, donde pueden incluirse supuestos como el planteado en la sentencia. La responsabilidad del propietario, en tal caso, es directa, si bien, según nuestro Tribunal Supremo, no excluye que el tercero pueda dirigirse contra la persona de quien debe responder éste. Conviene recalcar que nuestro Tribunal Supremo excluye todo intento de encajar el caso en el párrafo 4.º del artículo 1.903. Trata de solucionar el problema en base al párrafo 1.º de este artículo. Hay que tener en cuenta que en el caso planteado el propietario no es una empresario, y que la relación que lo vinculaba con el contratista no era de dependencia. Estos estaban vinculados por un contrato de obra, que, en sí mismo, no genera una relación de dependencia, debido a la autonomía que conserva el contratista en la ejecución de su prestación.

2) La tesis del Tribunal Supremo, en la sentencia anotada, es diferente de la defendida por nuestra doctrina científica (*cfr.*, DE ANGEL, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, p. 61), con excepción de SANTOS BRIZ (*La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, p. 331). Además es absolutamente dominante en el Derecho francés, en relación con el artículo 1.384, y de tenor muy semejante al del artículo 1.903 (*cfr.*, CARBONNIER, *Droit Civil*, IV, París, 1976, p. 369; MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, II-1, *Obligations*, París, 1980, p. 474). Se afirma el carácter taxativo del artículo 1.903 del Código civil español, con argumentos muy convincentes: a) El artículo 1.903 constituye una excepción a la regla primordial del artículo 1.902, en virtud del cual sólo se responde de los hechos propios que hayan causado daños a otros mediando culpa o negligencia, por lo que no parece admisible su extensión a hechos diferentes de los mencionados en el mismo; b) No puede extenderse por analogía un precepto que impone responsabilidades; c) En el comercio al artículo 1.901 del Proyecto de 1851, que es el precedente inmediato del artículo 1.903, GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, IV, Madrid, 1852, p. 256) puntualiza que la ley presume que el hecho acaeció por culpa o negligencia de las personas enumeradas en este artículo.

En alguna sentencia nuestro Tribunal Supremo ha afirmado el carácter exhaustivo de los supuestos enumerados en el artículo 1.903. Destaca en este sentido la Sentencia de 30 de abril de 1969. Sin embargo, a partir de la Sentencia de 22 de febrero de 1976, nuestro Tribunal Supremo parece orientarse por la dirección contraria, como prueba la sentencia que anotamos.

3) Al entender, de acuerdo con los argumentos expuestos, que el artículo 1.903 establece una enumeración taxativa de los supuestos de responsabilidad por hechos ajenos, no podemos aplicarlo para solucionar el problema, porque el caso planteado no encaja en ninguno de los supuestos mencionados en el citado precepto. Tampoco podemos aplicar el artículo 1.907, porque el caso planteado no es contemplado por el mismo. Pensamos, por tanto, que el propietario sólo responderá frente a los terceros perjudicados por los daños derivados de la obra de demolición encargada al contratista si se cumplen las condiciones del artículo 1.902. Esta solución se infiere de numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 22 de junio de 1974, 13 de marzo de 1976 y 26 de diciembre de 1978), que, en aplicación del artículo 1.902, condenan al propietario a indemnizar a los propietarios de los edificios colindantes y, en general, a los terceros por los daños que éstos sufren a consecuencia de las obras de demolición o excavación de terrenos. Esta solución es correcta. Si los daños que sufren los edificios colindantes no sólo se deben a la conducta negligente del arquitecto o del contratista que han realizado las obras de demolición o excavación, sino también a la propia negligencia del propietario comitente, éste responde igualmente frente a los terceros perjudicados. De igual manera, si el propietario comitente no incurre en responsabilidad ex artículo 1.902, los terceros perjudicados sólo tienen acción contra el arquitecto o el contratista que ha actuado negligentemente, en virtud de los artículos 1.902 y 1.909. En este sentido, el texto del artículo 1.909 es sumamente significativo: «Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal.» Su sentido, que se infiere claramente de su texto, es señalado con notable claridad por GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, IV, p. 257), al comentar el artículo 1.903 del Proyecto de 1851: «Nuestro artículo es en su segundo párrafo más justo y humano que el francés y demás extranjeros. ¿Por qué se ha de añadir más aflicción al afligido? ¿No basta que el propietario *inculpable* pierda su casa por la impericia del arquitecto? ¿No responde éste de la solidez de la obra durante diez años, según el artículo 1.532? Acuda el vecino dañado contra el solo culpable; si resultare insolvente, no perderá en ello menos el otro propietario: siempre he buscado, y siempre en vano, una razón, o socolor de ella, para excusar la dureza e inconsecuencia de los artículos franceses, 1.792 y 1.836.»

A. C. S.

4. Derechos reales

38. *Accesión invertida. Se contrae al caso de construcción extralimitada.* Por accesión invertida hemos de entender, conforme la ha configurado la doctrina de esta Sala, llenando un vacío legal al no poderse encuadrar en la accesión del artículo 361 del C. c., toda edificación en suelo que en parte pertenece al constructor y en parte al propietario del fundo colindante, determinando que lo principal sea lo edificado y lo accesorio la porción de terreno invadido, dando con ello lugar a que el suelo ceda al edificio y de ahí aquella denominación.

Edificaciones provisionales y esbozo de algún camino, realizados en su totalidad en el fundo ajeno.—En modo alguno pueden ser constitutivos de supuestos que encajen en lo que se entiende por accesión invertida.

