

## II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ  
Colaboran: Joaquín ATAZ LOPEZ  
José Antonio COBACHO GOMEZ  
Gabriel GARCIA CANTERO  
Regina GAYA SICILIA  
Isabel GONZALEZ PACANOWSKA  
Francisco LLEDO YAGÜE  
Encarna SERNA MEROÑO

### 2. DERECHO DE LA PERSONA

**Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límite a la libertad de información.**—Las libertades de que se trata en el artículo 20.4 de la Constitución, entre ellas, la de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, tienen un límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Por ello, puede decirse que la Constitución no tolera la libertad de expresión en forma tan amplia como la entiende el recurso.

**Derecho al honor. «Exceptio veritatis».**—La protección del honor llega a tal extremo que hasta se impide al que lo ataca probar la verdad de sus imputaciones, es decir, no puede oponer la denominada «exceptio veritatis», criterio ya recogido por esta Sala en su sentencia de 11 de octubre de 1988.

**Protección de la esfera privada.**—La esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares, sin que en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la ley o las mismas circunstancias, se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de

---

NOTA: En el fascículo IV, tomo XLII, se omitió involuntariamente la relación de las personas que colaboraron en la redacción de esta sección. Fueron: Joaquín Ataz López, Antonio Cabanillas Sánchez, José Antonio Cobacho Gómez, Gabriel García Cantero, Regina Gaya Sicilia, Isabel González Pacanowska, Francisco Lledó Yagüe y Encarna Serna Meroño.

su vida particular, y merece también protección la personalidad frente a publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos.

**Solidaridad.**—El criterio de la solidaridad a los responsables de acto ilícito extracontractual es plenamente aplicable a los supuestos de responsabilidad civil que regula la Ley Orgánica 1/82, en defecto de norma específica en este punto. Esta Sala ha razonado ya reiteradamente la fundamentación de tal solidaridad, principalmente, en obtener una mayor eficacia de la protección de los perjudicados por actos ilícitos, sin necesidad de acudir a aplicar el artículo 65,2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta.

**Indemnización.**—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, la determinación de las indemnizaciones es cuestión de hecho sólo impugnabile a través del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Apreciación de los daños de naturaleza inmaterial.**—Entra dentro de la soberanía de la Sala de instancia sin necesidad de acudir a la prueba intelectual de presunciones judiciales. (**Sentencia de 20 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Con motivo de haber adoptado los actores a un menor, en cuyo nombre se ejercita la acción, los adoptantes, también actores, manifestaron un origen del menor en cuanto a su filiación distinto del que los demandados, en el ejercicio de su profesión periodística, publicaron en un diario de gran difusión; lo que implicaba una rectificación de aquellas manifestaciones, que se hicieron para ser publicadas en la prensa, rectificación que se dice hecha para dar a conocer la verdad sobre la filiación natural del expresado menor: «La madre... trabaja en una barra americana», «el hijo de... fue adquirido».

Ambas sentencias de instancia estimaron en parte la demanda, condenándose de forma solidaria a los demandados a abonar una determinada indemnización, con publicación en el diario de la resolución. No prospera el recurso de casación.

**Protección del honor. Derecho de crítica.**—Se ha dicho, quizá exagerando la nota, que quien ostenta un cargo público ha de soportar el derecho de crítica, bien entendido dentro de un régimen democrático para la transparencia de las gestiones encomendadas al mismo, y que cualquier exceso ha de deputarse en la punitiva, como jurisdicción preferente a la civil, y así se recoge en el artículo 1,2 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, y así lo ha precisado recientemente la sentencia de 11 de noviembre último al determinar que cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código penal, haciendo reserva de que serán aplicables los criterios de la propia Ley para la determinación de la responsabilidad derivada del delito. (**Sentencia de 7 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El demandado, como concejal de un Ayuntamiento, solicitó la convocatoria de un pleno extraordinario para tratar de unas presuntas irregularidades del concejal de urbanización, y antes de que se reuniera el pleno daba cuenta de su petición a dos periódicos, dañan-

do gravemente la imagen del demandante al imputarle graves irregularidades en la concesión de licencias de construcción, demolición de edificios y percepción de cantidades a través de cheques que no se exhibían.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial acogió el recurso de apelación, absolviendo al demandado. No prospera el recurso de casación.

**Lesión al honor producida en el escrito por el que se ejercita el derecho de rectificación.**—Las frases y expresiones que se transcribieron en el séptimo antecedente del fundamento primero de esta sentencia, nada tienen que ver con lo que debe entenderse cual ejercicio del derecho de rectificación, y entran de lleno en el insulto o en la descalificación a que se alude en el quinto fundamento de la recurrida, con lo que el demandado recurrente incide, en realidad, en el apartado 4 del meritado artículo 20: «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título... y, especialmente, en el derecho al honor...».

**El Derecho al honor y su conculcación.**—El derecho al honor es, esencialmente, un derecho derivado de la dignidad humana y consistente en no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, reconocido como derecho fundamental, entre otros, en nuestra Constitución, y cuya negación o desconocimiento se produce, fundamentalmente, a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida respecto a determinada persona que, de modo inexcusable, lo haga desmerecer en su propia estimación o del público aprecio, significación ésta que viene a estar en línea con la «intromisión ilegítima» que se recoge en el número 7 de la Ley Orgánica 1/82: «la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena»; por ello, conforme ha ido perfilándose a lo largo de constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el ataque al honor se desenvuelve, tanto en el marco interno de la persona afectada (inmanencia) e, incluso, de la familia, como en el externo o ámbito social (trascendencia) y, por tanto, profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad, y ésto así, es obvio que la libertad de expresión nunca puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que le hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprochables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento. (STS de 24 de abril de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).

**Distinción entre el honor y el prestigio profesional. Diferente protección jurídica.**—Los derechos fundamentales del individuo coexisten con otro grupo de derechos de la persona. Aquéllos, llamados personalísimos, encuentran una protección jurídica especial, como ocurre con el honor, la intimidad personal y familiar o la propia imagen, al paso que los últimos encuentran también su tutela jurídica cuando son vulnerados, habiéndose catalogado entre estos últimos el prestigio profesional como patrimonio de la persona. Los primeros encuentran su tutela en el ámbito de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, al paso que los segundos han de acogerse a la tutela genérica del artículo 1.902 del Código civil cuando se demuestre la existencia de un daño moral.

El honor protegido genéricamente por la calendada Ley Orgánica está representado por dos aspectos íntimamente conexos: a) el de la inmanencia, represen-

tado por la estimación que cada persona hace de sí mismo y b) el de la trascendencia o exteriorización, representado por la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad. En cambio, el prestigio se decanta por los derroteros de la buena fama que disfruta una persona, bien como tal persona o por su profesión o influencia que se tiene por ella. (STS de 2 de marzo de 1989; ha lugar.) (L.F.R.S.).

**Derecho a la persona: Criterios atribución del sexo: Factores determinantes.**—A la hora de clasificar al individuo en uno de los dos géneros sexuales que el derecho reconoce —*tertium non licet*— es evidente que no habrá de ser el factor el que predomine, aún sin negarle su influencia, ni aún tampoco el gonadal, muchas veces equívoco y, en ocasiones, parcialmente modificado por la técnica quirúrgica y médica, sino el fenotípico que atiende el desarrollo corporal y, con mayor fuerza aún, al psicológico que determina el comportamiento caracterial y social del individuo; y ello, no sólo porque son los factores psíquicos los más nobles e importantes de la persona y los que determinan su diferencia esencial con las especies de grado inferior, sino también porque en los factores anímicos anida el centro del desarrollo de la personalidad, a la que atiendo de manera expresa el mandato constitucional; ante la posible objeción que cabría hacer a la inclusión de un individuo en un grupo sexual que no se corresponde con sus características cromosómicas, que responde que por razón del principio de accesoriadad habremos de hacerlo en aquél al que se correspondan las que deban reputarse esenciales.

**Ficción jurídica al sexo.**—Siquiera sea de manera atenuada y parcial, estamos operando por medio de una ficción, instituto desde siempre reconocido por la ciencia jurídica —recuérdese ya la ficción del *nasciturus* que elaboró el Derecho romano—, y que permite a un objeto o sujeto de derecho un tratamiento jurídico que se reputa necesario o simplemente justo, y que, en otro caso, no le correspondería; carácter de ficción que ostenta esta atribución de sexo distinto al que se reconoció en el Registro al individuo en el momento de nacer, que ha sido reconocido ya por las sentencias de esta Sala de 2 de julio de 1987 y 8 de julio de 1988, también esta última reconociendo que la inexistencia de la norma reguladora de estos cambios de sexo plantea el problema relativo a la determinación de los efectos de la declaración jurisdiccional, atendiendo celosamente a la limitación de los mismos al proclamar, en declaración que esta resolución comparte, que los eventuales matrimonios del individuo sujeto al cambio ordenado, serían nulos.

**Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución Española.**—Resulta acreditado que el actor, ya desde los cinco años se sintió rechazado por sus compañeros de sexo por su inclinación a realizar juegos femeninos; que a los 18 inició su vida artística vistiéndose de mujer; que a los 29 se operó, desprendiéndose del pene que le impedía realizar su vida femenina, que era lo que buscaba, comenzando a tener problemas con su documentación, que se contradecía con su aspecto y, finalmente, que tiene una personalidad atormentada, viviendo permanentemente en un estado de ansiedad; lógico es concluir que la actual inscripción en el Registro civil como varón contribuye a impedir el libre desarrollo de su personalidad a la que tiende su sexo psíquico que es de mujer, por lo que la resolución en que así no se aprecia viola el artículo 10 de la Constitución. (Sentencia de 3 de marzo de 1989; ha lugar.)

