

## II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ  
Gabriel GARCIA CANTERO

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte General

1. *El silencio como manifestación tácita de voluntad. Vía judicial probatoria.*—Dada la naturaleza del silencio como base de una manifestación tácita de voluntad, es decir, actitud pasiva, no manifestada, sólo deducible de actos más o menos significativos, forzoso es reconocer que la vía judicial probatoria para hacerlo aflorar al mundo de la validez y eficacia jurídica no puede ser otra que él de la presunción autorizada por el artículo 1.253 del Código civil.

*Consentimiento tácito en el mandato.*—Requerirá actos o hechos básicos, inequívocos y terminantes, que impliquen de modo palmario y evidente la intención de obligarse, y, en el mandato, de los que resulten de alguna forma las facultades conferidas al mandatario, así como la intención de obligarse del presunto mandante (Sentencia de 16 de abril de 1985; no ha lugar).

· HECHOS.—Se planteó el problema de la determinación de la persona realmente deudora del servicio contratado, es decir, si el demandado contrató por su propia cuenta, o bien como mandatario, con o sin representación de la empresa codemandada. Revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, la Audiencia Territorial negó que la contratación fuese efectuada en nombre y por cuenta de tal empresa, basándose en determinados datos e indicios. No prospera el recurso de casación. A. C. S.

2. *Interrupción de la prescripción extintiva. Papeleta de conciliación.*—Según reiterada jurisprudencia, la papeleta de conciliación interrumpe la prescripción extintiva, a pesar de que el acto sin avenencia no venga seguido de la demanda dentro del plazo de los dos meses (Sentencia de 15 de marzo de 1985; ha lugar).

HECHOS.—El día 4 de julio de 1978 se produjo en el local del demandado un incendio que se propagó al de la actora, que con aquél colinda, ocasionando graves daños. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda de indemnización de los daños y perjuicios causados, acogiendo la excepción de prescripción de la acción ejercitada. Prospera el recurso de casación interpuesto por la actora. A. C. S.

---

NOTA: Los extractos de sentencias aparecidos en el ADC XXXIX-1 con las iniciales M. P. S. G. corresponden a María-Paz Sánchez González.

### 3. Obligaciones y contratos

3. *Alcance del principio de la no presunción de solidaridad.*—La no presunción de solidaridad, establecida en los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, para las obligaciones purilaterales, es inaplicable en aquellos supuestos en que la voluntad de los interesados excluye la mancomunidad, sin que sea preciso, para entender existente una clara intención en pro de la solidaridad, que en el contrato figure una expresión literal en este sentido, sino que pueda ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico, según las reglas hermenéuticas de los artículos 1.281 y siguientes del Código civil.

*Ejercicio de acciones por cualquiera de los cotitulares de la comunidad.*—Siempre es presumido el ejercicio en beneficio de la comunidad sin necesidad de invocación explícita. (Sentencia de 26 de abril de 1985; no ha lugar).

HECHOS.—En ambas instancias es acogida la pretensión de la actora sobre reclamación de cantidad basada en un contrato de préstamo, condenándose a los cónyuges demandados a que devolviesen de forma solidaria la suma prestada, más los intereses legales y costas. No prospera el recurso de casación en el que se alega, entre otras cosas, la violación de los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil.

NOTA.—La sentencia objeto del recurso, de acuerdo con la doctrina expuesta, justifica el carácter solidario de la deuda en la valoración de determinadas circunstancias concurrentes: los términos de una carta, el vínculo matrimonial existente entre los prestatarios y el ofrecimiento conjunto de satisfacer la deuda («te será devuelta en el momento que consideres oportuno y nuestras disponibilidades económicas lo permitan»). A. C. S.

4. *Compensación de deudas. Requisitos.*—Aun sin desconocer que la compensación puede desplegar sus efectos como excepción, sin necesidad de reconvenir, tampoco puede olvidarse que tal figura se halla sujeta a presupuestos no sólo subjetivos, consistentes en la reciprocidad de las obligaciones emanantes de relaciones principales, sino también a requisitos objetivos, pues ha de tratarse de débitos homogéneos y líquidos, exigencia ésta que se traduce en la necesidad de que la prestación esté determinada y cuantitativamente precisada para que pueda tener lugar el medio extintivo. (Sentencia de 12 de abril de 1985; no ha lugar).

HECHOS.—Una vez celebrado un contrato de compraventa de un terreno, el demandado y recurrente dejó de satisfacer determinados pagos parciales, por lo que las sociedades vendedoras, acogiéndose a los términos del contrato, lo rescindieron. Ambas instancias estimaron la pretensión de las vendedoras. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador, en el que alega compensación de deudas. A. C. S.

5. *Resolución del contrato de compraventa de un piso por falta de pago del precio aplazado.*—El requerimiento notarial de pago nunca puede implicar la pérdida del valor que tiene, según el propio artículo 1.504 del Código civil, el requerimiento judicial, exclusivamente de resolución, que se efectúa con la demanda, sin que el nuevo intento de la vendedora pueda decirse incompatible con el anterior pues es consecuencia de su fracaso, del que trae causa, y está ajustado a la ley, porque lo permite el artículo 1.124 del Código civil, cobertura genérica del fenómeno resolutorio. (Sentencia de 12 de marzo de 1985; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se celebró un contrato de compraventa de un piso, dejando de abonar el comprador una determinada cantidad, a pesar de haberse producido varias reclamaciones particulares y un requerimiento notarial de pago. El resultado negativo de estos intentos motivó la interposición de la demanda, en la que se solicitó la resolución del contrato, lo que fue admitido por las sentencias de instancia. No prospera el recurso de casación. (A. C. S.)

