

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Colaboran: Esther ALGARRA PRATS  
Javier BARCELÓ DOMENECH  
Pedro José FEMENÍA LÓPEZ  
Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS  
Gabriel GARCÍA CANTERO  
Antonio JIMÉNEZ CLAR  
Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ  
Aúrea RAMOS MAESTRE  
Encarna SERNA MEROÑO  
María Luisa VALLÉS AMORES

**SUMARIO:** I. Derecho civil. 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. Derecho mercantil.—III. Derecho procesal.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. PARTE GENERAL

**1. Actos propios: Pago de comisiones pactadas verbalmente. Prueba.**— Es reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que para que un «acto propio» pueda ser tenido como expresión del consentimiento y obligar a su autor a respetarlo, ha de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo; en el presente caso, tal carácter vinculante para el recurrente como expresión de su consentimiento al pago de las comisiones pactadas fuera del contrato documentado en escritura privada, lo tienen las liquidaciones realizadas por él y remitidas al comisionista que, además de ser un eficaz medio de prueba del pacto verbal sobre el pago de esas disentidas comisiones, acreditan igualmente el inicial y voluntario cumplimiento por el obligado del citado pacto verbal.

**Buena fe.**— La buena fe contractual, entendida en su sentido objetivo como comportamiento justo y adecuado, consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento; si bien es criterio generalizado en la doctrina de esta Sala que la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de la libre apreciación del Juzgador de instancia, lo que no obsta para que también se haya declarado que la buena fe es un concepto jurídico deducido libremente por el Tribunal sentenciador, valorando los hechos que le sirven de origen, dentro de los hechos acreditados que a ella se refieren (así, por todas, S. de 5 de julio de 1990); en el presente caso no puede estimarse que el actor recurrido haya actuado con mala fe al pretender el pago de la comisión pactada, incluso para el caso de que se tratase de operaciones realizadas directamente por el comitente sin intervención del comisionista, no pudiendo aquél pretender eximirse de sus obligaciones contractuales libremente asumidas.

**Criterios interpretativos.**— Si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas, sin que sea necesario acudir a otras exégesis interpretativas que no sean las que manda el art. 1281 C.c.; interpretación gramatical que siempre presupone la interpretación, pues afirmar que una cláusula es clara implica una valoración de las palabras y de la congruencia que guardan con la voluntad, por lo que es falso el axioma *in claris non fit interpretatio*.

**Abono de comisión extraordinaria. Prueba.**— La sentencia recurrida reconoce la existencia de una obligación por parte de la demandada recurrente de abonar a la recurrente una comisión extraordinaria, distinta de la del 5% a que se refiere la cláusula 2.<sup>a</sup> del contrato de 1984, obligación que la Sala de instancia declara probada a través de la prueba obrante en autos que pone de manifiesto el asentimiento de la recurrente a su pago, que efectivamente realizó en la forma y cuantía que resulta de los documentos aportados a la demanda.

**Prueba de confesión.**— Tiene dicho esta Sala que la confesión en juicio prestado bajo juramento indecisorio no es de rango superior a los demás medios demostrativos citados en el art. 1215 C.c., y su eficacia ha de ser apreciada libremente en conjunción con el resultado que arrojen las restantes pruebas, sometidas todas ellas a la libre y racional valoración de los Tribunales, amén de que por el principio de individualidad de aquélla, su fuerza probatoria hay que referirla al conjunto armónico de lo confesado y no a la estimación fragmentaria de las posiciones (S. de 23 de junio de 1983), afirmando la S. de 24 de noviembre de 1983 que admitir una parte de un hecho, o situación compleja, no implica admitir el total, sobre todo cuando los hechos o circunstancias son de otro modo o por otro medio apreciadas, por los que siempre se ha exigido que la confesión haya de ser plena, inequívoca y clara. (STS de 9 de octubre de 1993; no ha lugar).

**NOTA.**— A través de la demanda y reconvencción se trata de liquidar las relaciones de representación exclusiva para la exportación a

países del Este. Resulta plenamente de aprobar la fundamentación de la desestimación del recurso. (G.G.C.)