NOTA.—Puede hablarse ya de una doctrina jurisprudencial reiterada que permite hacer constar en el Registro civil el cambio del sexo masculino, que figura en el acta de nacimiento, al sexo femenino obtenido artificialmente mediante la intervención de la cirugía. Se trata de tres sentencias, no absolutamente idénticas en su argumentación, de 2 de julio de 1987, 8 de julio de 1988 y la presente de 3 de marzo de 1989, que marcan ya una segunda jurisprudencia pese a los votos particulares que han originado (en la última, uno muy razonado del señor Marina y Martínez-Pardo). Es curioso constatar que los comentarios hasta ahora suscitados han sido más bien críticos: Díez del Corral Rivas, *Estado civil y sexo. Transexualidad, Actualidad Civil*, 1987, 2, pp. 215 y ss.; Gordillo Cañas, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, abril-agosto, 1987, pp. 4271 y ss.; De Angel Yáñez, *Transexualidad y cambio de sexo*, «La Ley», 1987-4, pp. 166 y ss.; sin que la última sentencia contribuya a disipar los interrogantes producidos. Aparte de cierta anomalía en la estimación del motivo del recurso por error en la apreciación de la prueba con base en informes periciales, y de una muy discutible prevalencia dada al sexo psicológico, la *ratio decidendi* parece situarse en la violación del artículo 10 CE, olvidando las razonables consideraciones de Gordillo Cañas (loc. cit., pp. 4744 ss.): «Desarrollo de la personalidad, pero no hasta el punto de hacer cómplice al Registro civil de un posible engaño a terceros. Y, sobre todo, desarrollo de las facultades personales y realizadoras de la plenitud personal, pero no desarrollo, con la connivencia del Derecho, de la propia patología personal». Moviéndose, como hacen estas sentencias, en el plano de la ficción que el Registro civil va a canonizar en adelante, se asesta a esta institución un golpe dirigido a su credibilidad social y eficacia jurídica; pero, sobre todo, se deja en la indefinición el concepto de sexo, elemento definidor de la persona, así como sobre su estabilidad y permanencia, indispensables para el mantenimiento de relaciones familiares; se dejan sin respuestas graves interrogantes: ¿Hay un derecho indefinido al cambio sexual?, si quirúrgicamente la operación es reversible ¿podrá retornarse al primitivo? ¿Va a entrar definitivamente el sexo en el ámbito de la autonomía del sujeto? El gran debate sobre estos temas está por desarrollarse entre nosotros (G.G.C.).

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**Contradicción entre el Código civil y el Código penal.**—Cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación de las condiciones particulares con las generales y su coherencia interna no debe favorecer al predisponente pues tal duda sería imputable a deficiencias de redacción sólo a él mismo atribuibles. (STS de 22 de febrero de 1989.)

HECHOS.—Un individuo sufre un accidente conduciendo un automóvil en el que resulta lesionado su hijo que viajaba con él. Tenía suscritas dos pólizas de seguro con la misma compañía. Una de éstas

era un «seguro individual contra los accidentes corporales de todas clases» y la otra recogía el «seguro de vehículos de motor». Las condiciones particulares de uno de los contratos no cubrían los daños sufridos por familiares, los cuales si estaban cubiertos por el otro.

El *problema* consistía en determinar a qué contrato correspondían cada una de las condiciones particulares porque las lesiones sufridas por el hijo sólo serían indemnizadas por la compañía aseguradora en el caso de que las lesiones a familiares estuviesen cubiertas por el *seguro de vehículos de motor*.

NOTA.—La solución dada tanto por el Juzgado de primera instancia como la audiencia entendieron que la condición particular que ampliaba la cobertura del seguro a familiares pertenecía al contrato de seguro de vehículos de motor. Para afirmarlo se basaron en que el número de póliza que figuraba en las condiciones particulares que excluían a los familiares coincidía con el del seguro de accidentes individuales. Esta argumentación es aceptada por el Tribunal Supremo.

La compañía aseguradora trata de enervar tal conclusión alegando que lo contrario se deduce del hecho de que la condición particular que incluía a los familiares dijese que quedaban cubiertos «única y exclusivamente... los accidentes corporales que puedan sufrir...» con lo que, dado que el seguro de vehículos de motor cubría también daños a las cosas, la mención de accidentes corporales como únicos y exclusivos riesgos cubiertos permitía deducir que dicha condición particular formaba parte del seguro de accidentes corporales. El Tribunal Supremo rechaza la argumentación a contrario de la Aseguradora afirmando que «la frase... no implica... que se excluyen los daños a las cosas, sino que, en el ámbito de los accidentes corporales, se limitan éstos “única y exclusivamente” por lo que se refiere a los ocupantes del automóvil, a cinco plazas incluidos los familiares».

La Aseguradora alegó además la existencia en el seguro de vehículos de motor de una condición general que excluía de la cobertura a los familiares, pero el Supremo desestima igualmente el motivo por entender que, aunque así sea «cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación de las condiciones particulares con las generales y su coherencia interna no debe favorecer a la recurrente, pues será imputable a deficiencias de redacción sólo a ella misma atribuibles y tratarse de un contrato de los denominados de adhesión».

**Reconocimiento de deuda. Doctrina sobre los negocios abstractos. Ausencia de causa. Ineficacia.**—En nuestro ordenamiento civil el contrato abstracto es válido siempre que cumpla los requisitos inherentes a todo contrato, y si bien la falta de expresión de la causa a la que obedece es relevada conforme al artículo 1.277 por su presunción, cuando ésta es destruida por la prueba del que aparece como deudor, cual sucede en el supuesto de autos, el contrato pasa a ser un contrato sin causa, sin que produzca efecto alguno. (Sentencia de 14 de marzo de 1989; no ha lugar.)

**Simulación relativa. Compraventa con opción de retroventa que encubre préstamo mercantil. Validez del contrato disimulado.**—Se aparenta un negocio jurídico

co simulado e inexistente por falta de causa que esconde otro real y querido por las partes consistente en un préstamo mercantil con pacto de intereses, señalándose la cantidad que queda por devolver, el tipo de interés al 2 % mensual, que se calculará en atención a las fechas de la entrega del capital por el prestamista y a las fechas de devoluciones efectuadas, cuya liquidación se verificará en ejecución de sentencia, no siendo la obligación solidaria; todo lo cual respeta la autonomía de la voluntad y hace aplicación correcta del artículo 1.258 CC perfilando las consecuencias que, conforme a la naturaleza del contrato disimulado, querido evidentemente por las partes, aparecen conformes a la buena fe, al uso y a la ley del propio contrato, ejercitando la Sala de instancia la facultad interpretativa que le corresponde en negocio realmente anómalo, pero que no permite señalar período alguno de carencia en la producción pactada de intereses.

**Contrato usuario. Doctrina general.**—Según doctrina de esta Sala, merecen la consideración de usuarios, los contratos: 1.º) En que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; 2.º) En que se consignent condiciones que resulten lesivas o en que todas las ventajas establecidas lo sean en favor del acreedor; y 3.º) En que se suponga recibida una cantidad mayor que la efectivamente entregada; juicio de valor que versa sobre un presupuesto fáctico respecto del cual el artículo 2 de la Ley de 1908 concede a los Tribunales una gran libertad de criterio, que sólo puede ser combatida proyectando la atención sobre el hecho objeto de la calificación jurídica, eso es, actualmente por la vía del número 4 del artículo 1.692 LEC, y en el presente caso los hechos sentados por la Audiencia, negadores del carácter usurario del préstamo, no han sido atacados en casación.

**Recibo del capital sin mención de intereses.**—Para que puedan aplicarse los artículos 314 y 318 Ccom en relación con el 1.110 CC ha de tratarse de recibo del capital completo, y no una parte del mismo, pues lo normal es que el acreedor que cobre el total, entregue al deudor el documento justificativo, lo que no suele ocurrir en el pago parcial. (**Sentencia de 11 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

NOTA.—Parece correcta la calificación del negocio como relativamente simulado así como la validez del subyacente préstamo. Aunque en épocas pretéritas el 2 % mensual hubiera podido parecer usuario, no resulta «notablemente superior al normal del dinero». Quizá llama la atención la interpretación del párrafo 1.º del artículo 1.110 CC, contradictoria, en cierto modo con la interpretación jurisprudencial habitual de tratarse de una causa de extinción automática de la deuda de intereses, y que está más en consonancia con la exégesis que propugna Rodrigo Bercotitz, en su excelente comentario a dicho precepto en *Comentarios Albaladejo XV-1* (Madrid, 1989), p. 944 ss., en favor de una presunción *iuris tantum* de extinción, que admite la prueba en contrario, y, por ende, una mayor rigurosidad en los presupuestos de aplicación, y que parece preferible seguir. (Marginalmente acaso quepa señalar un nuevo estilo de redacción de las sentencias, y en particular de los fundamentos de derecho; se intercalan interrogantes («¿Qué se pretende?») y frases coloquiales («parece que se paró la máquina cuan-

do se iba a decir nulidad...») acaso poco acordes con el tradicional estilo forense (G.G.C.).

**Negocio fiduciario y no venta con pacto de retro. Prueba.**—El contrato existente entre las partes es un negocio fiduciario y no una venta con pacto de retro, como se deduce de hechos relevantes, como son, el mantenimiento de la real situación posesoria, la fijación del precio de la retroventa en función de la cantidad prestada, la continuación, por parte de los vendedores, en el pago de gastos y tributos propios del derecho de dominio, el mantenimiento de esta situación dominical de forma pública, incluso en la percepción de indemnizaciones por servidumbres impuestas de paso de líneas de conducción eléctrica, y prórrogas sucesivas del término del derecho a recuperar la propiedad.

**Efectos «inter partes» del negocio fiduciario.**—De conformidad con la doctrina de las sentencias de 6 de abril de 1987, 25 de febrero de 1988, 8 de marzo de 1988 y 22 de diciembre de 1988, el negocio base de fiducia confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, el deudor dueño, aunque la recuperación por éste de tal titularidad está subordinada al cumplimiento de las obligaciones garantizadas, sin que, en ningún caso, pueda prevalecer *inter partes* la apariencia creada por el negocio indirecto (en este caso, venta por pacto de retro), sobre el negocio real, directo de garantía. (Sentencia de 19 de mayo de 1989; no ha lugar.)

NOTA.—El tratamiento más completo, doctrinal y jurisprudencial, sigue siendo el de De Castro, *El negocio jurídico* (Madrid, 1967), pp. 379-442. Sabido es que, carente de regulación legal, la figura del negocio fiduciario se acepta por el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 25 de mayo de 1944 (Pte. Castán Tobeñas), siendo recibida con gran generalidad por la doctrina y jurisprudencia posterior. En el presente caso no se alude expresamente a la teoría del doble efecto —a la que frontalmente se opone De Castro (*op. cit.*, p. 405 ss.)— pero está implícito al tratarse exclusivamente de las relaciones entre las partes del negocio fiduciario que se encubre bajo la apariencia de una venta con pacto de retro. Hay, por tanto, continuidad con la doctrina que ya puede considerarse tradicional del Tribunal Supremo (G.G.C.).