6. *Resolución del contrato. Presupuestos.*—Es reiterada doctrina de esta Sala: a) que la resolución sólo puede lícitamente exigirla quien por su parte ha cumplido sus obligaciones, habida cuenta del carácter sinalagmático e interdependiente de las recíprocas así actadas; b) que el cumplimiento reprochable y suficiente para determinar la resolución no lo es cualquiera, sino que ha de tener entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes, hasta el punto de obstar el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte, sin que lo constituya el simple retraso, a menos que el plazo fijado tenga carácter esencial; c) que se precisa una voluntad manifiesta de incumplir, no justificada, que puede revelarse por la resistencia o prolongada pasividad del deudor frente a la voluntad de cumplir del acreedor, aconsejándose, si la resistencia no es de envidia, el mantenimiento del contrato, en homenaje a la voluntad contractual o «favor negotii»; d) que el artículo 1.124 está estrechamente ligado al 1.504, ambos del Código civil, siendo ambos compatibles y el segundo una especialidad del primero, así como que el artículo 1.504 no impide la aplicación del artículo 1.124 y su concordante doctrina de que, pese al requerimiento y a la voluntad resolutoria del vendedor, ha de sopesarse si el comprador ha mostrado o no esa voluntad de incumplir; e) que esas apreciaciones respecto del cumplimiento o incumplimiento constituyen un presupuesto material que ha de fijar el juzgador.

*Consignación judicial.*—El comprador que ofrece cumplir, según la previsión contractual, mediante la entrega del precio a la firma de la escritura, no está obligado a consignar judicialmente frente a la actitud de la otra parte que se resiste a cumplir.

*Principio del precio justo.*—Está excluido de nuestro ordenamiento, sin que el «pretio vilare facta» afecte al contrato ni produzca su invalidez radical, por lo que no puede hablarse de enriquecimiento injustificado. (Sentencia de 22 de marzo de 1985; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Las partes suscribieron un compromiso de compraventa de una finca urbana en el que estipularon los pagos parciales abonables hasta efectuar el pago total del precio en el momento del otorgamiento de la escritura pública. Las Salas de instancia estimaron la demanda de la compradora y condenaron al vendedor al otorgamiento de la escritura, por entender que dicha compradora le había requerido suficientemente con el ofrecimiento del resto del precio, y que la resolución solicitada por el vendedor era ineficaz, siendo él, contrariamente, el que, ante las reiteradas reclamaciones para otorgar la escritura, había incumplido el contrato. No prospera el recurso de casación, en el que el vendedor alega que la compradora había incumplido el contrato, ya que el ofrecimiento del precio que restaba por pagar no fue seguido de la consignación judicial.

**NOTA.**—La sentencia que reseñamos tiene un notable interés, ya que en ella aparecen expuestos con notable claridad los diversos presupuestos que, en desenvolvimiento del artículo 1.124 del Código civil, nuestra jurisprudencia establece para que sea procedente la resolución del contrato sinalagmático, los cuales no concurrían en el caso de la sentencia. Además de ello, hay que destacar que, frente a la tesis del recurrente, el Tribunal Supremo niega que exista una obligación de consignar judicialmente el importe de lo debido, a fin de poder reclamar a la otra parte el cumplimiento de su obligación (otorgamiento de la escritura pública), lo cual constituye una importante precisión para el entendimiento del significado del ofrecimiento de pago y de la consignación judicial, disciplinados en los artículos 1.176 y siguientes del Código civil. (A. C. S.)

**7. Arrendamiento de local de negocio. Incumplimiento por el arrendador de la obligación de entrega. Prohibición administrativa de apertura por falta de comunicación exterior. Pacto expreso de no abrir comunicación con el portal.**—La circunstancia de que el Ayuntamiento no haya otorgado al arrendatario licencia de apertura del local, no arguye incumplimiento de la obligación de entrega de la cosa arrendada por parte del arrendador por las siguientes razones: 1.º La arrendataria ha venido ejerciendo desde la fecha del contrato la actividad comercial para cuyo desenvolvimiento lo había arrendado; 2.º Porque el arrendatario reconoció en el contrato recibir el local a su entera satisfacción, y 3.º Porque se pactó expresamente que en ningún caso existiera comunicación entre el local arrendado y el portal o vestíbulo del edificio (S. de 28 de octubre de 1985; no ha lugar).

**NOTA.**—A esta sentencia se ha formulado un voto particular por el Magistrado Sr. Fernández Rodríguez, debiendo añadirse que las sentencias de instancia son divergentes, pues mientras la demanda del arrendatario, encaminada a obtener la autorización de las obras, fue estimada por el Juez, la AT no consideró que había incumplimiento por el arrendador. Probablemente se trata de un caso más de la ya habitual desconexión entre el orden administrativo y el puramente civil, unido a la ineficacia del primero durante cierto tiempo, lo que ha supuesto una situación de tolerancia. La obligación de entregar la cosa arrendada en condiciones de servir para el uso pactado, parece de orden público y, por tanto, no renunciable. De otra suerte, el contrato sería nulo por falta de objeto (GGC).

**8.—Arrendamiento de servicios. Reclamación de honorarios de abogado. Invocación de supuesto principio general de Derecho «no se pueden cobrar**

*servicios que no se hayan prestado, o no se hayan terminado».*—El principio general de derecho para poder entenderse violado por inaplicación, ha de ser axiomáticamente aplicable al supuesto de hecho que se contempla y el aquí invocado no es tal principio de derecho, doctrinalmente hablando, sino una síntesis de diversos artículos del C. c. (1.088, 1.091, 1.098, 1.124, párr. 2.º, 1.544, 1.711, párr. 2.º y 1.718), lo que conlleva la inaplicación del hipotético principio general que se invoca, puesto que a tenor del artículo 1.º4 C.c. sólo se aplicarán los principios generales en defecto de ley, y en el presente caso, son múltiples, claras y precisas las normas legales que regulan la prestación y contraprestación recíproca de servicios profesionales (Sentencia de 8 de noviembre de 1985; no ha lugar).