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**2. Motivos que justifican la acumulación procesal.**— No el apartado 5.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino el n.º 3.º de esta norma sería la correcta cobertura a citar por los recurrentes, puesto que, el motivo, acusa haber conculcado, en la instancia, preceptos de la Ley de Procedimiento, destinados a establecer la forma y contenido de los actos garantizadores de la corrección procesal, observación, ya de suyo, bastante para rechazar el motivo cuya inviabilidad se refuerza en cuanto la exigencia legal inexcusable de que las infracciones procesales denunciadas hayan producido indefensión a la parte que les acusa no aparece ni siquiera citada en el motivo, que, a mayor abundamiento, frente a la objetiva certeza de que, en el caso, concurre una evidente relación solidaria entre personas y empresas que justifica la concentración procesal que, a elección del actor, permite el art. 156 de la ley de Enjuiciamiento Civil, según detalladamente exponen los fundamentos de derecho cuarto de la sentencia inicial y el tercero de la de apelación, los recurrentes argumentan con la existencia de varios escritos y publicaciones periódicas de personas distintas, insistiendo en que no existe la conexidad que el juzgador razona y los recurrentes meramente contradicen, con cita de la exigencia de antijuridicidad y reprochabilidad de la conducta, que para nada se opone a la acumulación ex-art. 156 de la Ley Procesal Civil, para la que basta con la conexidad causal que el juzgador, razonablemente, deriva de los fundamentos de hecho expuestos por la parte, relacionados entre sí lo suficiente como para, además de quedar excluidas las prohibiciones de los arts. 154 y 157 de la Ley, justificar el tratamiento unitario y resolución conjunta de la compleja pretensión articulada, evitando dispersiones procesales peligrosamente abocadas a decisiones discrepantes (SS. de 5 de marzo de 1956 y 12 de junio de 1985).

**Intrusión ilegítima en el derecho al honor, al utilizarse expresiones ofensivas, cuyo empleo a efectos informativos era totalmente innecesario y superfluo.**— Tampoco el fondo del tema propuesto ofrece mayores posibilidades de acogimiento a la vista de que la literalidad de las expresiones utilizadas en la crítica, contenida en los textos enjuiciados, del proceder del demandante «al que se tacha de sinvergüenza, de empresario sin escrúpulos que ha intentado estafar a sus lectores, de aventurero aprendiz de timador, de editor desaprensivo que realiza actos de compraventa ilícita, que plagió y hurtó todo lo que pudo», según el puntual relato de hecho que las sentencias de instancia establecen (fundamentos de derecho 9.º y 4.º de los de primera instancia y apelación), sin contradicción de los recurrentes en la vía procesal oportuna, ofrecen una perspectiva difamatoria que ha de integrarse en la intrusión ilegítima en el honor del demandante, así en su propia estimación, como en su buena fama entre los demás, incardinable, como acertadamente concluye la sentencia impugnada, en el apartado 7.º del art. 7 de la Ley 1/1982, sin que el contenido vejatorio de las expresiones anotadas se pueda considerar afectado, dada su patente innecesariedad al respecto (Sentencia de 18 de julio de 1988), por interés informativo alguno (art. 8.º de la Ley), y sí revelador de una falta de respeto a la dignidad humana desconectada de cual-

quier asunto de interés y, en general, del ejercicio del derecho y libertad de información y expresión que ampara el art. 20-1 de la Constitución Española, libertad que, en el apartado 4 del propio precepto constitucional, encuentra límite expreso cuando, como en el caso presente, el contenido de la expresión publicada es, en sí mismo, ofensivo y su empleo a efectos informativos totalmente innecesario y superfluo. (STS de 5 de octubre de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación, manteniendo la declaración efectuada en los órganos judiciales de instancia, considerando intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante las expresiones vertidas en Diario 16 y en la revista Cambio 16, condenando a los demandados a que solidariamente abonen al actor la cantidad de un millón de pesetas en concepto de indemnización y a que publique en el primer número de la revista Cambio 16 y del periódico Diario 16 el encabezamiento y los fundamentos de derecho 8 y 9 y la parte dispositiva de la misma. (L.F.R.S.).