**Distinción entre dación en pago y cesión de bienes para pago de deudas.**—Es asimismo de considerar y determinar, por ser base de la solución que aquél deba merecer, y concretamente en orden a la apreciación del título viabilizador de tercería de dominio, el concepto, naturaleza, carácter y efectos respectivamente atribuibles jurídicamente a la adjudicación en pago de deudas o «*datio pro soluto*» y la adjudicación para el pago de deudas o «*datio pro solvendo*», y en tal sentido es de entender que la primera, o sea la «*datio pro soluto*», significativa de adjudicación del pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa, dado

que, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse análogicamente a las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la segunda, es decir, la «datio pro solvendo», revelador de adjudicación para pago de deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1.175 del Código civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes, y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo respecto del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación, toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos, como expresamente previene el meritado artículo 1.175 del Código civil, no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o «datio pro soluto».

**Convenio de suspensión de pagos con carácter de dación en pago, que transmite la propiedad a los acreedores.**—La Sala llega a la adecuada calificación del negocio jurídico que aquel convenio supone, reconociéndolo certeramente como de adjudicación en pago de deudas, o «datio pro soluto», sin que en consecuencia sea absurda o ilógica, sino por el contrario adecuadamente correcta esa calificación, y sin que a ello obste la circunstancia de que para la efectividad de la referida adjudicación en pago, o «datio pro soluto», se encomiende a una comisión de acreedores para la efectividad de abono de la resultante económica asignada a los acreedores, por el orden convenido, con concesión de poderes al respecto, ya que éstos son meros aspectos de ejecutoriedad del Convenio, pero no de su naturaleza, ni tampoco la tradición del suspenso a sus acreedores, si se considera que aquélla no se produce por la efectividad del convenio, sino simplemente por su aprobación por la autoridad judicial, que le confiere aspecto documentado transmitido por el indicado convenio a los acreedores los bienes comprendidos en el activo del expediente de suspensión de pagos con correlativa liquidación del pasivo de la entidad deudora en dicha suspensión, genera una efectividad a la compraventa que determine tradición, por la circunstancia, por aplicación análogica del párrafo segundo del artículo 1.462 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que en el ámbito jurídico no puede darse mayor alcance a la escritura pública que el auto de aprobación judicial del referido convenio, puesto que sí, a tenor del artículo 1.216 del Código civil, son documentos públicos «los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley», evidentemente ha de merecer ese carácter de auto judicial aprobatorio del convenio dictado en el expediente de suspensión de pagos de que se viene haciendo mención, por ser el órgano competente conforme a lo prevenido en el artículo 72 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, y mayormente en cuanto que la similitud del referido auto que aprobó el menciona-

do Convenio con la escritura pública emanada la circunstancia de que ésta es, en definitiva, el instrumento en que se consigna un acto o negocio jurídico, o sea, el instrumento público por el cual una o varias personas, judicialmente capaces, establecen, modifican o extinguen relaciones de derecho, que es precisamente lo que se produce mediante el expresado convenio judicialmente aprobado. (STS de 13 de febrero de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).

**Compraventa de inmuebles con precio aplazado. Pacto expreso de abonar resto del precio al elevar a escritura pública el contrato. No procede resolución por incumplimiento.**—Se pacta expresamente la simultaneidad de la escritura pública y el pago del resto del precio, por lo cual el acuerdo de interdependencia de las obligaciones de los contratantes impide hablar de que el comprador haya incumplido cuando la escritura aún no se ha otorgado, y, mucho menos, de una voluntad reacia al cumplimiento a que se subordina la aplicación del artículo 1.504 Cc por remisión implícita al genérico 1.124.

**Doctrina genérica sobre las arras.**—Es reiterada la doctrina jurisprudencial según la cual, de las tres funciones tradicionalmente asignadas a las arras, como señal en la celebración de un contrato o prueba de su cumplimiento (arra confirmatoria), como entrega de cantidad para responder del cumplimiento del contrato, o arras penales, que tienen una función estricta de garantía del cumplimiento ya que se pierden si el contrato se incumple, pero que no permiten desligarse del mismo, y como arras penitenciales que faculta para la resolución del contrato perfeccionado, siendo a estas últimas a que el artículo 1.454 Cc se refiere, debiendo serles atribuido un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva, de modo que la nota genérica de no presunción de las arras alcanza en éstas su mayor rigor, exigiendo su constancia si no denominándolas expresamente con su específico nombre, si haciendo constar inequívocamente la función resolutoria que contienen.

**Calificación de las arras pactadas.**—En el presente caso se niega la calificación de arras penitenciales, atribuyéndolas la naturaleza de arras penales previstas para caso de incumplimiento (art. 1.152), como se deduce del contexto general del contrato y de la conducta confusa del vendedor que en repetidas intervenciones posteriores al contrato, incluso en la confesión judicial y en la reconvencción, alegó como motivo básico de la resolución que postula el incumplimiento por el comprador de la supuesta promesa de proporcionarle otra vivienda de más reducida extensión, en vez de invocar lisa y llanamente la facultad resolutoria del contrato con base en el artículo 1.545 CC. (Sentencia de 9 de marzo de 1989; no ha lugar.)

**NOTA.**—Resulta meridianamente clara la estipulación base de la demanda según la cual «el resto, es decir siete millones de pesetas, será abonado en el acto del otorgamiento de la escritura pública de compraventa y cuya fecha será el 16 de diciembre de este año». El comprador obtuvo sentencia favorable en ambas instancias condenando al vendedor al otorgamiento de la escritura y recibir la parte de precio no pagado. Es inexplicable que el vendedor se aferre a un hecho indemostrado, a saber que hubo un convenio verbal de condicionar la validez de la venta a que el comprador proporcionara un piso de menor extensión

que el vendido. La sentencia hace una alusión a la intervención de un Agente de la Propiedad Inmobiliaria que, presumiblemente, haría la oferta no reflejada en el contrato. ¿Cabe conjeturar en la venta realizada por una persona de edad que ya no necesita un piso grande porque los hijos se han casado, y que desea en realidad una permuta que no acierta a escriturar? A veces, tras un claro caso judicial se esconde un drama humano (G.G.C.).

**Contrato de obra por ajuste o a precio alzado. Interpretación. Aumento de precio por cambio en el proyecto.**—El contrato contiene en realidad la fijación de un precio alcanzado para la obra, aunque el mismo figure desglosado en varias partidas, pues no ofrece duda que se contempla «la obra como un conjunto» (Sentencia de 7 de octubre de 1986) a realizar por el precio indicado, siendo irrelevante que se consignen partidas tales como «movimiento de tierras», «hormigones», «albañilería», «carpintería», «electricidad», etc., cuyo único significado es el de explicar y justificar el *quantum* señalado, en definitiva, como importe total del precio; en consecuencia, como el contratista se comprometió a realizar la obra por un precio alzado, el coste superior debe imputarse a su cargo, conforme a la regla general del artículo 1.593, salvo el caso de «cambio» en el proyecto, no identificado con diferencias de coste en el inicial, aunque sean atribuibles a defectos técnicos del mismo, debiendo tenerse presente, además que el contratista por su profesión está en mejor posición para calcular el costo de la obra y detectar cualquier error en el presupuesto, aunque lo haya confeccionado el Arquitecto. (Sentencia de 8 de marzo de 1989; no ha lugar.)

NOTA.—Ha de resaltarse la notable argumentación con que se justifica la *ratio* del artículo 1.593, normalmente poco fundamentado en la doctrina (cfr. Lucas Fernández, *Comentarios al Código Civil dirigidos por Albadalejo*, XX-2.º, Madrid, 1986, pp. 381-383). Puede así leerse en el 3.º de los *Fundamentos de Derecho* (pte. Ortega Torres): «De lo contrario se desvirtuaría la operatividad propia de cualquier presupuesto y el «precio alzado», cuya característica es la invariabilidad, derivaría, a consecuencia de errores no imputables al dueño de la obra, a un precio indeterminado previamente, y fijado, en último término, sobre la base del coste real de la obra, lo que contradice la esencia de lo pactado»; «esta interpretación del artículo 1.593 es conforme al «sentido propio de sus palabras» (art. 3.º 1 Cc) en cuanto veda los aumentos de precio salvo «cambio en el plano», equiparable a alteración de lo proyectado, y pondera la equidad en su aplicación en la medida que sólo impone al contratista las consecuencias de una apreciación propia y de su compromiso de realizar la obra conforme al presupuesto inicial, que no deben ser afrontadas por la otra parte contractual, pero le libera de soportar el costo de las modificaciones del proyecto, que deberá ser abonado por el dueño de la obra siempre que las haya autorizado». Por otra parte, sale al paso de la imputación de enriquecimiento injusto que se hace al contratista: «Si bien es cierto que abonará un importe inferior al real, ello es consecuencia del contenido obligacional del contrato y de su regulación legal y, ha de insistir-

se, no puede ser constreñido a pagar la diferencia consecuente a una previsión equivocada del contratista, quien sí se enriquecería injustamente si el precio alcanzado tuviera sólo la consideración de un mínimo revisable, lo que implicaría un desplazamiento a la otra parte del riesgo industrial insito en su actividad». En suma, el artículo 1.593 es consecuencia del respeto a lo pactado (como quieren De Diego y Castán), y de la consideración de que el aumento de costes es un riesgo consustancial a la función empresarial del contratista (así Gullón), más agudizado en nuestra época de constante alza del índice de precios al consumo (G.G.C.).

**Contratos de recogida de remolacha. Canon impuesto por comisión central mixta de agricultores y fabricantes azucareros. Contratación obligatoria.**—La contratación obligatoria que rige en las campañas de recogida de remolacha, para la que se señala un comprador único, no priva a estos contratos de su carácter de derecho privado, y sin que la obligatoriedad del cumplimiento de las prestaciones pueda ser menoscabado por normas procedentes de terceros no contratantes, con lo que se infringiría el principio de relatividad de los contratos del artículo 1.257, pár. 1.º Cc, no menos que el de igualdad de posición jurídica de ambos contratantes, al imponerle a uno de ellos un gravamen (descuento de precio) al que se opone, y que, a su arbitrio, aplica la otra parte, con lo que además se infringe el artículo 1.256; estos principios rectores de la contratación privada, corolarios del de autonomía de la voluntad, no pueden quedar afectados por normas dictadas por las Autoridades administrativas en preceptos de rango inferior, reguladores con carácter transitorio de la recogida de remolacha, cuyas condiciones generales no pueden interpretarse tan extensivamente que incluyan detracciones del precio sin que aparezca con nitidez la voluntad inequívoca de la entidad vendedora, y sin que se compruebe vínculo ni obligación alguna de la recurrida con la beneficiaria de aquellas detracciones.