Accesión normal. Opción que asiste al dueño del terreno al amparo del artículo 361 del C. c., y que se deja para ejecución de sentencia.—Dejando el fallo para ejecución de sentencia la opción que asiste a los actores establecida en el artículo 361 del C. c., «en cuyo período se harán, en su caso,

las declaraciones accidentales y complementarias que fueren precisas», no puede decirse que el juzgador incurra en interpretación errónea del mencionado artículo, por la simple reflexión del recurrente sobre la presunción de que ello dará lugar a nuevos litigios o estime problemática la forma de llevarse «los cientos de camiones de tierra acarreados a la finca». (Sentencia de 28 de abril de 1980; no ha lugar.)

39. *Propiedad horizontal: determinación de si un patio es elemento común o parte integrante de los pisos bajos.*—Ha de prosperar la inaplicación denunciada de los artículos 1.281, 1.285 y 1.286 Código civil, ya que de los términos claros de la escritura de constitución, de la interpretación sistemática, de sus cláusulas y de su sentido lógico, se desprende obligadamente que la reducida franja de terreno que a manera de pequeño patio se halla al fondo de la finca urbana constituye elemento común y no privativo de los titulares de la planta baja.

Interpretación de la escritura de constitución de la propiedad horizontal. Para que un elemento pueda ser considerado como anejo o accesorio de los pisos bajos sería menester que el título contuviese la indispensable referencia sobre ese extremo, según previene el artículo 5.º de la Ley, pues todo lo que pertenece a la entidad registral y no figura singularmente atribuido a pisos o departamentos determinados, se entenderá integrado en los elementos comunes, solución acogida por alguna decisión de esta Sala (Sentencia 11 octubre 1967) y de la Dirección General de los Registros (Resolución 28 de febrero de 1968).

Principio de legitimación registral.—Se han violado también los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria, pues se ha desconocido la titularidad común de ese patio en contra de lo proclamado por el Registro de la Propiedad.

Utilización de la cosa común.—Según imponen los artículos 5.º, párrafo 4.º, y 11 de la Ley y el artículo 397 Código civil, la atribución del uso o aprovechamiento a uno solo de los condueños, excluyendo a los restantes, requiere el consentimiento de todos los propietarios, aparte de que entraña modificación del título constitutivo, necesitada de unanimidad con arreglo al artículo 16 de la Ley especial. (Sentencia de 3 de marzo de 1981; ha lugar.)

40. *Arrendamiento de local de negocio. Retracto. Interpretación extensiva.*—La doctrina contenida en Sentencias de 18 diciembre 1954, 26 marzo 1960 y 25 abril 1963, si ciertamente proclama la finalidad social de los derechos de tanteo y retracto concedidos por la legislación arrendaticia urbana e incluso propugna la procedencia de una interpretación extensiva en los casos dudosos, no admite —ni podría hacerlo— la viabilidad de esa preferencia adquisitiva cuando el local ocupado por el arrendatario no constituye una finca con real independencia, sino que es parte de un conjunto unitario.

Objeto del retracto de local de negocio. Agrupación de locales arrendados. «Fraus legis». Inexistencia de fraude en la venta de un edificio completo como finca única.—El derecho de adquisición preferente concedido al arrendatario de local de negocio, cuya finalidad estriba en facilitarle el acceso a la propiedad de la sede física de su establecimiento, evitando posibles

deshaucios y cumpliendo una función social de indudable relevancia, requiere como presupuesto básico que el objeto de la transmisión venga constituido por un local o espacio independiente, dotado de sustantividad, o de una finca en la que haya un solo arrendatario, pero no cabe su ampliación a casos distintos, según Sentencia de 27 junio 1969; la hipótesis de «agrupación» a que se refiere el artículo 47 LAU, previniendo confabulaciones impositivas del retracto mediante la arbitraria suma o acumulación de locales arrendados, pretende atajar una actitud dolosa del arrendador tendente a burlar esa preferencia adquisitiva; pero según repetida doctrina jurisprudencial no cabe apreciar tal proceder reprochable cuando la enajenación abarca la totalidad de una finca que constituye una unidad patrimonial, aunque ocupada por varios arrendatarios, ya que sería conclusión absurda y, como tal, inadmisibles entender que los pisos o locales han sido agrupados en tal supuesto a los solos fines del contrato, por lo cual, si se trata de la venta de un edificio completo, integrante de una sola unidad jurídica, con linderos para el conjunto e inscrito como finca única en el Registro de la Propiedad, está excluido el retracto, de no concurrir las notas definitorias de la situación contemplada en el artículo 47, párrafo 2.º.

Improcedencia del retracto ejercitado por el arrendatario de uno de los módulos del complejo inmobiliario.—En el presente caso lo enajenado constituye una sola finca, con evidente unidad física y jurídica, a pesar de hallarse compuesta por cinco grandes cuerpos o naves; unidad material que es también la base de la inscripción practicada en un solo folio del Registro, y esta entidad objetiva registral única guarda la debida acomodación a la verdad extratabular como resulta de la prueba pericial practicada así como del informe municipal, según el cual la licencia de obras fue concedida para un conjunto unitario urbanístico indivisible; frente a ello el objeto del retracto no reúne las condiciones urbanísticas mínimas para constituir una parcela singular, aun admitiendo que goce de salida directa a la vía pública y carezca de acceso por los pasajes particulares, y tenga contratado suministro de gas y de agua prescindiendo de los servicios del conjunto inmobiliario, por todo lo cual no procede otorgar el retracto sobre uno de los módulos arrendados integrantes del complejo urbanístico unitario. (Sentencia de 5 de enero de 1981; no ha lugar.)