NOTA.—Se trataba de una larga relación de servicios profesionales durante la cual se había producido la no frecuente situación de que el cliente había percibido ya de otros beneficiarios de la gestión del Letrado una suma, incluso superior, a la reclamada por éste, y en cuya fijación había recaído acuerdo de las partes. Para hacerla efectiva se emitió un talón que el demandado no atendió. Parece del todo justificada la imposición de costas al estimarse la demanda en primera instancia y rechazarse la apelación. La invención de ese hipotético principio general de derecho no podía correr mejor suerte (G.G.C.).

9. *Daños causados a un vehículo. Ausencia de culpa.*—El artículo 1.902 del Código civil descansa en un básico principio culpabilístico, por más que la diligencia obligada abarque no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino también todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento, y es manifiesto que no puede ser basada la responsabilidad en el único dato de que la máquina referida sobrepasa en cinco centímetros la anchura máxima autorizada, puesto que una mera infracción administrativa no es bastante por sí sola para imponer el resarcimiento por vía de actuación culposa prescindiendo de la inexcusable concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad.

*Doctrina de la responsabilidad por riesgo.*—No puede erigirse por sí sola en fuente de la obligación de indemnizar, como esta Sala ha precisado, y siempre será inaplicable a la hipótesis de choque de vehículos, pues ambos se hallarán en la misma posición (Sentencia de 15 de abril de 1985; no ha lugar).

HECHOS.—La sentencia recaída en primer grado, al rechazarse la demanda sobre reclamación de cantidad basada en la causación de daños a turismo de la actora, declara como aspecto fáctico que la colisión de los vehículos fue debida a la negligencia del conductor del turismo, ya que la máquina retroexcavadora avanzaba correctamente por el arcén de la carretera, guardando la diligencia exigible. La Audiencia Territorial, estimando el recurso, condenó solidariamente al conductor de la máquina retroexcavadora y a la compañía de seguros a indemnizar al propietario del turismo. Prospera el recurso de casación.

NOTA.—A pesar de las tendencias objetivistas de la responsabilidad aquiliana, esta sentencia es una muestra más de que para nuestro Tribunal Supremo el elemento de la culpa es fundamental para configurarla, salvo que exista una normativa especial (legislación sobre accidentes de trabajo, navegación aérea, responsabilidad por el uso y circulación de vehículos de motor, etc.). Fuera de esta normativa, la responsabilidad objetiva no ha sido admitida de una manera clara por la jurisprudencia. Esta reconoce la evolución que se ha producido en el sistema de la responsabilidad subjetiva o por culpa pero no considera que la simple realización de un acto que produzca daño genera una responsabilidad. Es necesario el ingrediente de la culpa, ahora apreciada con mayor laxitud.

Como expedientes paliativos del criterio estrictamente subjetivo de la responsabilidad aquiliana, afirma la jurisprudencia: a) La presunción *iuris tantum* de culpa del agente, con la carga por su parte de desvirtuarla mediante la prueba de que obró con la diligencia debida; b) Principio de expansión de la prueba en beneficio del más débil, cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño y la culpa del agente; c) No basta el cumplimiento de las disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para precaver y evitar los daños previsibles y evitables, ya que cuando no han ofrecido resultados positivos se revela la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia; d) Mayor rigor en la apreciación e interpretación del artículo 1.104 del Código civil (Cfr., GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual* Madrid, 1972, p. 475). ACS.

10. *Culpa extracontractual. Accidente de trabajo. Concurrencia de culpas. Culpa profesional del operario y negligencia administrativa de la empresa.*—La sentencia recurrida presupone una inicial negligencia culpable del operario consistente en no haber utilizado la espátula de 90 cms. para las operaciones de limpieza, pero profundizando en las circunstancias en que tuvo lugar el accidente, halla también una negligencia por parte de la empresa, si bien atenuada y que traduce matemáticamente en un 25 por 100, deducida de consentir el trabajo en condiciones que han permitido ser aprehendida la mano de operario por los rodillos en marcha, carentes de la chapa o rejilla protectora que impida el acceso a la zona de rodamiento; ello sin olvidar que la doctrina legal señala que los accidentes de trabajo pueden obedecer a múltiples razones, sin que en muchos casos pueda discernirse cuál fuere la causa concreta determinante de los mismos y de ahí que en estos eventos, en que parte la culpa profesional del operario derivada de la extremada confianza en el desempeño de su labor, concurre una causa clara y codeterminante del accidente, como es la infracción de normas sobre seguridad en el trabajo, que fue sancionada administrativamente, no cabe exonerar a la empresa, pues queda descartada la culpabilidad exclusiva de la víctima (Sentencia de 28 de octubre de 1985; no ha lugar).

(G. G. C.)