**Casación civil. No se da contra violación de normas administrativas y reglamentarias. Orden reguladora de campaña azucarera.**—Se alegan como infringidos preceptos que carecen de la categoría de leyes en la jerarquía normativa, ya que el recurso de casación ha de fundarse precisamente en infracción de ley o de doctrina legal, o jurisprudencia reiterada, y no en Decretos, Reales Ordenes o Reglamentos, y así lo ha declarado repetidamente esta Sala en sentencias de 11 de octubre de 1985, 15 de diciembre de 1986 y 26 de octubre de 1988.

**Devolución del depósito para recurrir. Falta de conformidad de las sentencias.**—Procede la devolución del depósito constituido por no ser conformes «de toda conformidad» ambas sentencias de instancia, en cuanto la recurrida resta de la suma concedida por la de primera instancia la cantidad de nueve ptas., lo que ha de ser tenido en cuenta a estos efectos por no hacer distinción alguna el artículo 1.703 LEC. (Sentencia de 26 de mayo de 1989; no ha lugar.)

NOTA.—Nada que oponer al fondo de la sentencia, sino congratularme de que los órganos jurisdiccionales corrijan los abusos de cierto intervencionismo administrativo que todavía subsiste en determinadas áreas de nuestra economía. Correcta la doctrina sentada, algo de sosla-

yo, sobre la fuerza vinculante de las condiciones generales de los contratos intervenidos por la Administración en el sector agrario; a mayor abundamiento hubiera podido invocarse el artículo 10 de la Ley de Consumidores de 1984, posterior a los hechos aquí enjuiciados. Menos plausible la decisión procesal sobre devolución del depósito para recurrir por una diferencia en la condena de nueve pesetas, con base en una argumentación que parece poco seria (G.G.C.).

**Retracto arrendaticio urbano. No procede cuando se enajenan porciones indivisas de la totalidad de la finca.**—La totalidad de la casa, matriz del piso retraído, fue adquirida en 1952 por una sociedad anónima que arrendó el piso al ahora recurrente en 1953, y al ser reducido el capital social, se adjudicaron a los accionistas cuotas partes indivisas de la finca global en proporción de las acciones de su respectiva titularidad, lo que tuvo lugar en 1975, inscribiéndose en el Registro en 1983, correspondiendo a la parte demandada el 10 por 100 del total de la casa, no siendo posible ejercitar el retracto por no completarse tal posibilidad en el artículo 47 LAU según la doctrina contenida en sentencias de 30 de junio de 1962 y 24 de mayo de 1982, que mantiene el criterio de que cuando el arrendador enajena una porción de finca mayor que la que el arrendatario tiene arrendada, no resulta posible el derecho de retracto.

**Colisión de retractos. Preferencia del de comuneros sobre el arrendaticio.**—Cuando un condueño de piso concreto se transforma en dueño exclusivo por adquisición de las coparticipaciones restantes, no puede jugar fructuosamente el retracto del arrendatario.

**Fraude de Ley.**—El concepto de fraude, como de mero hecho, es de apreciación del Tribunal de instancia que explícitamente lo ha rechazado en este caso; y habiéndose examinado todo el proceso transmisorio desde 1952 hasta el presente, y no habiéndose ejercitado cuando pudo hacerse el derecho de retracto que ahora persistentemente y con vehemencia se quiere hacer prevalecer en tiempo y forma procesal no adecuado para ello, no es lícito alegar tal fraude legal, cuando se ha hecho por la demandada uso de una titularidad conforme a derecho, lo que nunca puede ser abusivo, ni puede reputarse injusto, cuando lo adquirido lo ha sido en base a preceptos legales concretos y que corresponde por Ley (SS. de 10 de abril y 12 de noviembre de 1988). (Sentencia de 27 de marzo de 1989; no ha lugar.)

NOTA.—Supuesto complejo, cuyos hechos y precedentes son minuciosamente expuestos por el Tribunal Supremo (Pte. Malpica y González-Elipe), no sólo para argumentar la desestimación del recurso, sino para mostrar pedagógicamente al recurrente en qué momento debió ejercitar el retracto. Los varios socios de un inmobiliario se adjudican la totalidad del edificio por cuotas partes; en un momento posterior concretan sobre cada piso las cuotas que corresponden a los comuneros, y finalmente uno de los comuneros adquiere las cuotas de los demás, lo que origina el ejercicio del retracto, que es desestimado. En general, la colisión de derechos legales de adquisición preferente no tiene en nuestro ordenamiento un tratamiento general y sistemático, sino sectorial y relativizado; en el presente caso el artículo 50 L.A.U. tiene una claridad

meridiana sobre la preferencia del comunero sobre el arrendatario. El T.S. opina que el retracto se hubiera ejercitado con éxito en el momento de concretarse sobre cada uno de los pisos las cuotas correspondientes a los comuneros, pues ello equivalía a una forma de división de la comunidad. Prescindiendo de la utilidad y conveniencia de que el T.S. ejerza funciones pedagógicas con ocasión de la resolución de los recursos de casación, parece urgente una revisión a fondo de las preferencias entre los diversos derechos legales de adquisición preferente en el ordenamiento civil, tanto común como foral (G.G.C.).

**Arrendamientos urbanos. Actividades industriales molestas. Resolución de contrato.**—Cuando por la comprobación de las denuncias efectuadas resulta patente que la actividad debe ser calificada de incómoda, procede la aplicación de las normas contenidas en los artículos 7, párrafo tercero y 19, párrafo segundo de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, sin olvidar las normas estatutarias de la comunidad de propietarios y que el calificativo de «industria molesta» es un concepto de puro hecho, al margen y con independencia del alcance y significación que pudiera tener o dársele en la esfera administrativa. (**Sentencia de 14 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En un inmueble regido por el régimen de comunidad de propietarios, cuyos estatutos reguladores prohibían la instalación en los locales comerciales de industrias insalubres, nocivas, molestas y peligrosas, un comunero propietario de un local comercial en la planta baja lo cedió en arrendamiento a un industrial, para la instalación y explotación de café-bar (habiéndosele concedido licencia municipal), cuyo aparato de música rebasaba el nivel de presión acústica permitido. La comunidad de propietarios interpuso demanda de juicio de desahucio contra el arrendatario, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento o cualquier otro por el que se ocupaba el local. El juez de primera instancia desestimó la demanda; la Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

**Compatibilidad entre la situación profesional de la agricultura y la situación de un jubilado agrario.**—El criterio de la incompatibilidad entre la situación de jubilado agrario y la de profesional de la agricultura ha venido evolucionando a partir de entonces en un sentido más permisivo, pues ya en la sentencia de fecha de 19 de mayo de 1986 se llega a la conclusión de que no cabe identificar la jubilación con la pérdida de la profesionalidad agraria, apoyando el fallo desestimado del recurso en la reiterada aseveración de que, aparte e independientemente de haber accedido el demandado a la condición de jubilado, «dejó de ser tanto cultivador personal como cultivador directo por haber abandonado su ocupación agraria»; actuando el dato de la jubilación únicamente como elemento establecedor de una especie de presunción. La apertura de esta vía permisiva ha llegado a sus últimas consecuencias en las recientes sentencias de 28 de enero y 3 de junio de 1988, en las que de una forma rotunda se establece que «la consideración de cultivador personal no se desvirtúa por la edad del arrendatario,

ni su situación de pensionista, ya que el carácter cultivador personal, con proyección de profesionalidad de la agricultura, surge de tratarse de una persona natural, en la plenitud de sus derechos civiles, en dedicación con carácter preferente a actividades agrarias, y con ocupación de manera efectiva y directa en la explotación»; no impidiendo la situación de pensionista que el arrendatario que se encuentre en tal situación, pueda merecer la consideración de profesional de la agricultura o cultivador personal, conforme a los artículos 15 y 16 de la Ley, ya que en ellos existe condición prohibitiva a este respecto, y la incidencia que pudiera producir la cláusula restrictiva contenida en la Ley de la Seguridad Social, sería, en todo caso, completamente inoperante en relación con la posibilidad de hecho y jurídica, de merecer el arrendatario el carácter de cultivador personal o profesional de la agricultura. (Sentencia de 20 de febrero de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).

**Donaciones. Acción revocatoria por fraude de acreedores.**—Los dos requisitos esenciales que, supuestas la existencia de un crédito anterior a favor del acreedor-demandante y la realidad de una transmisión de bienes a tercero realizada por el deudor-demandado, condicionan el éxito de la acción revocatoria o pauliana del artículo 1.111 del Código civil son: a) que el deudor carezca de bienes suficientes para atender al pago del crédito en cuestión, lo que integra el llamado requisito de subsidiariedad de esta acción, que establecen el citado artículo 1.111 y, de manera más explícita, el artículo 1.294 del mismo Código y b) que la transmisión que se impugna sea fraudulenta. La no concurrencia del primer requisito (por tener el deudor bienes suficientes —además del transmitido a título gratuito— para atender al pago de sus deudas) lleva aparejada la ausencia del segundo, pues al no entrañar perjuicio para el acreedor la transmisión impugnada, no puede ésta ser calificada de fraudulenta, como expresamente lo establece el párrafo segundo del artículo 643 del Código civil. Por otra parte, la normativa reguladora del «onus probandi», contenida en el artículo 1.214 del Código civil, solamente es aplicable, en conexión con el 1.250 del mismo cuerpo legal, si de una presunción de «iuris tantum» se trata, en el supuesto de que un hecho haya sido probado; pero no es necesaria la prueba cuando se acredita que los deudores tienen bienes suficientes —además del transmitido a título gratuito— para atender el pago del crédito en cuestión, lo que hace desaparecer la presunción de fraude. (Sentencia de 31 de marzo de 1989; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Ante una donación de un local de negocio realizada por un matrimonio a sus hijos, la entidad mercantil solicitó la rescisión del contrato y consiguiente revocación de la donación por fraude de acreedores. El juez de primera instancia estimó la demanda de la entidad mercantil, no así la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

**Seguro voluntario de accidentes de circulación. Cláusula de las condiciones generales que excluye a los familiares de la cualidad de terceros. No aceptada ni firmada por el tomador del seguro.**—Ambas sentencias proclaman rotundamente que esta cláusula limitativa del condicionado general de la póliza no fue

aceptada ni firmada por la tomadera del seguro, por lo que no puede estimarse como vinculante al no formar parte integrante del contrato..