Sentencia llamada probablemente a tener gran resonancia por referirse a un supuesto de hecho que las leyes arrendaticias apenas pudieron contemplar, a saber, la construcción de grandes complejos comerciales divididos por módulos que se arriendan independientemente. No cabe una regla general, sino que los datos de hecho serán decisivos para la calificación jurídica del objeto de la locación y, eventualmente, del derecho real adquisitivo. No pocas veces la intención del constructor, o del promotor inmobiliario, es crear locales independientes a todos los efectos, constituyendo incluso el régimen de la propiedad horizontal. No ha sido así en el presente caso localizado en San Adrián de Besós (Barcelona), y las razones profusamente alegadas por el T. S. son convincentes. Hay que partir que si bien la individualización de lo arrendado corresponde, en principio, a los contratantes, la ley se reserva imperativamente la facultad de determinar el objeto del derecho real de adquisición cuando del retracto urbano se trata. Tal individualización imperativa se sobrepone a los acuerdos *inter partes*. Para el retracto rústico la Sentencia de 7 noviembre 1980 adoptó solución distinta, dando preferencia a la individualización arrendaticia.

G. G. C.

6. Derecho de sucesiones

41. *Testamento ológrafo. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Defecto del recurso.*—La crítica de la apreciación de la prueba hecha por el juzgador de instancia debiera haberse encaminado por la vía del número 7.º del artículo 1.692 Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto que la vía elegida ha sido la del número 1.º de dicho artículo 1.692.

Documento auténtico. Defecto del recurso.—El recurrente no indica con la exigible precisión que ordena el artículo 1.720 Ley Enjuiciamiento Civil cuál sea el documento o documentos privados a los que el juzgador niega la eficacia que el artículo 1.225 Código civil otorga.

Valor del testamento ológrafo como documento.—Si el recurrente está denunciando la infravaloración del testamento como documento público o privado, hay que recordar que tal escrito no opera en el juicio sólo como medio de prueba, sino como título y fundamento de la «causa petendi» y, consiguientemente, darle o no valor de autenticidad no vendrá determinado por el artículo 1.225 Código civil, sino por la concurrencia de los presupuestos señalados en los artículos 688 y siguientes y, naturalmente, por las normas generales de los testamentos previstas en los artículos 662 y siguientes del Código civil.

Prueba pericial.—El artículo 1.242 Código civil no contiene norma valorativa de la prueba, sino que es norma genérica relativa a la utilización de la prueba pericial, aparte de que, conforme al artículo 632 Ley Enjuiciamiento civil, la calificación y apreciación de la pericia es prerrogativa discrecional del juzgador.

Inautenticidad del documento. Prueba de presunciones.—La Sala de Instancia no funda su fallo sólo en la prueba pericial, sino en otros datos y poderosos indicios, no atacados en el recurso, como la fecha del testamento; la promoción por los herederos legítimos de expediente de declaración de herederos abintestato; la falta de protesta por la viuda y su sobrino —instituido en ese testamento— a la apertura de la sucesión intestada; la diligencia de inventario en el juicio de testamentaría a la que concurrieron ambos sin protesta alguna, y la aceptación por la viuda, asesorada por el sobrino, de la administración de los bienes hereditarios.

Capacidad del testador.—Ante la terminante conclusión de que no existe testamento, huelga consideración alguna sobre la capacidad testamentaria que, de otro lado, la Sala de Instancia hace «ex abundantia» y ante la hipótesis de la autenticidad que niega en principio. (Sentencia de 14 de febrero de 1981; no ha lugar.)

42. *Desheredación y anticipo de legítima.*—La desheredación tiene lugar cuando por disposición testamentaria se priva a un heredero forzoso del derecho a la legítima, la cual no aparece en la cláusula del testamento que afirma que «nada deja a su hijo T. por haberle dado ya la testadora mucho más de lo que por legítima acreditaría».

Complemento de legítima.—No existiendo desheredación ni preterición, y estando probado que el demandado recibió en vida por donación bienes de su madre, que han de imputarse a su legítima (artículo 819 Código civil), y que éstos fueron de cuantía inferior a lo que por tal concepto le correspondía, el único derecho que le queda es el de reclamar que se complete su legítima al amparo del artículo 815 Código civil, pero no a que se le considere desheredado ni preterido. (Sentencia de 20 de febrero de 1981; no ha lugar.)

43. *Capitulaciones matrimoniales en Cataluña. Interpretaciones.*—Ha quedado establecido que en la escritura se hacen dos clases de donaciones perfectamente diferenciadas: por un lado, una donación «mortis causa», referida a los bienes dejados por los donantes al tiempo de su fallecimiento, con la limitación para el donatario que, de momento, sólo se le transmite la nuda propiedad mientras viva uno de los donantes; por otro lado, una donación «inter vivos» que surte sus efectos desde la fecha del otorgamiento, aunque en el presente caso con la reserva de usufructo en favor de los donantes.

Efectos de la donación «mortis causa».—Ni en las capitulaciones se estipuló, ni la Compilación de Cataluña sanciona al donante, que ha hecho donación «mortis causa» de sus bienes, con la privación del derecho de libre disposición, bien a título gratuito entre vivos o ya a título oneroso, de los bienes integrantes de su patrimonio.

Incongruencia.—Las sentencias que absuelven sobre todas las cuestiones propuestas y debatidas no pueden ser tildadas de incongruentes, según reiterada doctrina de esta Sala, ya haya precedido al fallo el examen jurídico de todas las pretensiones formuladas, si son independientes entre sí, ya haya precedido solamente el examen de la cuestión principal, si las demás están ligadas a ella por vínculos de dependencia, como ocurre precisamente en este caso.

Facultades del heredante como usufructuario universal.—La inaplicación que se denuncia del artículo 65 de la Compilación, por estimarse que el heredante se excedió de las facultades que le concede este artículo al donar una finca a otra hija distinta del heredatario, no puede prosperar porque se trata de una cuestión nueva no debatida en la instancia, porque con ello el heredante, que tenía plena disposición de la finca, hizo uso de la facultad contenida en las capitulaciones de aumentar la dote de la hija dentro de los límites pactados y porque no rebasa lo donado, habida cuenta del valor del patrimonio, la legítima que a la hija corresponde según la Compilación catalana. (Sentencia de 4 de marzo de 1981; no ha lugar.)