**3. Derechos de la personalidad. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información. Deber de los grupos políticos de velar por el cumplimiento de la legalidad. Imposibilidad de fijar apriorísticamente los límites entre ambos derechos. Prevalencia del derecho a la información siempre que sea veraz y se refiera a asuntos públicos.**— El Tribunal Supremo aborda en su decisión separadamente la formulación de la pregunta y la publicación del texto periodístico, hechos ambos que originaron la presentación de la demanda.

En relación con la interpelación o pregunta formulada por un Concejal al Sr. Alcalde, no puede en modo alguno considerarse atentatoria al honor del demandante, al no haber sido hecha con finalidad difamatoria del mismo, sino como único medio, dados los términos en que venía dada la noticia por la prensa, de poder cumplir con el deber que incumbe a los grupos políticos de Concejales integrantes de la Corporación municipal de velar por el cumplimiento de la legalidad en lo referente a la disposición de bienes propiedad del Ayuntamiento, como en cualquier otro asunto de su incumbencia.

En lo atinente a la publicación del texto o artículo, que nos sitúa una vez más ante el tema de las relaciones o límites entre el derecho al honor y el de libertad de información, ambos de proclamación constitucional, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: 1.º Tanto por este Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional se viene señalando que la colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y al honor, intimidad familiar e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras entre uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, según las circunstancias concurrentes en el mismo. 2.º Asimismo, es reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, asumida, obviamente, por este Tribunal Supremo, que «el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huérfanas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.º, apartado 2 de la Constitución y que es base de toda nuestra ordenación jurí-

dico-política» (STC 16 de marzo de 1981, recogida en la de esta Sala de 17 de mayo de 1991) y la de que «si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y el honor, con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la información de la opinión pública» (STC 171/1990, de 12 de noviembre, recogida en la de esta Sala de 11 de abril de 1992). (STS de 30 de octubre de 1993; ha lugar).

HECHOS.— El Jefe de la Policía Municipal de una localidad en tabló demanda contra los Concejales de un Grupo Político del Ayuntamiento considerando que una pregunta formulada por uno de los Concejales al Sr. Alcalde, en relación con una información aparecida en la prensa sobre adjudicación de bienes municipales, y la publicación de un artículo en un Boletín informativo de dicho grupo, en relación con el mismo tema, contenían expresiones atentatorias a su honor, por lo que solicitaba que los demandados le indemnizaran solidariamente y se publicase el fallo de la sentencia en el mismo Boletín informativo editado por los demandados.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda. Prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

**4. Derechos de la personalidad. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información. Primacía de la libertad de información cuando se trata de asuntos de interés público y la información transmitida es veraz.**— El Tribunal Constitucional, en la sentencia de 12 de julio de 1993, ha declarado que «cuando un medio de comunicación divulga declaraciones de un tercero que suponen una intromisión en los derechos reconocidos por el art. 18.1 CE, tal divulgación sólo puede disfrutar de la cobertura dispensada por el art. 20.1 CE si por un lado se acredita la veracidad —entendida como verdad objetiva— del hecho de las declaraciones del tercero, y, por otro, estas declaraciones (cuya veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de la verdad, sólo es exigible a quien declara lo divulgado) se refieren a hechos o circunstancias de relevancia pública».