#### 4. Derechos Reales

11. *Tercera de dominio frente a la administración. Analogía con reivindicatoria.*—Aun sin llegar a una plena identidad, la tercera de dominio ofrece una marcada analogía con la acción reivindicatoria, en cuanto dirigida a obtener la declaración de la titularidad sobre el bien embargado y

el consiguiente alzamiento de la traba, de manera que será el demandante quien ha de acreditar el derecho que invoca, en cuanto requisito necesario para el éxito de su pretensión, conforme a la distribución de la carga probatoria; en el presente caso los títulos de los terceristas frente a la Hacienda Pública datan de tiempo anterior al embargo por impago del impuesto sobre sucesiones en lo referente a las ventas realizadas por la sucesora *mortis causa* en escritura pública, y en cuanto a las ventas en documento privado realizadas por el causante, su fecha frente a la Administración ha de referirse cuando menos a la del fallecimiento del vendedor, aparte de que en dos de ellos hay nota autorizada por la Delegación Provincial de la Vivienda.

*Reclamación previa en la vía administrativa. Demanda presentada después de quince días.*—Sobre este requisito conviene sentar los siguientes extremos: a) Es un presupuesto de carácter administrativo que opera a través de la oportuna excepción dilatoria y cuya semejanza con el acto de conciliación ha sido recordada por la jurisprudencia subrayando «la similitud de ambas instituciones por lo que respecta al fin que persiguen, que no es otro que el de evitar se vean envueltos en un proceso sin haberles dado la posibilidad de evitarlo» (SS. de 17 febrero 1972, 20 marzo 1975 y 13 diciembre 1982); b) Los problemas relacionados con la falta de reclamación previa en la vía gubernativa, no pueden basar un recurso de casación sobre el fondo; c) El ámbito del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo ha de limitarse al ejercicio de pretensiones o acciones autónomas, notas de las que carecen las tercerías, por lo que la reclamación previa no es exigible en las promovidas contra la Administración Pública; y d) La evidente naturaleza de privilegio que ostenta la reclamación previa y que obliga a interpretar restrictivamente su alcance, según propugna la más autorizada doctrina, en modo alguno consiente que rechazadas tácita y expresamente por la Administración las pretensiones de los recurridos, se imponga por un desajuste de fechas, no acreditado por lo demás, la grave dilación de anular actuaciones para buscar una nueva negativa del Estado, con evidente menoscabo del artículo 24 de la Constitución.

*Venta en documento privado. Falta de adveración. Aptitud para transmitir el dominio.*—El artículo 1.225 C.c. no impide otorgar la debida relevancia a un documento privado a pesar de la falta de adveración, conjugando su contenido con los restantes elementos de juicio, debiendo aclararse que dicho documento es apto para transmitir el dominio si medió tradición, lo que se corrobora con las altas de los adquirentes en la contribución.

*Adquirentes que no tienen la cualidad de terceros. Están afectos a la deuda Tributaria.*—La afección opera respecto de bienes inmuebles adquiridos por compradores que no ostentan la condición de tercero protegido por la fe pública registral, en su doble manifestación de presumirse la exactitud e integridad del contenido de los asientos, por cuanto ni las adquisiciones proceden de titular según el Registro, ni los compradores han inscrito sus respectivos títulos (Sentencia de 2 de octubre de 1985; Ha lugar en parte).

NOTA.—Se rechaza la tercería que afecta a inmuebles que han sido enajenados por la heredera universal, por estar afectos a la deuda tributaria según artículo 74 de la Ley General Tributaria, dado que los adquirentes no tienen la cualidad de terceros registrales. Es de destacar el desenmascaramiento de la no infrecuente conducta de la Administración en relación con la previa reclamación que se hace en el 2.º Fundamento de derecho (Pte. Castro García) (G.G.C.).

12. *Coexistencia del dominio y del derecho al aprovechamiento sobre aguas procedentes de un manantial.*—De los artículos 412 y 415 del Código civil, así como de la regulación que se contiene en el capítulo segundo de la Ley de aguas de 13 de junio de 1879, se desprende con claridad la posibilidad de coexistencia del dominio que compete al dueño de la finca en que nace un manantial sobre las aguas del mismo en tanto discurren por su predio y el derecho al aprovechamiento de las mismas, una vez que hayan salido del mismo, en que adquieren el concepto de públicas.

*Aprovechamiento de aguas privadas.*—En modo alguno pueden los usuarios de aguas ostentar derechos que no les hayan sido concedidos por su propietario o adquiridos por los medios legales.

*Usucapión.*—Para que opere dicho instituto es preceptiva la posesión en concepto de dueño, que en este caso falta, toda vez que el recurrente tan sólo disfruta del aprovechamiento de las aguas sobrantes, después de haber discurrido por la finca del actor, lo que en modo alguno puede operar la adquisición del dominio de las mismas, ni afectar al que corresponde al actor. (Sentencia de 29 de marzo de 1985; no ha lugar).

HECHOS.—La Audiencia Territorial, confirmando la Sentencia del Juez de Primera Instancia, estimó la demanda interpuesta por el propietario de una finca en que está enclavado un manantial, considerando que no es viable que el Ayuntamiento, con el pretexto de la existencia de una cesión de aguas, se introduzca en la finca del actor, agrave la servidumbre constituida y realice una nueva conexión en el manantial. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Es importante destacar que en esta sentencia se tiene en cuenta la Ley de aguas de 13 de junio de 1879, que como es sabido ha sido derogada por la reciente Ley de aguas de 2 de agosto de 1985 («B.O.E.» del 8), que se basa en principios marcadamente diversos a los de aquélla. El efecto principal de la nueva regulación es la completa publicación de las aguas, sobre todo de las subterráneas, cuyo dominio privado era indudable en la legislación anterior (sobre los aspectos básicos de esta Ley *vid.* ELIZALDE, *Información legislativa*, en este Anuario, 1985, fasc. 4.º, pp. 1025-1026) (ACS).