44. *Adición de herencia.*—El artículo 1.079 Código civil sólo posibilita completar o adicionar la herencia con los bienes omitidos que sean del causante, pero no con los que mucho antes de morir no le pertenecían por haber vendido las parcelas discutidas a personas distintas, algunas ni siquiera oídas en este pleito, lo que ha de impedir que estas parcelas se las repartan ahora los cuatro hijos y herederos de la causante.

Usucapión. Posesión en concepto de dueño.—Con arreglo a los artículos 1.941 y 447 Código civil, lo mismo que en Cataluña por el artículo 42 de su Compilación, la posesión base para la usucapión ha de ser precisamente en concepto de dueño, lo que niega la sentencia recurrida y no ha sido desvirtuado por la vía adecuada.

Gestión de negocios ajenos.—La obligación de indemnizar al gestor los gastos necesarios y útiles por aplicación del artículo 1.893 Código civil, lo único que podría imponer en el presente caso es que el constructor del muro, que separa la finca que se atribuye por partes iguales a los hijos y herederos de la causante, reclamase de éstos el importe de su costo en cuanto signifique ventajas aceptadas por ellos, pero no puede impedir el reconocimiento a los herederos del contravalor en metálico de la porción de solar vendida por la causante.

Imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta.—El plazo de cuatro años del artículo 1.301 Código civil se refiere a contratos existentes, pero anulables, y no a los que sean nulos de pleno derecho, por atribuirse aquí el vendedor el carácter de propietario que no tenía, en ortodoxa aplicación del principio «nemo dat quod non habet», de modo que «quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convallescere». (Sentencia de 20 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

45. *Partición hereditaria. Principio de conservación.*—Es básico postulado el *favor partitionis* o principio de conservación de la partición, evitando en cuanto sea posible que ésta se anule o rescinda, según tiene declarado la jurisprudencia (Sentencias de 30 de abril de 1958, 13 de octubre de 1960 y 25 de febrero de 1969, entre otras), ajustándose a las disposiciones del Código civil (artículos 815, 1.056, 1.074 y 1.077) y a las enseñanzas de la doctrina tradicional, criterio que aparece ya plasmado en el artículo 926 del Proyecto de 1851.

Régimen aplicable a la nulidad de la partición. Supuestos de nulidad.—Carente el C. c. de una regulación sobre nulidad de la partición, fuera del precepto singular del artículo 1.081, habrá que entender aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios inter vivos y principalmente de los inter vivos contractuales, teniendo muy presente que sólo se originará esa nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto (Sentencias de 17 de abril de 1943, 13 de octubre de 1960, 25 de febrero de 1966 y 7 de enero de 1975), como acontece a juicio de la doctrina científica, entre otros supuestos, cuando falta algún elemento esencial o presupuesto del negocio (certeza de la muerte del causante, validez y vigencia del testamento), o si la partición ha sido hecha contra lo preceptuado en la ley (partición realizada por causante no testador en contra del artículo 1.056, comisario coheredero vulnerando la prohibición del artículo 1.057, etc.), y por su parte la jurisprudencia ha calificado como casos de nulidad, amén del contemplado por el artículo 1.081, la falta de consentimiento de la persona designada para practicar la división (Sentencias de 8 de marzo de 1956, 13 de octubre de 1960), la inclusión en la masa partible de bienes no pertenecientes al causante (30 de enero de 1951), como acontecerá si se extiende a los gananciales y parafernales teniéndolos como pri-

vativos del *de cuius* (15 de mayo de 1974), la ilicitud de causa por deliberada ocultación de componentes del caudal (22 de junio de 1948, 25 de febrero de 1966), la invalidez del testamento (11 de marzo de 1952), el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes (26 de noviembre de 1974), o al haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles objeto de donación (7 de enero de 1975), el haber liquidado el comisario la sociedad de gananciales sin intervención del cónyuge superviviente o de los herederos del premuerto (20 de febrero de 1952), así como la infracción de prescripciones legales imperativas, cual es la necesidad de nombrar defensor judicial al menor con intereses opuestos al de su padre o madre (14 de diciembre de 1957 y 28 de mayo de 1974).

Partición con lesión de derechos legitimarios. Rescisión, en lugar de nulidad, y aunque el perjuicio sea inferior a la cuarta parte.—Teniendo presente la línea directriz que procura evitar la nulidad de las particiones cuando se trata de lesión subsanable mediante la pertinente y justa rectificación (Sentencia de 30 de abril de 1958), o procediendo a la indemnización del perjuicio, es obligado concluir que el agravio al contenido económico de la legítima deberá ser combatido como ineficacia por razón de su rescindibilidad, procediendo la rescisión, aunque la lesión de la legítima no exceda de la cuarta parte, en atención al respeto que en todo caso merece esa cuota como institución que es de derecho necesario y por tanto de rigurosa inviolabilidad (artículos 813, 815, 816 y 1.056, 1.º, del C. c.) y a la obvia consideración de que el Comisario viene facultado por el causante para dividir los bienes de la herencia, pero en modo alguno para alterar los actos dispositivos contenidos en el testamento. (Sentencia de 31 de mayo de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Merece ser destacada la riqueza doctrinal de las Sentencias en que —como aquí— es ponente el excelentísimo señor don Jaime Castro García. La plausible generosidad en la motivación permite, comprensiblemente, que fluyan a veces declaraciones *obiter*, cual sucede en esta sentencia con el interesante elenco de casos de nulidad, y con la afirmación final sobre la medida del perjuicio (que en el caso de la *litis* resultaba evidentemente superior al cuarto, siendo de 150.000 pesetas el valor de los bienes adjudicados, frente a 274.884 pesetas de la porción a cubrir).

