

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS

CUESTION DE COMPETENCIA: INHIBITORIA: No puede hacerse responsable a las partes del retraso en que hayan podido incurrir los Juzgados contendientes (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1971).

La sociedad limitada «Mayfer», domiciliada en Valladolid, interpuso demanda ante el Juzgado número 1 de esta capital sobre reclamación del pago de una letra de cambio más intereses y gastos de protesto. La deudora promovió cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado número 3 de Madrid, alegando que la cambial tiene como domicilio Madrid, por lo que es evidente la competencia de estos Tribunales. El Juzgado de Madrid se declaró competente, pero la parte actora se opuso diciendo que ya había sentencia firme en el procedimiento, por lo que suplicaba se negase la inhibición, negándola el Juzgado de Valladolid. Elevados los autos al Tribunal Supremo, éste resolvió la cuestión a favor del Juzgado de Madrid, en base a la siguiente doctrina:

Si bien el requerimiento de inhibición hecho al Juzgado de Valladolid entró en el mismo después de haber dictado éste sentencia de remate, por lo que entendió que se había planteado fuera de plazo la cuestión, hay que tener en cuenta que la demandada planteó la cuestión dentro de plazo, no siéndole imputable el retraso del Juzgado, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal. No puede hacerse responsables a los litigantes del retraso injustificado en que hayan incurrido los Juzgados contendientes. Al tratarse de acción ejecutiva cambiaria es de aplicación la regla primera del artículo 62 de la L. E. C., ya que además de estar domiciliada la letra en Madrid, en esta capital tiene su domicilio el deudor.

INHIBITORIA: Planteada la cuestión entre el Juzgado del domicilio del actor y el del lugar donde debía depositarse la mercancía vendida, que no era el domicilio del demandado, debe ser competente el primero, conforme al número 1 del artículo 62 de la L. E. C. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1971).

Devueltas impagadas dos letras giradas para pagar unos camiones de patatas enviadas de Nájera a un almacén de Barcelona, siendo el comprador vecino de Mataró, se interpuso demanda ante el Juzgado de la población riojana para reclamar el pago de aquella cantidad. El demandado propuso cuestión de competencia ante el Juzgado número 13 de Barcelona, por considerar que, conforme a la regla 1.ª del artículo 62 de la L. E. C., se ejercita una acción personal, siendo competente el Juzgado del lugar donde debe cumplirse la obligación. El actor se opuso diciendo que la acción dimanaba de una compraventa mercantil y el com-

petente debe ser el Juzgado de Nájera, por estar en su territorio el lugar del cumplimiento del contrato, puesto que la mercancía viajaba por cuenta y riesgo del comprador. El Juzgado de Barcelona desistió del requerimiento de inhibición formulado por el demandado, pero éste apeló ante la Audiencia Territorial, que declaró competente al Juzgado de Barcelona.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Jacinto García Monge, declara competente al Juzgado de Nájera, ya que la acción se refiere al pago del precio de una compraventa mercantil y el demandado vive en Mataró, por lo que Barcelona no es su domicilio y no se deben aplicar las normas sobre competencia del domicilio del demandado, debiendo prevalecer la del domicilio del actor, conforme al número 1 del artículo 62 de la L. E. C.

INHIBITORIA: Si no consta de manera clara la existencia del contrato preparatorio, por cuyo incumplimiento se reclama la indemnización de daños y perjuicios, debe prevalecer la competencia del domicilio del demandado (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1971).

Reclamada indemnización de daños y perjuicios a los demandados por incumplimiento de un contrato, o mejor, acuerdo fundacional de una sociedad, ante el Juzgado de Primera Instancia de San Roque, se promovió por éstos cuestión de competencia ante el número 5 de Málaga, negando la existencia del convenio aducido por el demandante y diciendo que al ejercitarse una acción personal debe ser competente el del domicilio del demandado, conforme al artículo 62 de la L. E. C. Declarándose competente el Juzgado de Málaga requirió de inhibición al de San Roque, que no admitió la misma, ya que existían indicios suficientes para declarar el acuerdo fundacional de la sociedad mercantil y es en el territorio de este Juzgado donde se han causado los perjuicios que el actor reclama en este litigio, por ser el lugar donde se ha incumplido la obligación, citando jurisprudencia favorable a esta competencia, que admite como suficientes a estos efectos los documentos privados suscritos por las partes, como principio de prueba para este fin.