13. *Propiedad horizontal. Obras que afectan a la fachada del edificio.*—Es obvio que la resolución que ordena la demolición de las mismas por no haber obtenido el consentimiento unánime de los condueños, en modo alguno infringe los artículos 396 y 348 del Código civil (Sentencia de 26 de marzo de 1985; no ha lugar).

**HECHOS.**—El demandado realizó determinadas obras que supusieron alteración de las cuotas de participación y afectaron a elementos comunes del inmueble, sin que mediase el consentimiento unánime de los copropietarios. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por el Presidente de la Comunidad de Propietarios y ordenó la demolición de la obra construida a costa del demandado. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación. (ACS).

## 5. Derecho de Familia

14. *Separación de hecho. Pacto sobre alimentos. Revisión por alteraciones monetarias.*—La obligación de convivencia que el artículo 68 C.c. impone a los cónyuges, reflejada en la tradicional expresión de unidad de techo, mesa y lecho, no impide el hecho de que, no obstante su nota esencial en el matrimonio, es infringida por pacto, expreso o tácito, de marido y mujer, generalmente acompañado de un acuerdo sobre la prestación de alimentos, que no será obstáculo para que el alimentista pueda acudir al proceso para lograr una pensión más alta cuando circunstancias sobrevenidas así lo requieran, por motivos de equidad; por ello, y atendiendo a que en las situaciones de normalidad, la deuda alimenticia o de socorro material entre ambos queda comprendida por la más amplia de contribuir a levantar las cargas del matrimonio (arts. 1318, 1362, causa 2.ª, y 1.438 del C. c.), cuando ha sido rota la unidad de vida por mutua conformidad entrará en liza el artículo 143, y en tal sentido, la más reciente orientación jurisprudencial, en cuya línea son expresivas las SS. de 28 febrero 1969 y 17 junio 1972, entiende que la separación de hecho libremente consentida entre los esposos, si bien implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que impone el actual artículo 68 C.c, lo que origina que sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles, no por ello priva a cualquiera de los cónyuges, atendidas las circunstancias del caso concreto a recibir alimentos de su consorte conforme a las normas contenidas en los artículos 142 ss. C.c., punto de vista que ha de ser reafirmado a la luz de las directrices informantes de la reforma de 7 julio 1981, ajena, en materia de divorcio, a la aplicación de causas culpabilísticas.

*Subsistencia de la separación de hecho aunque los cónyuges pernocten bajo el mismo techo.*—Entendida la convivencia conyugal propiamente dicha como manifestación de la comunidad de vida, obviamente compatible con la individual de cada esposo, es claro que puede resultar rota esa unidad a pesar de que marido y mujer sigan pernoctando bajo el mismo techo, como para otros efectos señala el artículo 87 C.c., pues lo que da color a tal situación es el cumplimiento de los deberes de colaboración y auxilio (arts. 67 y 68), manifiestamente quebrantados por recurrente y recurrida, que viven en el orden de los afectos totalmente desligados, aunque el marido acuda para el descanso nocturno al domicilio conyugal.

*Facultad de opción del artículo 149 C.c.*—Ese derecho de opción en el modo de prestar los alimentos que el precepto autoriza, no puede ser tan absoluto que limite el amplio examen que los Tribunales han de efectuar de los datos concurrentes en cada caso, hallándose subordinado a la condición de que no exista estorbo alguno, ni legal ni moral, para que el alimentista pueda ser trasladado a casa del alimentante (S. de 12 febrero 1982, que ratifica criterio ya mantenido por las de 8 marzo 1952, 21 diciembre 1953 y otras), y como bien argumenta el Tribunal *a quo* los antecedentes que concurren en el caso, esto es, la separación de hecho consentida por ambas partes, resultan incompatibles con dicha facultad optativa (Sentencia de 5 de noviembre de 1985; no ha lugar)

NOTA.—Nada que objetar a la doctrina recogida, sentada ya con anterioridad a la reforma de 1981, como reconoce la propia S. extractada. Resulta, en cambio, curioso, que en el primer Fundamento de derecho se diga que los cónyuges han contraído nupcias «en edad propecta» (teniendo ambos alrededor de 50 años y ella era viuda con tres hijos mayores del anterior matrimonio). También existe cierta contradicción en la conducta del marido, que pese a la separación de hecho sigue pernoctando en el domicilio conyugal, y que solicita prestar los alimentos en su propio domicilio. La negativa aparece sobradamente justificada (G.G.C.).

## 6. Derecho de Sucesiones

15. *Interpretación de cláusula testamentaria.* — Aunque es cierto que esta Sala tiene declarado con reiteración que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Juzgador de Instancia, no es menos cierto que ello es así mientras no resulte que el criterio mantenido por tal órgano jurisdiccional es equivocado o erróneo por contradecir de modo manifiesto la voluntad del testador.

*Determinación de la voluntad del testador por los albaceas-partidores.*— Tales personas, como ejecutores testamentarios con amplias facultades, son de las más autorizadas para descubrir la verdadera voluntad del testador. (Sentencia de 18 de abril de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida, que revocó la del Juez de Primera Instancia, acogió la pretensión de la actora, declarando ineficaz la partición de la herencia, apoyándose en que, en virtud de la cláusula testamentaria discutida, la testadora quiso legar a la actora dos fincas y no una sola. No prospera el recurso de casación. (A. C. S.)