**Falta de equidad y violación de la ley de consumidores de 1984.**—Considerando que, sobre todo en vehículos de uso privado, que son la mayoría de los circulantes, el porcentaje de personas familiarmente allegadas es infinitamente superior a las extrañas, la exclusión de las primeras como personas protegidas por el seguro de responsabilidad civil contra terceros, aunque pueden serlo por la vía del «seguro de ocupantes del vehículo», pudiera entrañar una fuerte desproporción de contraprestaciones, exenta en alguna medida de la exigible equidad (párrafo c, número 3.º del art. 10 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984), cuya nulidad posible podría ser objeto de consideración futura por la Administración pública, conforme al mandato que encierra el artículo 3.º.3 de la ley de 1980, cuestión que no ha sido materia del recurso, por lo que no es dable pronunciarse sobre extremo tan específico en este recurso extraordinario. (**Sentencia de 26 de mayo de 1989**; no ha lugar.) (G.G.C.)

NOTA.—Nada que objetar a la declaración de la falta de valor vinculante de una cláusula inserta en el condicionado general de la póliza cuando no ha sido aceptada por la parte a quien perjudica. Con anterioridad a la ley de 1980 era la solución postulada con carácter general por la doctrina civilista y mercantilista. Causa cierta sorpresa la declaración que, a mayor abundamiento, se hace por la sentencia extractada (5.º de los F. de D.) en la que se aventura una posible nulidad de dicha cláusula, a instancia de la Administración pública, poniendo en relación el artículo 3.º.3 de la Ley del Seguro con la del artículo 10 de la Ley de Consumidores; probablemente es una de las primeras referencias que el T.S. hace a este texto legal, aunque sea en condicional y a mayor abundamiento; por otra parte; parece que la Ley de 1984 es general en este punto, y aunque de ella puede deducirse una nulidad absoluta de la cláusula inequitativa, declarable de oficio, ha de ceder ante una ley especial con un régimen menos enérgico para las cláusulas abusivas. Con todo, hay que congratularse de que la ley de 1984 comience a mencionarse en las sentencias del T.S. iniciándose una vía de renovación del Derecho contractual que pueda seguir los pasos de la jurisprudencia alemana en relación con la Ley de Condiciones Generales de los Contratos (G.G.C.).

**Culpa extracontractual. Accidente de trabajo. Gran invalidez ocasionada por descarga eléctrica. Responsabilidad del subcontratante por culpa «in eligendo». Concurrencia de culpa de la víctima.**—Es responsable la empresa que recibe directamente el encargo de las obras, y las sub-contrata, eligiendo y pagando a la subcontratista, en cuya actuación se produce la descarga que causa al obrero gran invalidez; desprendiéndose que eligió mal porque con deficiencias de seguridad efectuó la obra la empresa por ella elegida.

**Responsabilidad solidaria con determinación de cuantía.**—De los daños causados responden solidariamente la empresa sub-contratante, la sub-contratista y el

dueño de la obra, determinándose en la sentencia recurrida la cuantía de la responsabilidad por su contribución al daño causado, sin perjuicio de que los condenados puedan reajustar sus propias responsabilidades.

**Defectos del recurso.**—El artículo 1.214 del Código civil por su carácter general no puede, en principio, servir de soporte a un recurso de casación, porque el Tribunal de instancia puede obtener su convicción por cualquiera de las pruebas obrantes en autos, con independencia de quien las proporcione, habiéndose declarado la sentencia recurrida que, además de la propia culpa del actor concurrió omisión de diligencia por parte de la empresa a que pertenecían los obreros y culpa *in eligendo* del recurrente. (Sentencia de 20 de febrero de 1989; no ha lugar.) (G.G.C.).

NOTA.—Probablemente pueden explicar las vicisitudes procesales la doctrina sentada no siempre coincidente con la recaída en otros casos similares. En primera instancia resulta absuelto el subcontratante y son condenados el dueño de la obra y la empresa ejecutora; pero en apelación se condena a aquél y se eleva la cuantía de la indemnización, imponiéndose la responsabilidad solidaria con determinación de cuantía (el 50 % a la empresa ejecutora, y 25 % respectivamente al subcontratante y al dueño de la obra). Sólo recurre en casación el subcontratante, aquietándose los otros demandados. Se desestima el recurso porque aquél eligió mal y la obra se realizó sin condiciones de seguridad. El T.S. no aclara si la condena del dueño de la obra se basa en que intervino en su ejecución, dando instrucciones y asumiendo una función directora (como afirma Lacruz, elementos, II-1.º, 1985, p. 577 con cita de la ss. de 9 de febrero de 1976 y 17 de mayo de 1977). Por otra parte hay jurisprudencia que exculpa al subcontratante (así ss. de 5 de julio de 1979 y 4 de enero de 1982). la casuística es muy amplia y no parece que haya un cuerpo uniforme de doctrina jurisprudencial (G.G.C.).

**Indemnización por daños producidos por los defectos del servicio de saneamiento y recogida de aguas pluviales. Diversidad de sujetos responsables.**—Este recurso no es interpuesto por ninguno de los arquitectos demandados y condenados en la sentencia impugnada. Consecuencia de ello y de la concurrencia de diversos demandados, unos a título de arquitectos; otra como constructora; varias comunidades de propietarios, en los dos procesos que seguidos en dos juzgados de primer a instancia fueron acumulados en al Audiencia Territorial, es que la Sala de Instancia se haya visto en lo que a la determinación de responsabilidades se refiere y aplicando para ello una adecuada técnica tanto normativa como doctrinal, en la necesidad de distinguir entre las imputables a cada una de las partes demandadas para atribuir a unas la derivada del artículo 1.591 del Código civil, a otra la de los artículos 1.101 y ss. de dicho Cuerpo Legal y a las Comunidades de propietarios la llamada extracontractual del artículo 1.092 del mismo cuerpo normativo. Es de señalar, por tanto, que a Valeriano Urruticoechea, S. A. no se le imputa una responsabilidad decenal, sino la derivada de los citados artículos 1.101 y ss. respecto de las comunidades de propietarios y la extracontractual en

relación con las sociedades actoras; como consecuencia de que según se dice en el quinto Considerando de la sentencia impugnada, «no ofrece ninguna duda que, como constructora-vendedora de los edificios integrantes de aquellas comunidades de propietarios, venía obligado a dotar al complejo de las adecuadas instalaciones de saneamiento y evacuación de aguas pluviales, lo que indudablemente no hizo...» (quinto Considerando de la sentencia recurrida); y en cuanto a la posibilidad extracontractual, la aprecia en lo que a la constructora aquí recurrente se refiere, por cuanto «...que, plenamente consciente de los riesgos que derivaban del sistema mecánico adoptado para el funcionamiento del servicio de saneamiento y evacuación de aguas pluviales, que, carente de otro alternativo, quedaba a merced, entre otras eventualidades, del corte de energía eléctrica, y así, según sus manifestaciones se vió obligada a pagar recibos ante la amenaza de un corte de suministro por parte de Iberduero, cesó la vigilancia que venía efectuando, sin cerciorarse de la asunción de tal misión por parte de las comunidades de propietarios...» (Considerando cuarto).

**Distinción entre causa inicial y causa eficiente.**—Tampoco este motivo puede ser estimado, ya que lo en él alegado es incierto, intentándose inducir a confusión a esta Sala entre dos aspectos perfectamente diferenciados, cual son, la **causa inicial** de las inundaciones, representada por las grandes caídas, y la **causa eficiente** de la producción de los daños, representada por esa falta de vigilancia, achacable según el tribunal de instancia a las comunidades recurrentes, como aparece del Considerando cuarto donde se dice: «igualmente, la inexistencia de una vigilancia adecuada del lugar, fue causa eficiente de las inundaciones reseñadas» y se agrega en el Considerando quinto: «siendo igualmente responsables solidarios de dicha indemnización las citadas comunidades de propietarios, y ello por omitir la vigilancia y cuidados en las instalaciones comunes que nos ocupan a lo que venían obligadas no sólo por ser propietarias del citado elemento común, sino por establecerlo así expresamente las normas reguladoras de la propiedad horizontal, máxime cuando habían sido requeridas para ello por la empresa constructora».

**Desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.**—Independientemente de que la falta de litisconsorcio pasivo necesario no es necesario alegarla como excepción para que pueda ser estimada por los Tribunales, dado que éstos están facultados para declararla de oficio, la entidad recurrente parece no haber tenido en cuenta que en el caso aquí contemplado, quienes han sufrido directa o indirectamente los daños cuya indemnización se interesa son precisamente los arrendatarios, razón por la cual la intervención de los propietarios de los locales no era necesaria. (Sentencia de 29 de mayo de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).

**Responsabilidad civil extracontractual. Modulación de la responsabilidad.**—Juzgado y Audiencia parten de lo posible para proceder a su examen y, al verificarlo, llegan a la conclusión de que lo posible fue real, afirmando, sin duda alguna, que «ha de aceptarse igualmente la existencia de culpa grave en la conducta de la propia víctima, "quien", conocedora del peligro del lugar por vecindad y habitación en el pueblo a que la carretera o camino o paso a nivel conduce,

así como de los repetidos accidentes mortales anteriores habidos en el lugar, asume el riesgo de pasar sin precaverse de la proximidad del tren; su comportamiento incardina un grado de responsabilidad negligente, adecuado a suplementar la del agente productor del daño, con suficiente relieve para disminuir o modular ésta en el ámbito indemnizatorio, y en los términos que el prudente arbitrio del juzgador acoge; repartiendo el daño entre ambos, cuando como aquí procede se declare la compensación por esa causa».

**Inaplicabilidad de la presunción de inocencia a la culpa extracontractual.**—Se olvida en recurrente de que: a) toda presunción iuris tantum admite prueba en contrario y la Sala de instancia se basa en la apreciación conjunta de la obrante en autos; b) según sentencia de esta Sala de 27 de julio de 1985, la presunción de inocencia que establece el artículo 24.2 de la Constitución española no es aplicable en caso de contemplación de culpa extracontractual; y c) por más que se extienda fuera del ámbito penal la presunción de inocencia, siempre habrá de referirse a normas represivas o sancionadoras, pero el artículo 1.092 no tiene tal carácter, pues la indemnización que establece tiene carácter de reparación o compensación.