El Tribunal Supremo declara competente al Juzgado de Málaga por no determinarse de forma precisa la existencia del convenio fundacional de sociedad, no existiendo lugar preciso del mismo, por tanto, ya que si unas compraventas se habían de realizar en Algeciras, el domicilio de la futura sociedad sería Granada, disparidad de domicilios que demuestra la imposibilidad de fijar el lugar de celebración del contrato, por lo que el único fuero debe ser el del domicilio del demandado, es decir, Málaga.

C. R. R.

NO CABE RECURSO DE CASACION CONTRA LAS SENTENCIAS CIVILES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DICTADAS EN APELACION, AL AMPARO DE LA LEY DE 20 DE JUNIO DE 1968 (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1972).

Cierta entidad bancaria afianzó una reclamación formulada por dos particulares ante el Tribunal Económico Administrativo Provincial de Madrid, respecto a liquidación girada en concepto de Impuesto de Ren-

dimientos del Trabajo Personal. A requerimiento de la Delegación de Hacienda, el Banco garante hubo de hacer efectiva la cantidad afianzada (41.925 pesetas), y para recuperarla demandó en cognición, ante el Juzgado Municipal número 11 de Madrid, a los dos fiados. Estos alegaron insuficiencia de poder en el procurador de la entidad demandante y prescripción de la deuda tributaria por ella abonada. El Juez municipal, sin embargo, acoge íntegramente la demanda y lo mismo hace, en apelación, la Audiencia Provincial. Pretenden entonces los demandados la casación por quebrantamiento de forma y la preparación de la por infracción de ley, pero el Tribunal Supremo deniega ambas posibilidades mediante la siguiente e interesante sentencia:

Considerando que modificada la competencia de los Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales por Ley de 20 de junio de 1968, estas últimas conocen del recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en juicios promovidos ante los Juzgados Municipales y Comarcales, antes atribuido a los Juzgados de Primera Instancia, en los términos establecidos en dicha Ley; mas tal modificación de competencia no supone en modo alguno, y así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, que los juicios iniciados ante dichos Juzgados Municipales y Comarcales tengan acceso a la casación, puesto que, como queda expresado, por virtud de dicha Ley las Audiencias Provinciales sustituyen en su función jurisdiccional a la antes atribuida a los Juzgados de Primera Instancia respecto a los procedimientos expresados, y en modo alguno puede la citada Ley ser interpretada en el sentido de otorgar el recurso de casación a procesos que ya con anterioridad carecían del mismo, no siendo aplicable a éstos el artículo 1.689 de la L. E. C., razones que determinan la desestimación del recurso interpuesto, con las consecuencias ordenadas en el artículo 1.877 de la Ley Procesal Civil, en cuanto al pago de costas por el recurrente y pérdida del depósito constituido, y declarando igualmente, por los anteriores fundamentos, no haber lugar a lo solicitado por medio de otrosí en el escrito de interposición del recurso, amparándose en el artículo 1.768 de la citada Ley Procesal.

RESOLUCION DE CUESTION DE COMPETENCIA: EN UN CONTRATO COMPLEJO DE VENTA CON SERVICIO TECNICO ANEJO ES COMPETENTE EL JUZGADO DEL LUGAR DE CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1972).

Don Antonio Ortiz Lara celebró con la compañía «Insecticidas Cóndor, S. A.», un contrato complejo, por el que ésta había de suministrar a aquél un herbicida y aplicarlo, mediante sus técnicos, en una parcela perteneciente a don Antonio, que se destinó al cultivo de cebollas. Como consecuencia, al parecer, de la deficiente realización del tratamiento herbicida, la plantación se malogró y la cosecha fue muy escasa, razón por la cual don Antonio reclamó ante el Juzgado de Primera Instancia de Baeza, a cuyo Partido pertenecía la finca, los correspondientes daños y perjuicios cerca de la entidad «Cóndor». Esta planteó cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado de Primera Instancia de Durango, que era el lugar donde se perfeccionó el contrato y donde la demanda tenía su domicilio, porque entendía que estas circunstancias, conforme a la regla 1.ª del artículo 62 de la L. E. C., y a falta de «lugar en que debía cumplirse la obligación», determinaban la competencia del Juez de Durango. El Tribunal Supremo, en ponencia de don José Beltrán de Heredia y Castaño, desestima la inhibitoria y confirma la competencia

del Juzgado de Baeza, fundándose su fallo en el siguiente único considerando:

Considerando que de todos los documentos oportunos acompañados por las partes con la demanda y con el escrito en que se suscita la presente cuestión de competencia por inhibitoria, aparece que la acción ejercitada se dirige a reclamar no el cumplimiento de un simple contrato de compraventa, sino una indemnización de daños y perjuicios ocasionados en la ejecución de un contrato complejo de venta de cebollas y su plantación en una finca del demandante, con la previa e indispensable operación preparatoria del terreno aplicando el herbicida adecuado, que fue llevada a cabo por técnicos de la entidad suministradora y demandada en la indicada finca del demandante, por lo que el lugar en que ésta se encuentra enclavada debe ser, como sitio donde había de cumplirse el contrato y se ocasionaron los daños que se alegan—de acuerdo con la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de que se hace eco el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe—, el decisivo a los efectos de la discutida competencia, que, en su consecuencia, deberá atribuirse a los Jueces y Tribunales de la ciudad de Baeza.

LOS ESCRITOS DE LAS PARTES NO SON DOCUMENTOS AUTENTICOS A LOS FINES DE LA CASACION. EFECTOS DE LA PROMESA DE VENTAS. ARRAS (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1972).

En 10 de marzo de 1969, don Marcelo Calafell Masot, arrendatario de un negocio o industria de panadería, celebró un contrato con don Mario Blasi Sinfrau, intervenido por agente de la Propiedad Inmobiliaria. En ese contrato, el señor Calafell manifestó su voluntad de vender su negocio de panadería por el precio de 1.350.000 pesetas, compraventa que se llevaría a efecto el 18 de mayo siguiente y por la que el futuro comprador anticipaba en el acto 100.000 pesetas en concepto de arras, sujetas al artículo 1.454 del Código civil. El día acordado para celebrar el contrato definitivo, el vendedor no se personó, y a la vista de ello y tras requerimiento notarial e infructuosa conciliación, el futuro comprador demanda en juicio declarativo de mayor cuantía el cumplimiento específico del que calificaba precontrato de compraventa; opónese el señor Calafell, y sin trámite de prueba, por quedar reducida la controversia a una cuestión meramente jurídica sobre el alcance del contrato de 10 de marzo, el Juez de Primera Instancia acoge la demanda en sus propios términos; apelado el fallo, la Audiencia lo confirma, si bien modificándole en el sentido de que el demandado quedará liberado de otorgar el definitivo contrato de venta si en el plazo que el Juez oportunamente señale paga al actor la cantidad de 200.000 pesetas, como importe de las arras duplicado. Recurre entonces el demandante, alegando: 1.º, error de hecho en la apreciación del documento de contestación; 2.º, infracción del artículo 1.451 del Código civil, al consentirse la liberación del demandado mediante el pago del duplo de las arras; 3.º, incongruencia con las pretensiones de las partes, y 4.º, contradicción entre las disposiciones de la sentencia de la Audiencia, ya que acoge, por un lado, la acción de cumplimiento de contrato y, por otro, la acción resolutoria del mismo derivada del artículo 1.454 del Código civil.

Considerando que el error de hecho, que en el primer motivo se alega por el cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, cita como documento, del que se evidencia el error padecido, el escrito de contestación a la demanda, razón por la cual no tiene posibilidad de éxito, puesto que lo tiene declarado con reiteración esta Sala, que ni los escritos de las partes ni las manifestaciones vertidas en la contestación a la demanda (sentencias de 27 de enero de 1935, 13 de julio de 1936, 10 de abril de 1947 y 16 de mayo de 1961, entre otras muchas) tienen el carácter de documento auténtico a efectos de casación.

Considerando que la misma suerte desestimatoria han de correr los tres restantes motivos articulados, el segundo por la vía del número 1, el tercero por la del número 2 y el cuarto por la del número 4, todos del artículo 1.692, y en los que, respectivamente, se denuncia violación de doctrina legal y aplicación indebida del artículo 1.454 del Código civil, incongruencia con infracción del artículo 359 de la L. E. C. e incongruencia por contener el fallo disposiciones contradictorias, y ello por las siguientes razones: A) En cuanto al motivo segundo, porque al partir del supuesto, base del razonamiento, de no haber existido allanamiento por parte del demandado al pago de las arras duplicadas, cuando la Sala estimó la existencia del mismo, hace supuesto de la cuestión al partir de premisa fáctica contraria a la que, al ser desestimado el motivo primero, ha quedado sin modificar y, por tanto, ha de servir de base a la premisa jurídica. B) En cuanto a los motivos tercero y cuarto, porque ambos, el primero de ellos al no citar el concepto en que se estima infringido el artículo 359 de la Ley Procesal, y el cuarto, al no citar dicho artículo como infringido, han incurrido en causa de inadmisión, según reiterada doctrina de esta Sala, al vulnerar lo deducido o dispuesto en los artículos 1.720 y 1.729, número 4; inadmisión que en el estado actual de los autos deviene en causa de desestimación.