La Sala del Tribunal Supremo reitera esta doctrina declarando que la libertad de información prevalece frente al honor, la intimidad y la propia imagen, cuando se trata de asuntos de interés público y la información que se transmite es veraz. (STS de 24 de noviembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Debido a un reportaje de TVE en el que el ente divulgó una nota informativa de la Guardia Civil y manifestaciones aparecidas en otros medios de comunicación social sobre la conducta del actor, magistrado, en relación con un caso de narcotráfico, concretamente, sus relaciones con uno de los sujetos implicados, su amistad con conocidos contrabandistas y sus relaciones amorosas con una mujer, el actor demandó a TVE por intromisión ilegítima en su honor, intimidad personal y propia imagen.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda; la Audiencia Provincial la desestimó. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

**5. Derechos de la personalidad. Colisión entre el derecho al honor y a la propia imagen y el derecho a la libertad de información. Prevalencia del derecho a la información siempre que ésta sea veraz y referida a asuntos de relevancia pública. Límites a la libertad de expresión.**— Es cierto que tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Primera del Tribunal Supremo han dado cierta prevalencia al derecho a la información sobre el del honor, pero dicha prevalencia viene matizada por la circunstancia de que ha de tratarse de supuestos en que se transmite información objetiva, *contrastada* y veraz, rigiendo, por el contrario, el límite impuesto en el art. 20.4 CE en los supuestos en que no concurren tales circunstancias. Y más concretamente, la jurisprudencia señala que «...la libertad de expresión jamás podrá justificar la atribución gratuita a persona identificada de hechos que inexcusablemente la hacen desmerecer del público aprecio y reprobables a todas luces, sean cualesquiera los usos sociales del momento», «...es regla general en el ámbito del Derecho Constitucional comparado, que el derecho a la libertad de prensa y de expresión vengan sujetas a limitaciones, entre las cuales se encuentra, precisamente, la del respeto de los derechos de los demás» «...es de apreciar un resultado que lesiona el honor, en sus aspectos de propia estimación, del quebrantamiento del respeto que se debe a toda persona y de la buena fama frente a los demás... este resultado, como elemento objetivo, no bastaría para la estimación de la demanda, si obedeciese a una información veraz... tal falta de veracidad lleva consigo la descalificación de la intención o elemento subjetivo» y «...esta protección al honor entra con frecuencia en colisión con el derecho a la información, uno de cuyos límites es el derecho al honor... con la exigencia de que la información sea veraz, objetiva en todo caso y no venga presidida por un ánimo de desmerecer a la persona sobre la que se informa» (Sentencias, entre otras, de 4 de noviembre de 1986, 23 de marzo de 1987, 5 de mayo y 11 de octubre de 1988, 28 de abril de 1989 y 4 de enero de 1990).

Si bien es cierto que el art. 20 CE reconoce y protege los derechos a la libertad de expresión e información, no lo es menos que tales derechos no pueden ejercerse de manera incondicional o absoluta ya que el mismo precepto, en su número 4, establece que esas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, los cuales se encuentran garantizados en el art. 18 CE, y su protección jurisdiccional, en el ámbito civil, se llevó a cabo a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, del otro, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, se exponen a continuación: — que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, —que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del art. 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20.1 d) en función de su doble carácter de libertad individual y de su garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al

pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen. —que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad, —que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad de una parte, y la libertad de información de la otra, —y que la libertad de expresión no 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 la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento (Sentencias, entre otras, de 23 de marzo y 26 de junio de 1987, y 14 de febrero y 30 de marzo de 1992). (STS de 2 de diciembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Debido a un artículo aparecido en un periódico, en el que se imputaba al actor la realización de una estafa cometida como gerente de una empresa pública, dicho actor interpuso demanda sobre lesión del derecho al honor contra el director del periódico y la entidad mercantil editora del mismo.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación (En el caso concreto, las expresiones «estafa» e «indicios de estafa» sólo figuraban como cabecera en los titulares del reportaje y no se imputaban a la persona determinada del gerente, sino que se empleaban en relación con la empresa, se anteponían a «en el Consorcio»). (E.A.P.).