16. *Comunidad hereditaria: sociedad civil irregular.*—Se alega la existencia de una sociedad civil irregular, que no ha quedado disuelta por ninguna de las causas establecidas en el C. c., pero tal motivo no puede ser acogido porque la denuncia se refiere a la comunidad hereditaria surgida después de la muerte de los padres de los litigantes —ocurrida respectivamente en 1962 y 1976—, de la que formaban parte una serie de bienes, entre ellos un negocio industrial que se mantuvo en régimen de indivisión, sin que haya constancia de la realidad de una sociedad civil; por otra parte, de existir una sociedad civil irregular, manteniéndose secretos sus pactos,

estaría sometida a la normativa de la comunidad de bienes, lo que conlleva en todo caso, el derecho a ejercitar la acción de indivisión por cualquiera de los comuneros, de acuerdo con el artículo 400, con la consiguiente aplicación de los artículos 401 y 404 cuando, como aquí sucede, no es posible efectuar la división material. (Sentencia de 27 de septiembre de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—Parece que se trata de una situación de fáctica continuación de la comunidad hereditaria, sin que se pactara expresamente entre todos los coherederos ninguna forma asociativa, ni siquiera en forma irregular. Las resoluciones judiciales son contestes en todas las instancias. (G. G. C.)

17. *Partición hereditaria. Principio de que «nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio».*—Existe una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, que incluso es generante de una situación excepcionalmente litisconsorcial pasiva, que es apreciable de oficio, puesto que se deduce de los términos de los artículos 1.079 y 1.086 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la precisa intervención de todos los interesados en el juicio particional, sin supeditación alguna a que se hayan o no personado en él, lo cual revela que deben ser emplazados también, con independencia de su situación procesal, en el juicio a que se refiere el artículo 1.088 de la misma Ley procesal, dado que entender lo contrario significaría posibilitar pronunciamientos judiciales sin dar el cauce procesal adecuado de audiencia y consiguiente contradicción a uno de los por ellos afectados, lo que llevaría a establecer decisiones judiciales sin posibilidad de práctica ejecución a lo que a él se refiere. (Sentencia de 30 de marzo de 1985; ha lugar.)

HECHOS.—El Tribunal Supremo estima el recurso de casación por considerar que existe una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, por falta de emplazamiento en el juicio de partición hereditaria del que emana la sentencia recurrida de uno de los interesados, el cual estaba legitimado para intervenir en él. (A. C. S.)

18. *Derechos sucesorios de la viuda en Cataluña. Disposición testamentaria del marido en favor de sus padres. Carencia de derechos legitimarios.*—La recurrente, súbdita alemana de origen, contrajo en Alemania matrimonio civil con un español, sujeto al Derecho especial catalán, hijo de los actuales recurridos, que falleció, sin dejar descendencia, en accidente de circulación el 5 de mayo de 1980, habiendo otorgado testamento en el que instituía herederos exclusivamente a sus referidos padres, que no modificó después del matrimonio, lo que impide la invocación del derecho de usufructo que contiene el artículo 250 de la Compilación catalana, pues está expresamente circunscrito a la sucesión intestada, sin que atribuya un derecho legitimario en favor de la viuda, ni permite considerar a ésta como heredera forzosa; y ello con independencia de la posibilidad de reclamar la cuarta marital establecida en el artículo 147 ss. de la propia Compilación, si concurren los requisitos exigidos (Sentencia de 13 de diciembre de 1985; no ha lugar).

NOTA.—Es tradicional la escasez de derechos viudales de origen legal en Cataluña, que no se ha remediado en la última reforma de la Compilación en 1984. Así nos dice Salvador CODERCH, *Comentarios Albaladejo*, tomo XXIX

vol. 3.º (Madrid, 1986), p. 96, que en el Derecho catalán inmediatamente anterior a la Codificación de finales del siglo XIX los derechos viuales de origen legal eran de muy escasa entidad, tenían un carácter particular, estaban normalmente pensados para la viuda (no para el viudo) o para la viuda pobre e indotada y en ningún caso resultaban comparables a un derecho legitimario del cónyuge viudo, en el sentido moderno de la expresión. Todo ello se traducía, en materia de sucesión intestada, en que el viudo como tal no tenía ningún beneficio sucesorio general en concurso con descendientes, ascendientes o colaterales de los primeros grados del causante. La doctrina enumeraba los siguientes beneficios particulares: *any de plor*, *tenuta*, cuarta marital y derecho a suceder abintestato tras los colaterales. El avance representado por la Ley de 10 julio 1936, de la Generalidad, sólo fue seguido en parte por la Compilación de 1960. Ahora la reforma de 1984, en opinión del mismo autor (op. cit., p. 105), se limita a ir a remolque de los cambios producidos en el derecho del C. c. «y en el marco de una absoluta ausencia de política legislativa al respecto». Ciertamente, cuando hay un movimiento universal de mejora de los derechos sucesorios del cónyuge viudo, la negativa de legítima en presencia de disposición testamentaria a favor de los padres, no deja de sorprender (G.G.C.).

## II. DERECHO MERCANTIL

19. *Nombre comercial. Concepto de similitud.*—Es conocida la interpretación amplia y generosa del concepto de similitud o semejanza, en el sentido de conjugar todos los elementos o circunstancias que puedan influir en la realidad señalada por aquel concepto de similitud, no integrado sólo por la semejanza fonética o gráfica de algún componente, sino por todos ellos o en su conjunto, queriendo con ello decirse que bastará con un elemento o dato diferenciador para rechazar el resultado igualitario generador de la prohibición legal del artículo 201 del Estatuto de la Propiedad Industrial, siempre que aquél sea suficiente para evitar el resultado objetivamente desleal. (Sentencia de 19 de abril de 1985; no ha lugar).