El problema ha llegado al Supremo bastante desvirtuado y tampoco hace éste demasiados esfuerzos por darle un contenido más doctrinal a su fallo. Parece que parten nuestros magistrados de la función penitencial de las arras pactadas en el contrato de 10 de marzo, con base en que los contratantes habían dicho de ellas que estaban «sujetas al artículo 1.454 del Código civil». Le es posible entonces al vendedor el arrepentimiento en las condiciones (devolución del duplo) que se previenen en ese precepto y no ha lugar a cuestionarse los efectos que la promesa bilateral de venta hubiese podido desencadenar en orden a su cumplimiento específico. Es decir, que la doble posible problemática que pudo haberse suscitado, a saber, función de las arras y ejecución específica (o supletoriamente por el Juez) del contrato definitivo de compraventa se han hurtado a la consideración del Supremo, porque la segunda cuestión viene resuelta por la existencia de arras y porque la finalidad de éstas no ofrece dudas. El recurso se articula y desestima entonces por otros motivos adjetivos de menor interés.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA CON LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES. SE INCURRE EN ELLA CUANDO HABIENDOSE SOLICITADO LA INEXISTENCIA O LA NULIDAD DE CIERTOS CONTRATOS SE DECLARA SU CALIFICACION DE FIDUCIARIOS, PARA LA QUE NADA ADUJO LA CONTRAPARTE (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1972).

En 1948, y por contrato privado suscrito entre don Julián Cristóbal y don Pedro Eguiluz, éste cedía un solar de su propiedad al primero, contratista de obras, para que edificase un inmueble, cuya planta baja

correspondería a don Pedro y el resto a don Julián. Como el solar se hallaba inscrito a nombre del señor Eguiluz, todos los trámites—calificación de vivienda bonificable, hipoteca con el Banco Hipotecario, etc.—se efectuaron a su nombre. Una vez construido el edificio cada parte se posesionó de las plantas acordadas, pero sin elevar a escritura pública la permuta de obra por solar efectuada en 1948 ni inscribirla, por tanto, en el Registro de la Propiedad. El goce de los pisos por cada titular fue «relativamente» pacífico hasta que en 1960, y para garantizar un crédito de 500.000 pesetas derivado de suministros de materiales que don Julián tenía contraído con un proveedor suyo, don Jesús Zárate Peña, se otorgan dos contratos privados, que serían el objeto del pleito. A tenor del primero, don Pedro Eguiluz, que no era su propietario, pese a aparecer como tal en el Registro, vende a don Jesús Zárate las plantas elevadas del edificio litigioso y dice haber recibido como precio 500.000 pesetas. Conforme al segundo, don Julián Cristóbal declara haber recibido de don Pedro Eguiluz las 500.000 pesetas, que éste, a su vez, había percibido del señor Zárate por la venta de los pisos. El motivo de esta doble operación no era otro, al parecer, que el de garantizar, como hemos dicho, un crédito por suministro (cuya cifra era la que aparecía como precio en las dos compraventas), haciendo intervenir para ello a quien formalmente aparecía como propietario de los inmuebles vendidos en garantía.

Don Julián, a la vista de las perturbaciones de que comenzaba a ser objeto en la posesión efectiva de sus pisos, que no abandonó nunca, formula demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando la nulidad por simulación absoluta de los contratos celebrados en 1960 y la elevación a escritura pública del de permuta de obra por solar de 1948. Se oponen los demandados (don Pedro Eguiluz y don Jesús Zárate) alegando la realidad de aquellos contratos y Primera Instancia acoge la demanda en casi todas sus partes. La Audiencia Territorial revoca el fallo, declarando que se había efectuado un negocio fiduciario de incontestada efectividad, y recurrido el fallo, entre otros motivos, por incongruencia con las pretensiones de las partes, pues sólo se había instado o la simulación o la realidad de los contratos de compraventa citados, el Tribunal Supremo acoge el recurso por dicho motivo, sin entrar en el examen de los demás, y se remite a la sentencia de Primera Instancia para la resolución de los demás pedimentos.