J. C. P.

II. DERECHO MERCANTIL

46. *Error de derecho en la valoración de la prueba.*—Para que pueda prosperar este motivo de casación es requisito indispensable citar el precepto sobre apreciación de la prueba infringido, según es doctrina reiterada del T. S. en aplicación del artículo 1.720 de la LEC.

Recurso de casación.—El recurso de casación procede contra el fallo y no contra los considerandos en la sentencia impugnada, ni contra los que ésta admitió de la sentencia recaída en primera instancia. Por ende, en los casos en que el fallo recurrido sea absolutorio en la instancia, no es admisible basar el recurso en cuestiones de fondo, que resulten haber sido intrascendentes en el fallo.

Capacidad procesal de sociedad anónima no inscrita en el Registro Mercantil.—La falta de inscripción de una sociedad anónima —sin perjuicio ello de que vincule a los socios y sea válida ante ellos—, implica, conforme al artículo 6 de la Ley de S. A., la inexistencia de la sociedad frente a terceros y, por tanto, ante éstos carecerá de nacionalidad, domicilio y no puede demandar ni ser demandada en juicio. (Sentencia de 9 de marzo de 1981; no ha lugar.)

47. *Principio de congruencia de la sentencia y la pretensión.*—El principio de congruencia, al prohibir cualquier resolución *extra petita*, no impone al Juez más deber que el de una racional adecuación del *dictum* a las peticiones hechas por las partes y a los hechos en que se basan. Por ello —prestando el debido respecto al componente jurídico de la acción y a los sucesos narrados por los contendientes—, queda permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más apropiada, incluso aplicando normas no invocadas por los litigantes conforme al principio *iura novit curia* que consagra la libertad en las motivaciones jurídicas. Ello, por supuesto, mientras que el cambio de la fundamentación no signifique una paralela transformación de la pretensión.

Sociedad anónima irregular.—Teniendo la inscripción registral carácter constitutivo de la sociedad anónima, la falta de la misma determinará que el ente no exista como tal y que no se produzcan relaciones vinculantes en los contratos que a su nombre se hubiesen celebrado, cuya validez quedará subordinada —ex artículo 6 de la Ley de 1951— a la aceptación por parte de la sociedad de lo pactado en el plazo de los tres meses siguientes a su inscripción. Mas esta *imposibilidad legal* de hablar de una «sociedad anónima irregular» no significa (ni de lejos) que la falta de inscripción conlleve la nulidad de la escritura que contiene el negocio plurilateral, aunque mientras el ente se encuentra en esa situación interina —sin perjuicio de que se produzcan algunos efectos—, lo que sí es cierto es que el «complejo jurídico obligacional *inter partes*» no puede ser calificado propiamente de social, en el sentido de afirmar la existencia de una «sociedad anónima imperfecta».

Conversión de sociedad anónima no inscrita en sociedad civil.—En el curso de su fundación, la sociedad anónima en constitución no puede convertirse en sociedad civil con personalidad propia; ante la falta de inscripción registral, no puede brotar una figura societaria regular o irregular de otra clase distinta a la sociedad por acciones, pues ello pugnaría directamente con la voluntad de los socios y con su derecho a la restitución de las aportaciones realizadas. (Sentencia de 6 de marzo de 1981; no ha lugar.)

48. *Libre revocabilidad de los administradores de la S. A.*—El artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas —estima el T. S.— confiere a la Junta General («sin ninguna limitación») la facultad discrecional de separar a los administradores; el precepto, pues, sanciona la plena libertad de revocar de la Junta, que podrá hacerlo «aún sin motivo alguno». (Sentencia de 18 de marzo de 1981; ha lugar.)

NOTA.—Sin perjuicio de la coherencia de la referida doctrina del T. S. con la solución razonable del caso concreto con que se enfrentaba, me parece

necesario matizar algunas de las afirmaciones vertidas, pues es evidente que una admisión generalizada, absoluta e incontrastada de las mismas podría en ocasiones conducir a ciertos excesos. La doctrina que sienta en esta resolución el T. S. —coincidente por lo demás con toda la jurisprudencia anterior en materia (v., entre otras, las Sentencias de 3 de mayo de 1956, 20 de noviembre de 1967, 30 de abril de 1971, etc.)— supone, en síntesis, la negación, (I) de la necesidad de motivar la revocación; (II) del deber de respetar el tiempo por el que el administrador hubiera sido nombrado, y (III) del deber de indemnizar y otorgar acción de reclamación de daños y perjuicios al revocado (cfr. MAZA-DOMINGO, en *Rev. Jur. Cat.*, 1976, p. 718). Por otra parte, esta doctrina se ajusta a unos presupuestos que van quedando —dogmáticamente y de *iure condendo*, que no legislativamente— obsoletos; pues remite a la teoría del *mandato* para calificar la relación jurídica que media entre administrador y sociedad. Hoy parece ser doctrina dominante aquella que postula un nexo *orgánico* entre ambos; y para ella, el administrador sólo debería ser revocado por motivos justos y bajo el control de la justicia. En cualquier caso el artículo 75 está ahí y su tenor literal —coincidente con la doctrina del Supremo— no puede ser superado. El sistema jurídico, sin embargo, no carece de mecanismos de control que puedan atender el impacto del precepto. En este sentido me parece que en cualquier caso el ejercicio del derecho de revocación que asiste a la Junta podrá —y deberá— ser supeditado a las exigencias de la *buena fe* (art. 7.1 del C. c.). Lo cual se concretaría —como ha puesto de manifiesto la doctrina alemana en materia de rescisión de contratos de duración indefinidos (revocables *ad nutum*)— en la necesidad de justificar su carácter no arbitrario (*willkürlich*). En otros casos podrá utilizarse el expediente del *abuso del derecho* (núm. 2 del mismo precepto del C. c.); así, por ejemplo, cuando exista una clara intención de perjudicar. Y muy concretamente en los supuestos de separación de administradores elegidos por las minorías (de acuerdo con la facultad que concede el artículo 71 de la Ley de S. A.) y habida cuenta de la necesidad de armonizar la *ratio* de ambas disposiciones —protección de las minorías en el artículo 71 y soberanía de la mayoría en el artículo 75—, en esos casos, entiende —como, por lo demás, ya ha puesto de manifiesto autorizada doctrina— que debe concurrir *justa causa* para la destitución; de no mediar ésta, el acuerdo relativo debería reputarse nulo —pudiendo acaso basarse la pretensión de invalidez en el apartado 4.º del artículo 6 del C. c. (fraude de ley), a través, por supuesto, del artículo 67 de la Ley de 1951.