**Solidaridad entre los responsables del ilícito culposo y desestimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.**—Este Tribunal Supremo admite lo que se llama solidaridad impropia o por necesidad de salvaguardar el interés social en los casos de responsabilidad extracontractual entre sujetos responsables de ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar comportamientos ni responsabilidades (SS. de 17 de junio, 13 de septiembre, 13 de noviembre y 30 de diciembre, todas de 1985; 7 y 17 de febrero y 8 de mayo de 1986; 1 y 19 de diciembre de 1987), lo que permite dirigirse contra cualquiera de los obligados, sin necesidad de demandar a todos, de manera que no puede oponerse frente al acreedor la excepción de litisconsorcio pasivo necesario (ver artículos 1.141 y 1.144 Cc.) y la relación jurídico procesal estará bien constituida (SS. de 3 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981; 28 de mayo de 1982; 2 de febrero, 31 de octubre, 14 de noviembre y 19 de diciembre de 1984; 7 de febrero de 1986; 16 de octubre de 1987, entre muchas otras). (Sentencia de 20 de febrero 1989; no ha lugar.)

**Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad directa del empresario, por accidente laboral de un operario.**—La negligencia por parte del personal de QUINASA es evidente, lo cual se traduce en un deber de responder de las consecuencias del evento lesivo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.093 del Código civil y en la doctrina de esta Sala que lo interpreta, dado que, a) la responsabilidad del artículo 1.093 citado, es directa; b) las relaciones entre QUINASA y la Empresa Nacional Siderúrgica S. A. (ENSIDESA) a la que pertenecían las instalaciones, estaban reguladas por contrato en el que QUINASA asumía la responsabilidad por las actuaciones de su personal y por los daños que sufrieran.

**Valor probatorio de las sentencias de absolución recaídas en procedimientos penales.**—Las sentencias a que se refiere el motivo tercero, por tratarse de resolu-

ciones dictadas en juicios penales, según una frecuente y uniforme doctrina que de esta Sala, no tienen otra trascendencia en el orden civil que la de constituir un medio de prueba más, a valorar conjuntamente con las restantes practicadas. (Sentencia de 8 de febrero de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).

#### 4. DERECHOS REALES

**Declaración de propiedad. Elevación de nueva planta sobre edificio ya existente.**—Según resolución de 30 de junio de 1982, la construcción de una segunda planta sobre un edificio ya existente supone una mejora que sigue la cualidad del primitivo edificio.

**Comunidad de bienes. Piso en propiedad horizontal. Falta de prueba.**—Ninguno de los demandados ha logrado acreditar la existencia de esa variación de la propiedad individual, cuya titularidad legítima a la actora, que pretende oponer mediante la ficticia realidad de suponer que existe una unidad de objeto con pluralidad de sujetos, constitutiva de la comunidad de bienes descrita en el artículo 392 del Código civil, ni mucho menos el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un piso de un edificio del que disfrutaban de su aprovechamiento independiente conforme el artículo 396, cuyo régimen disciplina por remisión especial la Ley de 1960.

**Sociedad civil. Falta de «affectio societatis».**—Las aportaciones para reparaciones o disfrute de algún elemento constructivo, ni constituyen sociedad, puesto que en modo alguno se infiere la existencia de una relación contractual dotada de affectio societatis, es decir, voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos, poniendo dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias (art. 1.665 del C.c.), ni existe prueba de la voluntad de los interesados, manifestada por actos inter vivos o mortis causa de los que se deriva el título que estableció la comunidad, fuente que tiene carácter primario, cuya demostración corresponde a quien lo alega.

**Precario. Como dato con duración al arbitrio del comodante. Artículo 1.750 del Código civil.**—Los demandados ocupan el piso-vivienda sin derecho ni título alguno para ello, en una situación de precario que la moderna doctrina configura como una variedad del préstamo de uso, es decir, un comodato con duración al arbitrio del comodante, quien al amparo del artículo 1.750 puede reclamar lo cedido a su voluntad.

**Descripción adquisitiva. No puede invocarla el poseedor precario.**—Careciendo de *animus domini* las personas que ocupan el piso por simple anuencia de su propietaria es claro que no puede adquirir por prescripción extraordinaria

**Accesión por construcción. Derecho de retención del artículo 278 compilación de Cataluña.**—El dueño de un terreno en que se ha edificado, sembrado o plantado, tiene un derecho de elección, condicionado por la buena o mala fe, precesándose, no sólo la creencia con que obran o lo hacen las personas a quienes afecta,

sino una prueba manifiesta y clara de que la edificación haya sido realizada por quien invoca el derecho de retención conforme al artículo 278 Comp. Cataluña, puesto que la mera posesión del bien discutido no le legitima para ejercitarlo, ni mucho menos aportaciones dinerarias, o de otra índole, sin calificación determinada. (Sentencia de 23 de mayo de 1989; no ha lugar.) (C.G.E.).

NOTA.—En juicio declarativo ordinario se pretende la declaración de propiedad de una vivienda y el lanzamiento de sus ocupantes, teniendo en cuenta que aquélla es el resultado de elevar una planta sobre otra que figura inscrita en el Registro a nombre de la actora. Se desestima la demanda en primera instancia, pero se acoge en apelación. Los cinco motivos del recurso de casación —que es desestimado en ponencia de López Vilas— adolecen de soporte fáctico suficiente, por lo que la mayoría de razonamientos caen en el vacío. La afirmación básica es que los demandados son precaristas, carentes de todo título jurídico, o si se quiere, dotados de la endeble protección de un comodato revocable *ad nutum*. No pueden, por tanto, invocar a su favor la usucapión extraordinaria; ni alegar la existencia de una comunidad de bienes, ni un régimen de propiedad horizontal, ni una sociedad civil que realizara las obras de ampliación del primitivo edificio. Casi como último argumento se invoca al artículo 278 de la Comp. Cataluña que otorga un derecho de retención al que edifica de buena fe en terreno ajeno. No está muy clara la razón por la que se desestima este motivo del recurso; no parece ser la mala fe —que habría que declarar probada— sino la falta de prueba de la edificación misma, así como su cualidad de precarista. Sobre el artículo 278 *vide* ampliamente Puig Ferriol, *Comentarios Albaladejo*, XXX (Barcelona 1987) p. 10 ss. (G.G.C.)

**Propiedad horizontal. Sistema estatutario de distribución de gastos.**— Con respecto a la posibilidad de modificar en los estatutos el sistema de distribución de los gastos generales que, en principio, ha de tener por base la cuota de participación fijada en el título de constitución en régimen de propiedad horizontal, resulta de la necesaria conjunción de los dispuesto en el último párrafo del artículo 396 del Código civil, disposición transitoria primera de la Ley de Propiedad Horizontal y artículo 5, párrafo 3.º y regla 5.ª del artículo 9 de la propia ley, la posibilidad de establecer en los estatutos el régimen especial sobre distribución de los gastos generales, la fijación de módulos distintos a los significados por la cuota de participación de cada piso o local en el valor total del edificio

**Sociedad. Carácter consensual.**—Es doctrina reiterada y constante de esta Sala, que puede representar por todas la sentencia de 22 de diciembre de 1986, que las irregularidades de una sociedad, incluso pactada verbalmente, no transcienden a las relaciones de los socios que lo constituyen, pues el contrato de sociedad es esencialmente consensual, de tal modo que aunque se aporten bienes inmuebles o derechos reales sin el otorgamiento de escritura pública que exige el artículo 1.667 del Código civil, ha de producir sus efectos en cuanto a los derechos y obligaciones de los socios entre sí. (Sentencia de 2 de marzo de 1989; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Una comunidad de propietarios dedujo demanda contra uno de los copropietarios y su esposa, solicitando que se les condenase al abono de una determinada suma por consumo de agua, luz y gas, a razón de cien pesetas por apartamento y día de ocupación. Los demandados se opusieron a la demanda, diciendo que tales servicios eran comunes y generales, no susceptibles de individualización (los apartamentos carecían de contadores), por lo que su importe habría de estar incluido en la cuota mensual de gastos y mantenimiento, dado que el acuerdo de las cien pesetas por día y ocupación había sido impugnado. El juez de primera instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. No prospera el recurso de casación

**Competencia de la jurisdicción civil para declarar la consideración de elementos comunes y externos en un edificio.**—Al referirse a declaraciones de consideración de elementos comunes de los edificios de que se trata la nulidad de los Estatutos a ellos afectantes, con otros pronunciamientos inherentes y consecuencia de tales pretensiones, indudablemente es determinante de aspectos de índole estrictamente civil, y como de tal índole sometidos a la jurisdicción de esa naturaleza, en cuanto le son propias, al emanar de alegaciones de obligaciones de tal naturaleza, sin supeditación a actos administrativos o disposiciones reglamentarias

**No es necesario demandar a todos los propietarios de pisos de los bloques, para reclamar la retirada de construcciones sobre los elementos comunes que estime abusivas.**—Las acciones ejercidas por los demandantes, ahora recurridos, en cuanto vienen proyectadas a lo que entienden ser elementos comunes adscritos a su respectiva vivienda, emanan de derechos que les afectan personalmente y por tanto sin necesidad para defenderlos de traer al proceso, para que le sean reconocidos, a los demás también propietarios de pisos de los relacionados bloques, y por tanto que dichos demandantes trataban de defender con base indudablemente en los epígrafes a) y b) del artículo 3 de la vigente Ley de Propiedad Horizontal, ya que, como tiene reconocido esta Sala en sentencia de 28 de abril de 1966, tal precepto al señalar los derechos de los comuneros, tiene buen cuidado de puntualizar que tienen «el derechos singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y la copropiedad con los demás dueños de pisos y locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, por lo que configurada esta especial institución como yuxtaposición de estas dos distintas clases de propiedad, se comprende fácilmente que todos los que sean titulares de ella, bien en conjunto, o bien aisladamente —y aun existiendo Presidente designado—, podrán ejercitar toda clase de acciones afectantes a sus propiedades exclusivas con referencia a los elementos comunes, de tal manera que el propietario singular puede instar la retirada de construcciones que estime abusivas, concretamente afectante a elementos que estime comunes, cual sucede en el presente caso, porque los poderes de gestión, representación y disposición están limitados en la indicada especial comunidad al ámbito de la administración y buen uso del edificio, sin interferencia por el Presidente ni de los demás comuneros en los derechos autónomos que corresponden individualmente a cada propietario