Considerando que si bien es cierto que según constante y repetida jurisprudencia de esta Sala, reflejada, entre otras, en sus sentencias de 31 de mayo de 1960 y 24 de febrero de 1966, los Tribunales gozan en nuestros ordenamiento positivo de la facultad de indagar y escoger la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aun cuando no la hubieran invocado los litigantes, no lo es menos que tal derecho no puede ser interpretado en un sentido tan amplio que autorice a sus titulares a rebasar los límites que en materia civil establece el artículo 359 de la Ley de Trámites, cuando al acoger el principio de la congruencia subordina la actuación de dicho organismo a la iniciativa privada de los interesados, de cuya voluntad, salvo lo dispuesto para casos concretos en los artículos 743, 1.818 y otros (1) del precepto, sino también la determinación de los problemas que en el mismo deban decidirse, cuyo acotamiento necesariamente habrá de hacerse en los escritos reseñados en los artículos 524, 540 y 548 de la mencionada Ley, como se infiere del contenido de la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 1928.

Considerando que es consecuencia de lo acabado de exponer la necesidad de que entre la parte dispositiva de una resolución jurídica y las pretensiones oportunamente deducidas por los contendientes durante la

(1) Sin duda falta en el original una frase de poco más o menos el siguiente tenor: "...depende no sólo la elección..."

fase expositiva del pleito exista la máxima concordancia y correlación, tanto en lo que afecta a los sujetos integrados en la relación jurídico procesal como en lo que atañe al elemento objetivo en torno al cual gira la controversia, de tal suerte que los Tribunales ajustarán su decisión a los hechos alegados por las partes en sus respectivos escritos y a la acción que se hubiere ejercitado sin que les sea lícito modificar uno y otros ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, porque de lo contrario se contravendría la doctrina establecida por los principios generales del Derecho: *Quod no est in actis non est in mundo* y *Sententia debet esse conformis libello*, y podrían quedar uno o varios de los litigantes sin la posibilidad de rebatir esos problemas, con la indefensión que ello llevaría consigo, y como en el presente caso el actor ejercitó en su demanda una acción encaminada a obtener la declaración de *inexistencia jurídica* de los documentos privados de 10 de febrero de 1960, por simulación absoluta, o supletoriamente, la de su nulidad, «por falta de causa y consentimiento viciado por error sustancial que los invalida», o la nulidad del primero de los de esa fecha, «por falta de capacidad del vendedor», y la resolución impugnada fundamenta su decisión en la existencia de un negocio fiduciario concertado entre los litigantes para garantizar con la venta de determinados inmuebles el cobro de un crédito existente en favor de uno de los demandados, sin que ellos adujeran hechos ni fundamentos jurídicos que permitieran llegar a esa conclusión, es evidente que al apoyarse en elementos fácticos no aducidos por las partes y acoger una acción no invocada por el demandante incurrió en el vicio de incongruencia, que se denuncia en el primer motivo del recurso con apoyo en la norma segunda del artículo 1.692 de la citada Ley, por lo que el motivo debe prosperar sin que sea posible entrar en el análisis de los restantes.

NO PROCEDE LA REVISION DE UNA SENTENCIA DICTADA EN REBELDIA, AUNQUE EL PROCURADOR DEMANDANTE CONOCIERA EL DOMICILIO DEL DEMANDADO (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1972).

Doña María Natividad Redondo Marín había facilitado a crédito a don Francisco Fernández Durán diversos materiales para instalaciones eléctricas, que importaban 21.023 pesetas, las cuales reclamó mediante el correspondiente juicio de cognición ante el Juzgado Municipal de Soria. El demandado, contratista de obras, y obligado seguramente por ello a frecuentes cambios de domicilio, fue declarado en rebeldía, tras infructuoso «emplazamiento efectuado en legal forma», y condenado al pago de la cantidad reclamada, la que se hizo efectiva sobre una fianza que tenía constituida en la Caja General de Depósitos de Soria para garantizar la contrata de ciertas obras a él adjudicadas en una localidad de la provincia. Enterado del fallo y su ejecución en el momento de ir a retirar la susodicha fianza, don Francisco Fernández insta entonces un proceso de revisión de la sentencia del Juez municipal, por estimar que se había cometido contra él una maniobra fraudulenta, ya que el procurador de doña María Natividad conocía su domicilio por otro asunto distinto y, además, hubieran podido averiguarlo a través del expediente de contrata a que la fianza se contraía. Tramitado el mal llamado recurso de revisión por la vía de los artículos 1.796 a 1.810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y previo informe desfavorable del Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo no da lugar al mismo, con base en la siguiente argumentación:

Considerando que para la efectividad del recurso de revisión es, en primer lugar, indispensable acreditar en forma inequívoca dentro del plazo de tres meses, fijado en el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así lo tiene establecido la constante y reiterada doctrina de esta Sala, por lo que la existencia de unas conferencias telefónicas celebradas por el recurrente y el que dos testigos afirmen haberse hallado presentes cuando fueron celebradas no acredita, en la forma dicha, que el recurrente tuviera conocimiento de la sentencia dictada contra él en la fecha en que tales conferencias fueron celebradas, siendo esta inconcreción del comienzo del plazo de caducidad bastante para que el recurso hubiera de ser declarado improcedente.