C. P. A.

49. *Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—La certificación del Registro Mercantil invocada no tiene la condición de documento auténtico a efectos de casación, ya que fue tenida en cuenta y examinada por la Sala.

Servidumbre de paso pactada por el Administrador y no ratificada por la Sociedad Anónima después de su inscripción en el Registro Mercantil.—No ha existido violación del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque una cosa es la simple aprobación de la gestión del Administrador y otra muy distinta la ratificación del consentimiento otorgado para la celebración de un contrato suscrito meses antes de la inscripción registral.

Nulidad absoluta. Plazo de impugnación.—La falta de consentimiento origina una nulidad absoluta a la que no es aplicable el artículo 1.301 Código civil. (Sentencia de 6 de marzo de 1981; no ha lugar.)

50. «*Interpretación errónea de Orden Ministerial.*»—Alegar como motivo de casación la *interpretación errónea de las Ordenes Ministeriales* de 29 de noviembre de 1944 y de 31 de agosto de 1960, de tan genérico modo, sin ulterior especificación de concretos preceptos infringidos es causa de inad-

misión del motivo por falta de precisión, conforme a lo que prescribe el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Interpretación de póliza de seguro.—La sentencia recurrida infringe el artículo 1.281 C. c. —que, como se sabe, impone en materia de interpretación estar al tenor literal del contrato—, al entender que la póliza de un seguro de responsabilidad civil de «las personas transportadas» no cubre a los «familiares», deduciéndose esta exclusión del *condicionado general* de la misma póliza. La tesis de la Audiencia Territorial parece inadmisibile al Tribunal Supremo a la vista de la clara literalidad del contrato, que en su *condicionado particular*, bajo la rúbrica de «garantías a cubrir» declara que están «incluidas» las *personas transportadas*. Una dicción literal, cuyo sentido gramatical y lógico se aviene mal con la salvedad que, respecto de los «familiares», *igualmente transportados*, establece la sentencia recurrida. La interpretación de la Audiencia, por tanto —por pugnar con los términos literales del contrato— se reputa contraria al mandato del artículo 1.281 ya aludido y, en el caso más desfavorable, al 1.288 del C. c., a cuyo tenor «(L)a interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad». (Sentencia de 1 de abril de 1981; ha lugar.)

51. *Ejercicio de acción cambiaria en vía ordinaria.*—Frente a la argumentación del recurrente («excepción de ilegitimación activa» o carencia de acción, por deducirse la acción cambiaria en un juicio declarativo), el Tribunal Supremo declara: «Superada la antigua confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa», se hace necesario admitir que si acción cambiaria es la que ejercita el acreedor de una letra acudiendo a la vía ejecutiva, igualmente lo ha de ser cuando se acude al juicio declarativo correspondiente. (Sentencia de 9 de febrero de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia no introduce ninguna variación de interés en la jurisprudencia del T. S. sobre la materia (v. las Sentencias de 9 de febrero de 1948, 17 de octubre de 1955, 26 de octubre de 1961, 4 de abril de 1973, etcétera) únicamente viene a reafirmar la posibilidad de deducir en juicio declarativo ordinario una acción cambiaria. Es cierto, por otra parte, que este tema de la admisibilidad de la susodicha acción ordinaria no plantea, a nivel doctrinal y hoy por hoy, ninguna duda; la discusión únicamente afecta a los *presupuestos materiales* de la misma (v. OLIVENCIA, *La acción cambiaria declarativa en el Derecho español*, en *Estudios en homenaje a Garrigues*, vol. I, Madrid, 1971, pp. 271 y ss., y GARRIGUES, *Acción ejecutiva y acción ordinaria en la letra de cambio*, en *Estudios en homenaje a Gómez Orbaneja*, Madrid, 1977, pp. 243 y ss.). El «problema» sobre el que la sentencia viene a pronunciarse tiene su origen en una lectura incorrecta del artículo 521 del C. de c., a cuyo tenor «(L)a acción que nace de la letra de cambio (...) será *ejecutiva*...». Mas de él no puede ir más inferirse una identificación entre acción cambiaria y acción ejecutiva, ni tampoco una contraposición entre acción cambiaria y acción ordinaria. *Toda acción fundada en una letra de cambio es una acción ordinaria. Toda acción fundada en una letra de cambio es una acción cambiaria, sea o no, además, una acción ejecutiva* (GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 1955, p. 553). Es evidente, por lo demás, que normalmente se deducirá la pretensión en vía ejecutiva, debido a la rapidez y eficacia que son carac-