**6. Derechos de la personalidad. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. Imposibilidad de fijar apriorísticamente sus respectivos límites. Prevalencia del derecho a la información, salvo cuando se zahiere sin motivación. Diferencias entre los derechos a la libertad de expresión y a la información.**— La Sala emite en línea de principio la siguiente síntesis jurisprudencial, siguiendo entre otras las sentencias de 26 de febrero de 1992 y 16 de enero de 1990, que dicen así: «...en torno al juego del derecho, en este caso, al honor, así como al ejercicio de la libertad pública relativa a la expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones mediante escritos, existe ya un cuerpo de doctrina bien reiterado que cabe sintetizar, entre otras, en la STS de 16 de mayo de 1988: "para la adecuada y correcta resolución del presente litigio (y de muchos análogos planteados con frecuencia en nuestros días), conviene tener presente, a modo de consideraciones básicas y fundamentales, que el art. 18.1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y

que, frente a él, el art. 20.1 reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (apartado a) y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (apartado d). Uno y otro precepto tienen su sede, como es bien sabido, dentro de la Sección 1.<sup>a</sup> (de los derechos fundamentales y de las libertades públicas), Capítulo II (derechos y libertades) del Título I de nuestra Ley Fundamental (Derechos y deberes fundamentales), preceptos que por lo que concierne a la primera de estas materias han sido complementados por la L.O. de 5 de mayo de 1982 sobre Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, verdadero desarrollo legislativo del citado art. 18 y de la tutela a los ciudadanos del art. 53.2 CE y, en consonancia con el mismo, la D.T. 2.<sup>a</sup> de la L.O.T.C. de 3 de octubre de 1979. La posible colisión entre uno y otro derecho, configurados ambos como fundamentales y dignos de protección constitucional, ha dado lugar ya a una nutrida jurisprudencia, tanto por parte del TS como del TC debiendo destacarse en una y otra la referencia a la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, lo que no excluye el convencimiento de que —en línea con la más decidida y avanzada jurisprudencia constitucional— el art. 20 CE, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la CE consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1, apartado 2 CE, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (STC de 16 de marzo de 1981). En esta misma línea el Tribunal ha puntualizado que la CE otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales (STC 17 de julio de 1986), afirmando expresamente la posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el art. 20.1 d) (STS 12 de diciembre de 1986)... Este planteamiento básico y su adecuada interpretación explica y justifica que, conforme a la declaración programática del art. 18.1 CE, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de incuestionable rango constitucional, ofrezcan suficiente entidad para que, precisamente a tenor del citado art. 20.4 CE, tales derechos vengan a constituir un verdadero límite al ejercicio de la libertad de expresión recogida en el propio texto constitucional. Y de ahí que la L.O. sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de 5 de mayo de 1982, al fijar el ámbito en que han de desenvolverse los derechos regulados en que el art. 2 enumera una serie de supuestos de vulneración de tales derechos que se rubrican en el n.º 7 del art. 7 como los tendentes a la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando implique difamación o desmerecimiento en la consideración ajena. Ahora bien, como ya ha puntualizado la sentencia de esta Sala de 19 de julio de 1988, este derecho ha de ser concebido y puesto en relación con los derechos de expresión y de comunicación informativa, debiendo recordarse respecto a éstos que, como precisó la STC de 21 de enero de 1988, los derechos consagrados en el art. 20.1, apartados a) y d), presentan un contenido distinto y diferentes límites y efectos, pues mientras que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, que abarcan incluso las creencias, por su parte el derecho a comunicar y recibir libremente información versa sobre los hechos que pueden denominarse como noticiables en el común sentir social, de modo que, como ya precisó la sentencia de 8 de



julio de 1976 del Tribunal de Derechos Humanos y puntualizó al respecto la STC de 23 de noviembre de 1983, la comunicación informativa a que se refiere el art. 20.1 d) CE, versa exclusivamente sobre hechos; pero con tal entidad específica que tales hechos puedan encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real y evidente la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, de tal forma que sujeto primario de la libertad de información y del correspondiente derecho a recibirla es toda la colectividad y cada uno de sus miembros...».