Considerando que, con independencia de lo establecido en el anterior, tampoco ha sido acreditado que ni por la actora ni por su procurador fuera conocido el domicilio del demandado, toda vez que la carta de aquél está dirigida a domicilio distinto del que se dice del demandado, no siendo bastante, aun cuando hubiera tal identidad, que el citado procurador le dirigiera una carta con motivo de un procedimiento distinto, puesto que la posible falta de memoria del mismo no puede asimilarse al fraude denunciado, y, por otra parte, el que constara el domicilio, hecho en forma alguna acreditado, en el expediente de fianza existente en el Ayuntamiento tampoco es prueba del denunciado ánimo doloso de la actora, motivos por los cuales no puede estimarse el fraude denunciado, debiendo, por tanto, declararse improcedente el recurso de revisión interpuesto...

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: NO SE DA ENTRE CONSTRUCTOR Y ARQUITECTO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DERIVADA DE DAÑOS OCASIONADOS POR CONSTRUCCION DEFECTUOSA (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1972).

Acaecida la muerte de un empleado de una sociedad como consecuencia de accidente *in itinere* causado por la caída sobre él de la tapia de una obra en construcción, por cuyo lado transitaba, la entidad empleadora se vio obligada a satisfacer la correspondiente indemnización a sus herederos, pero subrogándose entonces en las acciones de éstos reclama de los constructores de la valla la cifra pagada, con base en la responsabilidad extracontractual consagrada por el artículo 1.909 del Código civil. Primera Instancia acoge la demanda, pero la Audiencia revoca su sentencia por aplicar de oficio la excepción de litisconsorcio pasivo necesario entre constructor y arquitecto, que, a su juicio, se desprende de ese precepto. El Tribunal Supremo discrepa de esa conclusión sentando la cabal interpretación procesal de dicho artículo.

Considerando que en el segundo motivo del recurso interpuesto, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega infracción de ley por interpretación errónea del artículo 1.909 del Código civil, en relación con los artículos 1.902, 1.903 y 1.591 del mismo Código, y de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las fechas que se cita; en efecto, según el artículo 1.909 del Código sustantivo: «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»; este artículo, por la conjunción adversativa (*sic*) que emplea, demuestra bien claramente que en el caso de autos no se podrá apreciar la excepción de litiscon-

sorcio pasivo necesario, puesto que el precepto no dice que la demanda se presente *simultáneamente* frente al arquitecto y el constructor, sino que atendida la probable «causa» del daño, se dirija primeramente contra uno u otro; si en el pleito resulta clara su responsabilidad, se dictará sentencia condenatoria, y si aparece no comprobada o, al menos, dudosa, se le absolverá; solamente en este caso podrá volver a ejercitarse la acción contra el otro que aparezca como responsable del daño de los dos que menciona el artículo, y en el presente caso aparece bien claro: A) Que en todo el curso de la litis no aparece para nada el arquitecto hasta llegar a la sentencia proferida por la Audiencia. B) Que la única excepción, en cuanto al fondo del asunto, opuesta por los demandados comparecidos fue la del «caso fortuito», siendo debidamente estudiada en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia para ser desestimada después. C) Que si la verdadera «causa» del hundimiento, según se expresa en la dicha sentencia del Juzgado «y se colige de los informes periciales obrantes en las diligencias previas referidas, fue que la tapia derruida carecía de las condiciones necesarias de seguridad, por falta de reforzamiento, para resistir los agentes meteorológicos propios de la estación», los demandados no han opuesto que esta falta de reforzamiento implicase un vicio del suelo o de la dirección o que el arquitecto les hubiese obligado a construir la pared así, coparticipando en la responsabilidad contraída por ellos, lo que hubiera supuesto, en este caso, la necesidad del litisconsorcio necesario, que la Sala sentenciadora acoge de oficio.

J. M. R. P.