HECHOS.—La sociedad Llamas, S. A., con domicilio en Badalona, cuyo objeto social es la compraventa de todo tipo de recubrimientos para la construcción, demandó a la sociedad Llamas, S. A., domiciliada en Cartagena, dedicada al negocio metalgráfico, solicitando la nulidad del nombre comercial adoptado por la demandada por inducir a confusión y su cancelación en el Registro de la Propiedad Industrial. La Sala de Instancia estimó la demanda. Prospera el recurso de casación. (A. C. S.)

20. *Marcas. Prohibición de utilizar denominaciones genéricas.*—A la vista del artículo 118 del Estatuto español, puede utilizarse como marca un nombre sustantivo, o adjetivo sustantivado —«camello», «trébol», «búfalo», «laurél», «ganga»—, que se use concretado y especificado en unos productos fabricados de manera determinada, para su distinción de otros similares —cigarrillos, colorantes, detergentes—, pero no un adjetivo calificativo que expresa simplemente una calidad, que, como tal, es común a muchas especies y a objetos dispares; lo que sucede con el término «prematuro» que, por su carácter genérico, conlleva una imprecisión que inhabilita para distinguirlos de

otros similares, a los productos de la industria o del trabajo; imprecisión que no se salva en este caso diciendo que la denominación sirve para señalar y distinguir unos alimentos, fármacos o dietas para niños, pues la verdad es que nada distinguen al ser también términos genéricos, no indicándose si consisten en papillas, jarabes, sólidos o en polvo, ni si deben ser administrados por vía subcutánea, oral o rectal, pareciendo comprender todos las posibilidades específicas que de los mismos se puedan presentar, lo cual conduciría a un verdadero monopolio de la denominación y de sus aplicaciones como géneros, que precisamente trata de impedir el artículo 124 del Estatuto (Sentencia de 20 de septiembre de 1985; no ha lugar). (G.G.C.)

21. *Marcas industriales. Nulidad por identidad. Marcas combinadas o mixtas.*—En el caso de marcas combinadas o mixtas, en cuanto tales integradas por fonemas con adición de formas específicas de representación gráfica, la posible confusión entre los signos distintivos enfrentados habrá de ser dilucidada tomándolas en su conjunto y por consiguiente atendiendo no sólo a la parte denominativa, sino también a las figuras o dibujos integrantes de las instituciones en pugna, sin limitarse a un examen parcial de sus componentes, teniendo en cuenta, de otro lado, que por excepción a la amplitud conferida por el artículo 119 del Estatuto a lo que puede ser objeto de la marca, el número 5.º del 124 impide reivindicar en tal concepto las denominaciones genéricas y las adoptadas por el uso para señalar género, clases, precios, cualidades, pesos y medidas y otras similares, que son locuciones carentes de idoneidad para acceder al Registro de la Propiedad Industrial.

«*Chupa Chus*» y «*Chupa Goyquitos*».—Frente a la tesis mantenida por el re currente apoyando la preferencia en la prioritaria utilización del vocablo «chupa» es de señalar que en cuanto modo de conjugación del verbo correspondiente, cuyo significado es el de «sacar o traer a los labios el jugo o la sustancia de una cosa», ese componente de la marca, dada su genérica condición, no puede ser invocado para configurarla con valor creativo y excluyente, antes bien, por su carácter común a los efectos de aquella norma estatutaria, carece de relevancia para anular la marca «chupa Goyquitos».

*Fonemas carentes de significado individualizador.*—La condición genérica de esta unión silábica impide otorgar a los fonemas componentes significado individualizador, y ha de llevarse la función diferenciadora a las denominaciones respectivas «Chups» y «Goyquitos», impeditas a todas luces de posible perplejidad en el consumidor, tanto más que a esta clara diversidad en el orden gramatical ha de ser añadida la inexistencia de cualquier asomo de analogía entre los elementos gráficos que los acompañan, todo lo cual comporta la imposibilidad de hablar de semejanza fonética, o en los diseños, de ambas marcas, a los efectos de la prohibición que se pretende aplicar.

*Prohibición de agregar algún vocablo a una denominación registrada.*—Según el artículo 124, núm. 11, «no podrán acceder al Registro como marcas aquellas denominaciones que consistan en haber agregado o suprimido algún vocablo a una denominación ya registrada», pero esta norma sólo será apli-

cable cuando se trate de términos que dadas sus características han tenido adecuada constancia registral, provocando el cierre tabular, pero no si han sido utilizadas expresiones genéricas incursas en la exclusión del núm. 5.º de dicho artículo, y por lo tanto ineficaces de suyo para componer la semejanza fonética, como ocurre con la voz «chupa»; tiempo de un verbo de muy común utilización (Sentencia de 23 de septiembre de 1985; no ha lugar). G.G.C.

*22. Compraventa mercantil. Calificación del contrato. Diferencia con arrendamiento de obra.*—Los documentos que se alegan para demostrar el error de calificación son simples órdenes o encargos de «fabricación», con especificación de color, formato, calidad, etc., de lo que se va a comprar, como muestra característica de una obligación de hacer no autónoma, sino simplemente previa, *para vender*, que constituye la prestación principal del vendedor que se compromete a entregar un objeto cierto y determinado, que no puede confundirse con el contrato de obra —ni, por supuesto, con el llamado en Cataluña «trabajo a manos»—, en el que el hacer es el objetivo y la obligación, no ya principal, sino única, que requiere, en ocasiones, la entrega por el propietario de la materia prima para su transformación por el contratista; nada de lo cual se demostró concurriese en este caso.

*Reclamación por vicios de la cosa vendida. Caducidad de la acción.*—La reclamación por vicios de la cosa vendida en la compraventa mercantil debe someterse a los plazos previstos en los artículos 336 y 342 C. com., lo que impide que al cabo de más de tres años de la recepción conforme, y justo cuando se inicia la reclamación judicial, pueda estar en condiciones de alegar su disconformidad con lo recibido, amparándose en las normas genéricas del incumplimiento contractual, que no acreditó (Sentencia de 16 de septiembre de 1985; no ha lugar). (G.G.C.).