En el caso de autos, en el que se alegaba el carácter de autoridad pública del actor y el dato de que se virtieron las frases en campaña electoral, la sentencia reproduce la dictada por la Sala en 20 de mayo de 1993, conforme a la cual, «...no es posible al Tribunal que juzga silenciar el pero de la aplicación ineludible de la ley, que si bien permite, en una versión aplicatoria de acomodación al caso litigioso adecuar o flexibilizar su efecto sancionador cuando a ello hubiere lugar, en el caso de autos no cabe ninguna laxitud interpretadora, cuando el *factum* de partida que refleja la instancia abunda en epítetos como los transcritos, ya que tales expresiones no se justifican cualquiera que sea el sentido de máxima discreción en una crítica según lo antes razonado, y que por ello sería hasta de forzada hermenéutica no entender la subsunción automática de la intromisión tipificada en el citado art. 7 número 7, cuando se califica como tales «la divulgación de expresiones... concernientes a una persona cuando... la haga desmerecer en la consideración ajena»; y concluye afirmando que los calificativos vertidos por el demandado recurrente (tales como «desfachatez», «descaro», «desvergüenza», «chanchullo», «bellaco», «astuto», etc.) tienen tal sonoridad y expresividad que, desde luego, suponen un desmesurado uso de la libertad de expresión, en el lenguaje empleado, porque a través de las mismas, se zahiere de forma clara y evidente, y sin motivación alguna (sin que sea atendible para justificarlos que se vertiesen durante la campaña electoral), lastimando no sólo la trayectoria profesional, como tal autoridad del demandado, sino incluso su propia persona y la imagen que la misma representa, lo que repercute en la reputación o merecimiento, estima o prestigio que de ello tienen los demás. (STS de 3 de diciembre de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Debido a la publicación de varios artículos en la prensa, con duras expresiones y acusaciones contra su persona, el actor, Alcalde y Diputado autonómico, interpuso demanda contra el periodista sobre protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda; la Audiencia Provincial revocó la anterior sentencia, desestimando la demanda. Prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**7. Sentencia. Requisitos formales.**— Es notoria, por lo reiterada, tanto en el orden jurisdiccional penal como en el civil, la doctrina jurisprudencial que mantiene que las afirmaciones fácticas que contengan las sentencias, sea cual fuere el lugar de su radicación, son de puro hecho y como tales deben ponderarse para la adecuada y justa resolución que proceda.

**Causa de los contratos. Simulación de contrato.**— El artículo 1277 del Código Civil, establece una presunción *iuris tantum*, que puede ser destruida por la prueba en contrario; prueba que puede intentarse por cualquiera de los medios admitidos en el artículo 1215 del Código citado, entre los que se encuentran las *presunciones*; sin que, cuando se estima destruida la presunción legal —contenida en el primero de los preceptos citados— suponga ello una inversión de la carga de la prueba, sino, simplemente, que el Juzgador ha valorado las pruebas de ambas partes y ha formado su convicción.

**Estimación de las presunciones.**— Corresponde al Tribunal sentenciador, si bien el Tribunal de casación puede censurar el juicio lógico que el de instancia formule, cuando notoriamente falte, como dice el artículo 1253 C.c., al enlace preciso y lógico entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, según las reglas del criterio humano. Debiendo tenerse especial cuidado en no confundir las presunciones de las meras conjeturas. (STS de 7 de junio de 1993; no ha lugar). (M.L.V.A.).

**8. Fraude de acreedores: el concepto jurídico de «fraudulento» en un contrato de venta incluye, además del engaño, la insolvencia del deudor.**— Según ha declarado esta Sala (sentencia de 29 de febrero de 1927) el concepto jurídico de «fraudulento» en un contrato de venta envuelve, además de el engaño, el de insolvencia del vendedor y consiguiente imposibilidad de cobrar su crédito al acreedor a quien se pretende defraudar, según corroboran los arts. 1291 y 1297. Siendo de esencia la devolución de los bienes adquiridos fraudulentamente, como se deduce de las sentencias de 8 de mayo de 1926, 2 de junio de 1973, y otras; debiendo, por último, resaltarse, como concreta la sentencia de 14 de enero de 1935, que la insolvencia del deudor se determina no sólo por la imposibilidad de pago completo sino también por la disminución de posibilidades económicas efectivas para dar satisfacción a la exigibilidad integral del crédito. Todo ello sin descuidar el carácter que actualmente tiene la acción pauliana como recurso judicial de los acreedores, influida de cierta objetividad a pesar de exigir un requisito tan subjetivo como es el «*consilium fraudis*».