**Eficacia del pacto por el que se atribuye la propiedad del terreno adyacente únicamente a los propietarios de fincas sitas en la planta baja del edificio. Inexistencia de norma imperativa. Viviendas de protección oficial.**—No se producen tales circunstancias determinantes de ineficacia contractual en el caso, ahora producido, de que realizada una construcción al amparo de las normas y beneficios de protección oficial al proceder a la transmisión de los pisos o viviendas construidas, se efectúe esa transmisión con limitación a la parte ocupada propiamente por la edificación y expresa exclusión del terreno sobrante o al ocupado por las plantas bajas al cubrir ese sobrante o parte del mismo, que se asigna, también expresamente, en absoluto dominio a los propietarios de los locales de las plantas bajas, conforme viene determinado en los estatutos o reglamento de la comunidad de propietarios de la comunidad de propietarios en cuestión, de lo que manifestaron los adquirentes de los pisos demandantes, ahora recurrentes (sic), tener conocimiento y acatar en las correspondientes escrituras de adquisición; a lo que en nada obsta el contenido del artículo 6 del Código civil, al que se remite la sentencia recurrida en cuanto acepta y da por reproducidos los fundamentos de derecho de la dictada en fase procesal de primera instancia, puesto que la nulidad de pleno derecho a que se contrae tal precepto requiere, ineludiblemente, como tiene declarado esta Sala en sentencia de 25 de junio y 26 de noviembre de 1969, 28 de junio y 14 de diciembre de 1971 y 28 de mayo de 1973, la existencia de una norma imperativa prohibitiva del vínculo jurídico concertado, lo que no se aprecia existente en el presente caso, dado que ninguna se alega que impida que los que construyen al amparo de disposiciones reguladoras de protección oficial, con base en proyectos presentados y aprobados administrativamente a tal fin, con el consiguiente otorgamiento de calificación definitiva, transmitan a particulares los pisos construidos con limitación a la parte superficial de terreno que corresponda a la edificación en que se asiente el piso o vivienda transmitido, con exclusión de otros terrenos a que no alcance la edificación que expresamente fueron excluidos de la enajenación, con expresa asignación a otro destino, y más aún si se tiene en cuenta que para la apreciación de dicha nulidad se precisa la cita concreta del precepto vulnerado, según indica la citada sentencia de 28 de junio de 1971, y, como también ponen de manifiesto las de 14 de diciembre de 1971 y 28 de mayo de 1973, que en él aparezca claro el carácter coactivo prohibitivo de la ley, carácter que no tienen las normas que se limitan a definir o dar el concepto, alcance y efectos de los contratos, cual las referentes a autorización, construcción y calificación de viviendas de protección oficial. (**Sentencia de 8 de mayo de 1989; no ha lugar.**) (L.F.R.S.)

**Relaciones de vecindad. Realización de obras necesarias para eliminar molestias de la actividad industrial.**—Los principios que rigen las relaciones de vecindad se desenvuelven entre la prohibición del acto emuladorio y el derecho al uso inocuo, por lo que, siendo la industria molesta por olores y ruidos a los demás vecinos, pero disponiendo de licencia municipal, procede la realización de las obras necesarias para eliminar las molestias, porque la finalidad del artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con su artículo 7.º consiste en la correlación de la actividad molesta, no en la inmediata y definitiva cesación. No se produce la resolución del negocio que permite ocupar el local, porque la situación creada no es exclusivamente imputable a los demandados, puesto que las medidas

correctoras establecidas no pueden llevarse a cabo por no permitirlo los actores, alegando éstos que la concesión de la licencia vulnera el reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; pero no se puede revisar en el proceso el acto administrativo de concesión de licencia. (**Sentencia de 20 de marzo de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Debido a la existencia de una industria de fabricación de pan y sus derivados en el bajo comercial de una comunidad de propietarios, cuya actividad se considera incómoda, insalubre y peligrosa, la citada comunidad demandó al propietario del bajo comercial y al ocupante del local, solicitando la supresión de industria, la realización de obras necesarias al efecto y la extinción de plano del vínculo contractual. El juez de primera instancia y la Audiencia Territorial estimaron en parte la demanda. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**Servidumbre de paso. Prescripción inmemorial.**—Las servidumbres de paso adquiridas por prescripción inmemorial antes de la vigencia del Código civil deben respetarse tras su entrada en vigor por el juego de la norma de la disposición transitoria primera del mismo cuerpo legal, al tratarse de un derecho nacido bajo el régimen de la legislación anterior.

**Interpretación restrictiva de las servidumbres.**—Como restrictivas de la propiedad deben interpretarse conforme al viejo aforismo «odiosa restringenda».

**Servidumbre voluntaria.**—Nacida la vereda en tiempo inmemorial, surgió así una servidumbre voluntaria, cuyas causas de extinción están específicamente detalladas en el Código civil (artículos 546 y siguientes). A las servidumbres voluntarias no le son aplicables, en general, los preceptos específicos de las servidumbres legales, y por tanto, si la vereda no consta que naciera por imposición legal de los artículos 564 y siguientes, no debe entenderse extinguida por el juego del artículo 568, que exige petición expresa en tal sentido máxime cuando las partes ni lo invocan. (**Sentencia de 15 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Formulada demanda de mayor cuantía sobre acción negativa de servidumbre el juez de primera instancia dictó sentencia condenando a los demandados a que se abstuvieran en lo sucesivo de pasar por la finca del autor. Después de admitir que la servidumbre existía desde tiempo inmemorial estimó que había desaparecido su razón de ser desde que se construyó otra salida de la finca a camino público. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial revocó esta sentencia en el apartado relativo a la servidumbre de paso por estimar que, probada su existencia inmemorial, no podía sin petición expresa decidirse su extinción. No prospera el recurso de casación.

## II. DERECHO MERCANTIL

**Ejercicio de la acción de nulidad de registro de marca. Colisión entre los derechos derivados del registro y los que surgen de la aplicación del artículo 8 del Convenio de Unión de París. Consolidación. Prioridad registral.**—La acción de nulidad de la inscripción registral se ejercita por quien, en defecto de inscripción de la denominación en litigio, se beneficia de la protección otorgada al amparo del artículo 8 del Convenio de la Unión de París. No procede, pues, la consolidación del otro signo inscrito por no haberlo impugnado, considerándose su acción imprescriptible en tanto la solicitud de la inscripción lo fue de mala fe. En consecuencia, habiéndose demostrado que ejercía una actividad sobre la marca con anterioridad a la persona que la inscribió, prevalece su titularidad sobre la de esta última, justificándose su protección y prioridad registral. (**Sentencia de 30 de marzo de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Inscrita determinada denominación como marca en el Registro de la Propiedad Industrial, y a pesar de haber transcurrido el plazo que, a efectos de consolidación, prevé el EPI, se solicita la nulidad de tal inscripción. La Audiencia Territorial estima la demanda declarando la nulidad solicitada. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**—Para comprender adecuadamente esta sentencia, ha de recordarse que, aunque nuestro Tribunal Supremo niega legitimización activa al titular extrarregistral cuando se trata de la acción de nulidad de registro (vid. entre otras, sentencias de 7 de octubre de 1975 y 15 de febrero de 1980), este sistema queda modificado en presencia del artículo 8 del Convenio de la Unión de París. A tenor del mismo, los estados miembros se hallan obligados a proteger el nombre comercial sin necesidad de previo registro. Mandato éste, que el Tribunal acoge plenamente, llegando incluso a una suerte de ficción en virtud de la cual acude a la imposibilidad de «doble inmatriculación», principio hipotecario que utiliza, de ordinario, para negar la posibilidad de consolidación de la marca registrada en perjuicio del titular de otra previamente registrada, cuando éste no la impugne en el plazo de tres años. La crítica que desde la doctrina avanza, alude a la limitación a la que, desde el punto de vista subjetivo, se somete el precepto mencionado, en tanto sólo protege a los extranjeros —como en el caso comentado—, frente a una legislación interna que desconoce el amparo otorgado por el Convenio de la Unión de París (E.G.S.).

**Ejercicio de la acción de nulidad de registro de marca y de nombre comercial. Nulidad radical.**—La inscripción nació con un vicio de origen, cual es la falta de autorización, ya que, aunque prestada, no cubría la actividad que el distribuidor quiso desplegar al amparo de la denominación inscrita.

**Consolidación.**—A mayor abundamiento, al consolidación no se produce en tanto el registro se efectuó con violación de la prohibición de los artículos 124.1 y 201 b).

**Interpretación de la protección otorgada por el artículo 8 del CUP.**—Desde un punto de vista subjetivo, el precepto mencionado sólo ampara a las personas que no tienen la condición de nacionales, protegiéndoles como si tuvieran inscrito su derecho. Objetivamente, aunque sólo se refiere al nombre comercial, el T.S. asume que, por extensión, también comprende la marca. (**Sentencia de 24 de febrero de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Celebrado un contrato de distribución exclusiva, el distribuidor obtuvo el consentimiento para utilizar e inscribir determinada denominación como nombre comercial y marca, con la expresa condición de comercializar únicamente los productos previstos en el contrato. Comprobado que su actividad se desvió a la distribución de artículos de la competencia, se promueve la nulidad de las inscripciones mencionadas. La AT estima la demanda, decretando la nulidad solicitada. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**—Destaca en esta sentencia, en primer término, la pauta que sienta el TS ante el debate existente en la doctrina en orden a la calificación de cada uno de los supuestos de prohibición de marca que contempla el EPI. Específicamente, aquí, sí existe anulabilidad (y posibilidad de consolidación), cuando el signo carece de capacidad diferenciadora. Tratándose de identidad el TS acoge la calificación de nulidad. Relevante y clarificador es, en segundo lugar, el razonamiento efectuado para dar respuesta a la situación derivada de la aplicación del artículo 8 del CUP, en tanto, posiblemente discriminatoria para los nacionales. Reiterando su doctrina, observa el TS que para otorgar a nombre comercial y marca la protección legal derivada del ordenamiento interno, la normativa unionista no exige formalidad alguna, ni tampoco el uso en España, siempre que tal denominación lo sea según la legislación del país de origen, bastando demostrar su utilización antecedente en este, signatorio del Convenio. En este sentido, no es que se otorguen más derechos a los extranjeros, sino que, conforme el artículo 8, los equipara a los españoles que, al ser potestativo el registro del nombre comercial, lo hubieran inscrito (E.G.S.).

**Ejercicio de la acción de nulidad de patente.**—Se declara la nulidad de la patente de introducción en tanto ésta no puede amparar invenciones divulgadas y conocidas en España. Estas circunstancias no quedan desvirtuadas por el hecho de que el objeto de la patente de introducción incorpore elementos extraños a la patente de invención extranjera en tanto a: a) en su memoria se establece claramente que sean independientes del objeto de la patente cierto tipo de accesorios que pueda incorporar el aparato, calificación que pueden merecer los elementos que, presentes en la de introducción, faltan en la de invención; b) trata de elementos cuyo uso y adquisición se consideran comunes en el mercado nacional.