*23. Cuenta corriente. Robo de talón. Firmas no falsificadas. Prueba. Responsabilidad del Banco.*—El Tribunal de instancia sienta como hechos-base de una sentencia exoneradora de la responsabilidad del Banco, los siguientes a) La emisión de dos dictámenes periciales contradictorios, uno manteniendo la falsedad y otro afirmando la autenticidad de la firma del talón; b) La existencia de la antifirma comercial estampillada; c) La indicación de «por poder» (p.p.) manuscrita; d) La cuantía del cheque, muy inferior al saldo disponible; e) La dificultad, lindante con la imposibilidad, de ser conocida por los autores del robo la personalidad y firma de quienes estaban autorizados para disponer de la cuenta, y la perfección o realidad de sus trazos y rúbrica, así como el conocimiento del saldo acreedor de la cuenta que permitió girar el efecto por importe suficiente para su atención; deduciendo de tales hechos que el talón estaba completo al tiempo de la sustracción, lo que no puede afirmarse que sea una deducción absurda, ilógica o irracional, únicos casos en los que el juicio lógico del Tribunal de instancia es censurable en casacón (Sentencia de 3 de septiembre de 1985; no ha lugar). (G.G.C.)

24. *Suspensión de pagos.*—Es manifiesto que aun con posterioridad a la suspensión de pagos pueden ser entablados juicios ordinarios contra el suspenso.

*Capacidad procesal del suspenso.*—La circunstancia de que el suspenso prescinda de poner en conocimiento de los interventores la existencia de un proceso pendiente al comenzar las funciones este órgano de la suspensión de pagos, no es hipótesis subsumible en el número 4.º del artículo 5 de la Ley de Suspensión de Pagos, ni provoca falta de capacidad para ser parte o inexistencia de capacidad procesal, como tampoco entraña defecto en la representación, censurable a través del número 3.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencia de 9 de abril de 1985; no ha lugar).

25. *Declaración de quiebra a instancia de los acreedores.*—A tenor del artículo 876, pár. 2.º C. com., en su redacción vigente al tiempo de la interposición de la demanda, procede la declaración de quiebra a instancia de los acreedores que, aunque no hubieren obtenido mandamiento de embargo, justifiquen los títulos de crédito en que apoyan su pretensión y que el comerciante ha sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones

*Título de crédito a efectos de la declaración de quiebra.*—Las letras de cambio que no expresan «cláusula de valor» equivalen a pagarés a la orden del tomador y a cargo del librador, de los que se deduce la existencia de documentos normales de confesión de deuda, que quedan sujetos en cuanto a la causa a las reglas generales contenidas en el derecho común para juzgar si existe o no vínculo jurídico de obligar entre las partes, y cuya causa, conforme al artículo 1.277 Cc., se presume como existente en beneficio del acreedor en tanto el deudor no acredite que no ha existido, según reiterada doctrina jurisprudencial.

*Prueba.*—Según S. de 1.º marzo 1952, es lógico presumir que quien suscribe un documento de reconocimiento de deuda admite la existencia de ésta y libra al acreedor de la carga de la prueba, y en el presente caso el artículo 87, pár. 2.º C. com. sólo exige justificación del título, y al hacerlo mediante las indicadas cambiales convertidas en pagarés, ello ya demuestra la fehacencia.

*Sobreseimiento general en el pago de obligaciones.*—Se tiene por cumplido este requisito por cuanto la sentencia recurrida declara que el deudor, aun cumpliendo algunas de las obligaciones que tenía contraídas, se encontraba con posibles agobios económicos, y ello unido a que el crédito en cuestión era líquido y exigible y se encuentra impagado, habida cuenta que la expresión «sobreseimiento», a tal fin, a tanto equivale como a no atender al pago de créditos eficientes que se reclamen, y mayormente al no acreditarse por el deudor que se trate de un impago esporádico y eventual no impeditivo de llegar normalmente a atenderlo, pues que los créditos abonados con ante-

rioridad a la solicitud de declaración de quiebra, lo único que evidencian es este hecho, pero no la posterior solvencia del deudor con respecto a otros créditos impagados (Sentencia de 18 de octubre de 1985; ha lugar).

NOTA.—La sentencia extractada (Pte. Fernández Rodríguez) recae en un proceso de oposición a la declaración de quiebra acordada a instancia del tenedor de las letras cuestionadas. Mientras el Juzgado había desestimado la demanda del quebrado, en apelación la Audiencia revocó la declaración de quiebra, Sorprende por su severidad la equiparación de «encontrarse con posibles agobios económicos» a la situación de «sobreseimiento general en el pago de sus obligaciones». ¿No se presume la buena fe del deudor mientras no se pruebe lo contrario? ¿No significan nada los anteriores cumplimientos en orden a la presumible voluntad del deudor? (G.G.C.).

### III. DERECHO PROCESAL

26. *Acumulación de juicios declarativos que se hallen ya en periodo de ejecución de sentencia.*—Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en confirmación e interpretación de lo prevenido en los artículos 163 y 165 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que declara que no puede acordarse la acumulación de los juicios declarativos que se hallen ya en periodo de ejecución de sentencia, aun cuando ésta pueda afectar a bienes sujetos a un concurso o quiebra, porque la ley atiende preferentemente en tales casos al estado de los autos que se tratan de acumular (Sentencia de 26 de marzo de 1985, no ha lugar).