**Acción rescisoria por fraude de acreedores: la indemnización de daños y perjuicios, al ser imposible la devolución de las cosas objeto del contrato, no altera la «causa de pedir» ni produce incongruencia.**— Se ejercitó en la demanda una acción rescisoria por fraude de acreedores, acción que de ser estimada lleva consigo, según el artículo 1295 del Código Civil, la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato, y al no poder realizarse esa devolución por hallarse las cosas en poder de terceras personas que no procedieron de mala fe, procede, según el indicado precepto legal, la indemnización de daños y perjuicios, que por la Sala «a quo» se acordó como consecuencia ineludible y necesaria de la rescisión por fraude y para que la declaración de rescisión no quedara reducida a una mera declaración totalmente ineficaz. Siendo así es evidente que al añadir a la rescisión la indemnización correspondiente, al no poderse entregar las cosas, no se alteró en absoluto la causa de pedir, ni se le impidió al recurrente defenderse con la amplitud que la ley permite, ni por supuesto hubo sustitución alguna de las cuestiones debatidas, ni se resolvió sobre pretensiones distintas, toda vez que, como ya se dice, lo acordado fue consecuencia necesaria para que la sentencia

acordando la rescisión no fuese totalmente baldía e inútil. Así la jurisprudencia de esta Sala confirma inequívocamente tal conclusión al declarar que la sentencia debe guardar el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, fijando todos los extremos que la complementen y contribuyan a la fijación de sus lógicas consecuencias, atendiéndose a la esencia de lo pedido y no a su literalidad, con respeto absoluto de los hechos (sentencias de 8 y 26 de octubre de 1992), lo que permite desde luego señalar las naturales consecuencias derivadas de las cuestiones en disputa, así como las implícitas, de necesaria integración o que estén sustancialmente comprendidas en el objeto del debate (sentencias de 30 de julio, 5 de octubre y 18 de septiembre de 1991 y 23 de marzo de 1992, entre otras), como ocurre, sin duda con las consecuencias consustanciales a la estimación de una acción de rescisión de contratos por fraude de acreedores. **(STS de 28 de octubre de 1993; no ha lugar).**

**HECHOS.**— Doña Jovita R.R. estaba casada con don Antonio P.A. habiendo obtenido su separación matrimonial en 1986, fijándosele por el Juzgado un auxilio económico de 20.000 pesetas mensuales a cargo del marido. A causa del impago por éste último de tal auxilio, la esposa obtuvo, en el Juzgado de Primera Instancia, embargo de bienes de su esposo, con el fin de enjugar los débitos existentes, embargo que se efectuó el 3 de marzo de 1987 y que recayó sobre las fincas «Los Pinos» y «El Mesoncillo», ya que el marido no tenía dinero ni otros bienes que dichas fincas, cuyo usufructo ostentaban los ya fallecidos padres del deudor. Días después de practicada la traba, don Antonio P.A. y sus difuntos padres, vendieron en escritura pública los derechos que ostentaban, nuda propiedad y usufructo, sobre las fincas antes indicadas, venta que se efectuó a un matrimonio, que, a su vez, se apresuró a revender las fincas el 1 de abril de 1987, inscribiéndose las fincas a favor de los respectivos compradores. Doña Jovita R.R. interpuso demanda de menor cuantía sobre nulidad de contratos de compraventa. En primera instancia se aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario; en segunda, se estima parcialmente la demanda. No prospera el recurso de casación. (P.-J.F.L.).

**9. Acción rescisoria de enajenación en fraude de acreedores. Presu- puestos de ejercicio.**— El ejercicio eficaz de la acción pauliana o rescisoria regulada en los arts. 1111 y 1291 y siguientes del Código Civil en lo relativo a las enajenaciones en fraude de acreedores, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: la existencia de un crédito por parte del accionante contra el dueño de la cosa enajenada; la realización de un acto por virtud del cual salga ésta del patrimonio del que la enajena; el propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación, y la ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de ésta para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor.