terísticas a este procedimiento. En ocasiones, sin embargo, se podrá acudir al procedimiento declarativo ordinario (para lograr, por ejemplo, una sentencia que produzca excepción de cosa juzgada y que precluya la eventualidad de ulteriores pleitos sobre la validez de la obligación, que podrían incoarse después del juicio ejecutivo (cfr. art. 1.479 LEC); o se *deberá* necesariamente interponer la acción ordinaria (por ejemplo, en los supuestos en que el importe de la cambial no alcance la cuantía mínima exigida por el artículo 1.435 de la LEC; o cuando se haya extendido el documento en efecto timbrado de cuantía inferior a la que le corresponde, pues entonces quedará privado de eficacia ejecutiva, por prescripción del artículo 37 del texto refundido de la Ley de Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto legislativo de 30 de diciembre de 1980, «BOE» de 3 de febrero de 1981 (cfr. MARTÍNEZ LAFUENTE, *Manual del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Madrid, 1977, p. 235); o en aquellos otros casos en que la vía ejecutiva queda cerrada por no haberse obtenido el reconocimiento judicial de la firma del obligado cambiario en regreso —como es el caso de la sentencia—. (Sobre estos aspectos, la doctrina se muestra unánime: cfr. GARRIGUES, *op. cit.*, pp. 552-555; RUBIO, *Derecho cambiario*, Madrid, 1973, p. 173; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1976, p. 766; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 1973, p. 340; BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1971, pp. 542-543, etc.).

C. P. A.

52. *Suspensión de pagos. Expedición de facturas por la entidad suspensa con posterioridad a la providencia que decretó la intervención de sus operaciones.*—La providencia que tuvo por solicitada la suspensión de pagos y nombró interventores al suspenso no produce la ineficacia de facturas que éste expida con relación a suministros precedentes realizados a terceros y pendientes de abono, dado que tal facultad no le viene vedada por las normas de la suspensión de pagos, y concretamente las específicamente prevenidas en el artículo 6.º de la Ley de 26 de julio de 1922 en lo aplicable a la materia, habida cuenta de que lo que veda tal precepto es simplemente la posibilidad de verificar cobros, cualquiera que fuese su cuantía y procedencia, sin el concurso de los interventores, pero no el formular reclamaciones extrajudiciales o judiciales, por parte del suspenso, como en el presente caso ocurre, encaminados al reconocimiento de un crédito que estima preexistente a su favor; además de que la realización de actos por el suspenso sin el concurso o acuerdo de los interventores lo único que determinaría sería la posibilidad de que éstos o en su caso los acreedores ejercitasen las correspondientes acciones en logro de la nulidad o ineficacia de tales actos si les resultasen perjudiciales, con base en el párrafo penúltimo del mencionado artículo 6.º.

Actos propios. Reconocimiento de un crédito que no excluye la existencia de otro.—Si el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos exige, como esencial presupuesto para su aplicación, que se trate de actos que definan inalterablemente una determinada situación con proyección definitiva indubitada en su alcance y efectos, tal requisito no se da en el supuesto examinado, porque el hecho de que se aprecie un determinado crédito (mediante carta dirigida por los interventores al deudor, en cantidad coincidente con la que aparece en la relación de clientes y deudores del suspenso), no excluye que exista otro, cual el objeto de la litis, susceptible también de ser reconocido.

Casación. Cuestión nueva.—No pueden debatirse en casación las cuestiones que no fueron oportunamente planteadas en el pleito.

Error de hecho. Documento auténtico.—Carecen de autenticidad las actuaciones judiciales en general (Sentencias de 7 y 21 de octubre de 1915). (Sentencia de 22 de abril de 1980; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

53. *Honorarios de Letrado. Partida indebida: fotocopias.*—Es partida indebida la de suplidos por cualquiera clase de copias, pues lo comprensible en la minuta de honorarios es simplemente el abono del trabajo intelectual, y su desarrollo, realizado por el Letrado, pero no los trabajos materiales, que si aquél los ha asumido personalmente, ya quedan insertos en su reclamación genérica de honorarios profesionales. (Sentencia de 28 de mayo de 1980.)

54. *Honorarios de Letrado. Exigencia de minuta detallada.*—La exigencia del artículo 423, párrafo segundo, de la LEC, significa, según constante y uniforme jurisprudencia (Sentencias de 21 de octubre de 1977, 17 de marzo de 1976 y 11 de junio de 1974, entre otras), que deberá expresar por separado y detalladamente cada uno de los conceptos objeto de minutación, circunstancia que no concurre en el caso en que, bajo la rúbrica «estudio de antecedentes, diligencias varias realizadas, preparación para la vista, asistencia a la misma e informe», se señala un importe total y conjunto de 42.000 pesetas, estimación global de trabajos profesionales de distinta índole que imposibilita, en su caso, a los Tribunales detraer las cantidades que correspondan a las partidas que estimen de improcedente abono. (Sentencia de 30 de junio de 1980.)

55. *Condena en costas. No por tener beneficio de pobreza se exime de ellas una Caja de Ahorros.*—Si bien las Cajas de Ahorros y Montes de Piedad gozan del beneficio de pobreza por declaración legal a tenor de lo establecido en el artículo 17 de la Ley de 20 de junio de 1849, en el 6.º de la Instrucción de 27 de abril de 1875 y en el 9.º del Real Decreto de 14 de enero de 1899, tal circunstancia no le releva de la obligación de pagar las costas cuando recaiga la correspondiente condena, como proclama el artículo 36 de la LEC, sin perjuicio de las especialidades que puedan darse en cada caso en punto a la exacción.

Honorarios de Letrado. Impugnación de minuta. Incluso indebida de los causados en el trámite de admisión del recurso de casación.—Ha de tenerse por indebida la inclusión de la partida que atañe a la instrucción, preparación y asistencia a la vista en las actuaciones sobre admisión del recurso, que presentan régimen específico en cuanto a las costas, según se desprende de la declaración primera del artículo 1.728 de la LEC. (Sentencia de 21 de mayo de 1980.)

56. *Atribución de la condición de profesional.*—Como ha tenido ocasión de declarar esta Sala, la titularidad fiscal no concede por sí sólo la condición

de profesional, ni tampoco la propiedad de una empresa, ni la niega a quien realmente la ejerce con respecto a una determinada persona.