**Consolidación.**—El artículo 14 del EPI sólo se refiere a las marcas no cabe extender su protección a las patentes de introducción. (**Sentencia de 20 de abril de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Habiéndose solicitado y concedido una patente de introducción para determinada cámara fotográfica, se solicita la nulidad de la misma en tanto ya era objeto de una patente de invención registrada en otro país, pero distribuida y, por tanto, sobradamente conocida en España. La Audiencia Territorial declara la nulidad de la patente de introducción. No prospera el recurso de casación (EGS).

**Ejercicio de la acción de casación.**—La acción de casación es ejercitada por quien, teniendo inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial determinados signos distintivos y modelos industriales a su nombre, se beneficia de la presunción de «iuris tantum» de dominio y protección de los artículos 5 a 7 y 14 del EPI. En consecuencia se ordena el cese de la utilización por otro de esos mismos signos y modelos, evidentemente confundibles con los suyos, aunque el uso de éstos le hubiera sido transmitido por quien, según el derecho común, gozaba de disposición sobre ellos.

**Doctrina de los actos propios.**—a los efectos de la aplicación de esta doctrina, el Tribunal Supremo reitera que los actos propios han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del autor de los mismos, de manera que produzcan incompatibilidad con su conducta posterior (entre otras, Ss. de 22 de julio, 25 de septiembre, 5 y 16 de octubre, todas de 1987). En este sentido, no considera suficiente la existencia de un contrato en virtud del cual la demanda, transmitente del uso de los signos y modelos, otorgó la administración de sus establecimientos al demandante. El convenio no contiene, por la simple gestión negocial, un reconocimiento explícito en favor de la demanda de su derecho al uso exclusivo y excluyente de los signos y modelos, que el demandante compartía y usaba en sus establecimientos. (**Sentencia de 10 de mayo de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Celebrado un contrato de transmisión del derecho exclusivo al uso de determinados signos distintivos y modelos industriales, inscritos en el Registro de la Propiedad Industrial a nombre de un tercero, solicita éste se declare la nulidad del mismo, o en su defecto, su falta de efectividad, junto a la cesión por parte del licenciario de la utilización de aquéllos en lo sucesivo. El juez de primera instancia estima la demanda, decretando la falta de efectividad del contrato por insuficiencia jurídica del consentimiento del licenciante, así como el cese inmediato en el uso de los signos y modelos mencionados. La Audiencia Territorial revoca parcialmente la sentencia apelada por lo que se refiere a la falta de efectividad del convenio, confirmándola en lo relativo al cese en el uso. No prospera el recurso de casación interpuesto (EGS).

**Tercera de dominio. Endoso.**—En endoso debe calificarse como un negocio mixto escriturario y real. Mediando, pues, un endoso pleno la transmisión de la propiedad de la letra exige tanto la indicación en el documento cambiario cuanto la efectiva entrega del mismo. Cubiertos ambos requisitos, el dominio, y así la libre disposición, corresponde al endosatario.

**Doctrina de los actos propios.**—A los efectos de esta doctrina legal, el Tribunal Supremo considera suficiente el hecho de que el aceptante solicitara el embargo del efecto aún teniendo conocimiento, y más habiéndose mostrado conforme, al endoso en un tiempo anterior. (**Sentencia de 1 de marzo de 1989**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Girada una letra de cambio en ejecución de un contrato de compraventa, el aceptante, ante su decisión de resolver éste y desconociendo el endoso del que había sido objeto aquélla, al que en un primer momento se mostró conforme, solicita y obtiene que se trabe embargo contra la misma. El endosatario interpone demanda de tercería de dominio solicitándose declare que a él pertenece la plena propiedad del documento, o subsidiariamente su mejor derecho y por tanto que se alce el embargo trabado, dejándolo a su libre disposición. El juez de primera instancia estima la demanda, declarando que el mencionado efecto es de plena propiedad del endosatario-demandante y acordando el alzamiento del embargo. La Audiencia Territorial revoca la sentencia apelada, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados-apelantes de su contenido pretensional. Prospera el recurso de casación interpuesto (E.G.S.).

### III. DERECHO PROCESAL

**Arbitraje de equidad. Casación contra el laudo. Ambito del recurso.**—En el recurso frente al laudo de equidad, como pone de relieve la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1988, el Tribunal Supremo es sólo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales, de tal manera que la revisión que opera es, según expresó la sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 1986, un juicio externo en que la resolución que se produce deniega el recurso, o bien, como en el recurso por quebrantamiento de forma, se limita a anular la sentencia que infringe los supuestos legales de su conformación y plasmación, pero no su decisión sustancial, dejando sin efecto el laudo o bien haciéndolo sólo en parte y con remisión a los interesados al procedimiento adecuado.

**Designación de los árbitros. Artículo 22 de la ley de 1953.**—El artículo 22 de la ley de arbitrajes de Derecho privado de 1953, establece que los árbitros habrán de ser designados, en todo caso, de común acuerdo y que no será válido el pacto de deferir a una de las partes, o a un tercero, la facultad de hacer el nombramiento en ninguno de ellos; precepto de indubitado carácter imperativo e inexcusable observancia en cuanto a la prohibición que contiene de «definir» a un tercero la facultad de hacer el nombramiento de ninguno de los árbitros, y que fue infringido en la escritura de constitución del arbitraje, habida cuenta de que, tras designar cada uno de los compromitentes un árbitro, expresando su nombre y profesión, se establece en la estipulación tercera que «ambos árbitros designarán a un tercero también arquitecto, de común acuerdo, en el plazo de quince días a partir de la fecha de la aceptación de sus cargos».

**Vicios del procedimiento arbitral.**—Ha quedado patente del contenido literal del laudo impugnado que los árbitros no concedieron a la entidad aquí recurrente la oportunidad de ser oída o de presentar pruebas, infringiendo así el principio de tutela jurídica efectiva que el artículo 24 de la Constitución consagra, como ya puso de relieve la sentencia de esta Sala de 1.º de diciembre de 1986. (**Sentencia de 2 de marzo de 1989**; ha lugar.)

NOTA.—La causa de nulidad del laudo consistente en la forma de consignar el tercer árbitro, claramente formulada en el párrafo 2.º del artículo 22 de la ley de 1953, ya no tendría aplicación en el régimen establecido por la Ley de 7 de diciembre de 1988, pues su artículo 9.º-2 contiene una regla opuesta: «las partes podrán defirir a un tercero, ya sea persona física o jurídica, la designación de los árbitros», modalidad de designación que resulta esencial en el arbitraje encomendado a corporaciones de Derecho público, asociaciones y entidades sin ánimo de lucro de que trata el artículo 10.º. En cambio, la nulidad por no respetar el principio de audiencia se daría bajo la ley vigente con base en el artículo 45.2 aunque ahora el recurso de nulidad se tramita ante la Audiencia Provincial a tenor del artículo 46.1 (G.G.C.).

**Competencia de la jurisdicción civil para resolver sobre lesión de los derechos de libertad sindical, por la Ley de 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.**—La única alternativa posible, con arreglo a la normativa de la repetida ley de 1987, aplicable al supuesto de autos por remisión directa del artículo 13 de la Ley Orgánica 11/1985, de libertad sindical, es la atribución de competencia para conocer de ella la jurisdicción civil, sin que tal conclusión pueda entenderse contradicha por el mandato del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1.568/1980 de 13 de junio que, de modo general, atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social, con exclusividad, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en los litigios que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, máxime cuando se trata de un precepto general que debe ceder su aplicabilidad ante los especiales que para la protección de los derechos fundamentales, en este caso el de libertad sindical, se integran en las repetidas leyes de 1978 y 1985. (**Sentencia de 20 de febrero de 1989**; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

**El demandante en la tercería de dominio no ha de estar vinculado en modo alguno, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba.**—El objeto del juicio de tercería de dominio es liberar del embargo bienes indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía del apremio, teniendo indudables analogías con el ejercicio de la acción reivindicatoria, aunque no siempre pueda indentificársele con la misma, señalándose entre las principales diferencias justamente la de constituir su objeto propio, no tanto la obtención o recuperación del bien, cuando el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo (sentencias de esta Sala de 29 de octubre de 1984, 15 de febrero de 1985, 21 de febrero y 9 de julio de 1987, 11 de abril de 1988, entre otras), lo que lógicamente, presupone la ineludible exigencia previa de que el demandante de tercería no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectivi-

dad se realizó la traba o, lo que es lo mismo, que con relación a dicho crédito tenga la condición de tercero. (Sentencias de 15 de febrero de 1985, 20 de febrero y 21 de noviembre de 1987).

**No es necesario acudir a la rescisión de las capitulaciones matrimoniales para poder embargar los bienes adjudicados al cónyuge deudor, que eran gananciales en el momento del nacimiento del débito.**—Para la subsistencia y efectividad de la garantía, no es necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, como acertadamente, aunque por motivos estrictamente procesales, ha entendido la sentencia recurrida, ya que, del sentido general de los artículos 1.399, 1.403 y 1404 del Código civil, se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (artículos 1.401 y 1.402 en relación con el 1.84, todos del Código civil), tal responsabilidad será la «ultra vires», todo lo cual determina que, aún después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial (sentencias de 15 de febrero y 13 de junio de 1986 y 28 de abril de 1988, entre otras), sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, cuando la demanda se dirigió contra el esposo deudor y a la esposa se la notificó la existencia del proceso y la práctica del embargo, a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, como ocurrió en este supuesto litigioso.

**El principio de legitimación registral no es obstáculo para la anotación del embargo sobre el bien que figure inscrito a nombre del cónyuge del deudor.**—En el supuesto aquí contemplado no entra en juego el principio de legitimación registral proclamado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ni el mismo es obstáculo a lo anteriormente expuesto ya que, precisamente, en garantía de los derechos de los acreedores de la sociedad de gananciales, la ley faculta para perseguir los bienes que ostentaren tal naturaleza, aunque estén legalmente en poder y posesión de uno de los cónyuges como bienes privativos en virtud del cambio de régimen económico-matrimonial, es decir, aunque registralmente estén a nombre de la esposa y el deudor que los obligó fuera el esposo, posibilitando la anotación preventiva del embargo el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. (Sentencia de 20 de marzo de 1989; no ha lugar.) (L.F.R.S.).