Informes periciales emitidos en la sustanciación del pleito.—No tienen el carácter de documento auténtico para fundamentar un recurso de casación, debido a que por sí mismos son inidóneos, a fin de demostrar una realidad contraria a la afirmada por la Sala sentenciadora de instancia, dado que dicho medio probatorio está sometido a su discrecional apreciación, ya que si bien es cierto que los Jueces y Tribunales habrán de atenerse, al hacerlo, a las reglas de la sana crítica, no lo es menos que las mencionadas reglas no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación. (Sentencia de 25 de octubre de 1980; no ha lugar.)

57. *Documentos auténticos.*—Tales comunicaciones epistolares, ya ponderadas por los organismos jurisdiccionales de una y otra instancia, carecen del valor intrínseco y de la significación de autenticidad para mostrar el desacierto que se reprocha al juicio lógico del Tribunal «a quo».

Obligación contraída por escrito.—Para la eficacia de una obligación contraída por escrito es esencial la firma de la persona obligada o de otra en su nombre. (Sentencia de 2 de octubre de 1980; ha lugar.)

58. *Error de hecho en la apreciación de la prueba. Documento auténtico.* Según reiterada doctrina de esta Sala, la facultad impugnatoria de las afirmaciones de hecho llevabas a cabo en la instancia puede ser alterada, al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre y cuando tales afirmaciones se hagan como resultado de la apreciación de la prueba, que tengan influencia notoria en el fallo del pleito, de modo que sin ellas habrían de quedar sin efecto o resultarían alterados, que se acredite el error denunciado por acto o documento auténtico, entendiéndose por este último aquél, legítimamente averdado, que se autorice por quien corresponda y sea apto para acreditar, por sí mismo, el hecho de que se trate, sin pretensión de acudir a ninguna operación complementaria, es decir, sin tener que acudir a deducciones o interpretaciones más o menos lógicas, originando aseveraciones ciertas y consentidas por quienes los autorizaron que sean absolutamente contrarias a las que haya apreciado la Sala sentenciadora de instancia. (Sentencia de 27 de noviembre de 1980; ha lugar.)

59. *Embargo de muebles anteriormente hipotecados. Utillaje incorporado a instalación industrial. Nulidad de actuaciones.*—La doctrina establecida en Sentencias de 10 abril 1901, 1.º julio 1904, 8 marzo 1929, 30 abril 1930 y 22 diciembre 1967, apreciada no en la singularidad de los casos a que afecta, sino en la orientación unitaria a que conduce, claramente pone de manifiesto la procedencia de declarar la nulidad de actuaciones de un procedimiento judicial —en este caso el ejecutivo—, en un juicio declarativo posterior —el de mayor cuantía del que dimana este recurso—, instado por quien no fue parte en aquél, en cuanto se dan los requisitos siguientes: 1.º Lesión o perjuicio derivado de un resultado desfavorable a quien soli-

cita la nulidad. 2.º Perjuicio injusto derivado al ser embargados como muebles bienes anteriormente considerados como inmuebles a efectos hipotecarios, y 3.º Medio necesario para asegurar la integridad de los derechos lesionados del tercero, pues en otro caso se produciría un irreparable perjuicio para el actor con la posible venta a terceros de tales muebles en concepto de libres de cargas, en condiciones aptas para el adquirente de invocar el art. 464 C. c.

Oposición de tercero a las consecuencias perjudiciales de un proceso en el que no fue parte.—Es necesario arbitrar el adecuado marco procesal para que un tercero que no fue parte en determinado proceso, pueda actuar en defensa de los atentados que a su derecho pudieran derivarse, dando vida a lo que ya existe en el art. 404 del Código italiano de Procedimiento civil, y de lo que hay manifestaciones en el art. 132 párr. 10, L. H., que permite a terceros interesados plantear en juicio declarativo la nulidad del título o de las actuaciones de un procedimiento judicial sumario, y en igual sentido se manifiestan los arts. 85-7.º y 93-7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

Principio general de derecho «nadie puede ser privado de sus derechos sin audiencia ni defensa».—Este principio se recoge, entre otras, en Sentencias de 6 julio 1893, 15 enero 1912, 12 noviembre 1958, 18 febrero 1960 y 16 abril 1973, y actualmente tiene raíz constitucional en el art. 24.1 de la vigente Constitución, y ha sido conculcado en el presente caso, porque: 1.º El actor no pudo defenderse objetando el embargo anterior por impedirlo el art. 743 LEC. 2.º Al no ser parte en el juicio ejecutivo no pudo utilizar los recursos. 3.º No pudo utilizarse la tercería de mejor derecho.

Inmuebles por incorporación. Ustillaje incorporado a industria hipotecado por pacto.—No pueden ser objeto jurídicamente de apremio y venta separada como muebles y libres de gravámenes las máquinas destinadas por su propietario a la explotación industrial que en la finca se realizaba, sirviendo directamente a las necesidades de la explotación, que adquirieron la consideración de inmuebles por destino, y que anteriormente habían sido hipotecados figurando tal cualidad en el Registro de la Propiedad. (Sentencia de 4 de diciembre de 1980; ha lugar.)

Sentencia plenamente de aprobar y que resuelve el problema procesal de la doble cualidad con que un determinado bien mueble puede funcionar en el tráfico, ya como tal, ya como pertenencia de un inmueble, dando origen a acciones y procesos de distinta naturaleza. Únicamente se suscita la cuestión del significado que debe atribuirse a la fórmula utilizada por la sentencia para referirse a la doctrina legal sobre nulidad de actuaciones. ¿Habrá que entender que se trata de un nuevo concepto de esta última, más amplio y menos exigente que el actual —no se trataría de «identidad de resolución», sino de una «orientación unitaria»? Es aventurado pronunciarse por la afirmativa antes de comprobar si se reitera en la propia jurisprudencia.

G. G. C.