**Cuestiones de hecho.**— Ha de tenerse en cuenta, dado que el motivo se acoge al ordinal 5.<sup>o</sup> del art. 1692 de la Ley Procesal Civil, por infracción de los preceptos que se indican, que tanto la presencia o ausencia de fraude, como la apreciación de la imposibilidad que el acreedor tiene de satisfacerse en su crédito a consecuencia del acto realizado por el deudor, así como la de-

terminación de la insolvencia del deudor, todas ellas son cuestiones de hecho, como tales apreciables por el Tribunal de Instancia, de cuyo criterio no se puede desviar el Tribunal de casación, a menos que se impugnen tales hechos con éxito a través del número 4.º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —sentencia de 17 de julio de 1990—, doctrina reiterada en las sentencias de 7 de febrero de 1991 y 26 de noviembre de 1992, y que por sí sola basta para rechazar el motivo al no haberse impugnado y destruido las bases fácticas de la sentencia recurrida.

**Requisito del «consilium fraudis».**— Quedando probado que vendedor y comprador tenían conciencia del perjuicio que se causaba al acreedor del vendedor, no es necesario que se dé, para apreciar el fraude, la intención o ánimo de perjudicar, bastando la conciencia del perjuicio.

**Requisito de la subsidiariedad.**— En cuanto al requisito de la subsidiariedad como exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1291,3.º del Código Civil), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, reconocido en el art. 1294 del mismo Código, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, igualmente resulta declarado por la sentencia de instancia y resulta de la insolvencia del deudor y de la ineffectividad de la acción ejecutiva emprendida por el acreedor para hacerse pago del crédito que ostentaba frente a la sociedad codemandada. (STS de 14 de diciembre de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— En la demanda, que fue estimada en primera instancia, el actor solicitó la rescisión por fraude del contrato de compraventa celebrado entre los demandados. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (A.R.M.).

**10. Opción de compra: Calificación del contrato.**— Conforme a los términos claros en que se expresa la literalidad del documento base del pleito nos hallamos en presencia de un contrato de opción de compra al contener los requisitos exigidos por la doctrina de esta Sala: a) concesión al optante de la decisión unilateral respecto a la realización de la compra; b) el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición; c) determinación del plazo para el ejercicio de la opción; siendo un elemento accesorio el pago de la prima, que en este caso no fue convenido.

**Unilateralidad: No desaparece por pactarse obligaciones accesorias a cargo del «cedente» de la opción.**— La obligación asumida por el «cedente» de la opción de gestionar un préstamo hipotecario es un compromiso posterior al cierre por agotamiento de la opción de compra, cuya esencia estructural y definitiva radica en la decisión unilateral de la aceptación de la compraventa dentro del plazo convenido, lo que ha de ponerse en conocimiento del eventual vendedor o «cedente de la opción» y por el precio estipulado; por otra parte, tal obligación accesorias era obligación asumida por ambas partes contratantes.

**Acción reivindicatoria. Concurrencia de sus requisitos.**— Procede integrar el *factum* correctamente, a cuyo efecto es de ver con patente nitidez que el doc. núm. 2 de los aportados a la demanda comporta un reconocimiento de la ocupación sin título de las naves o locales que en el doc. núm. 1 figuran remarcadas en azul, procediendo estimar la reivindicatoria ejercitada sobre los mismos puesto que se ha puesto de relieve la titulación de los demandados-reconvinentes, la ocupación sin título del actor reconvenido, y la identificación gráficamente expresada en las actuaciones. (STS de 15 de octubre de 1993; ha lugar). (G.G.C.).

**11. Incumplimiento definitivo de las obligaciones: la manifiesta voluntad del deudor de no cumplir.**— Aparece probado que la entidad «U.A., S.A.» no ha incurrido en incumplimiento del contrato, cuya apreciación siempre requiere una conducta deliberada y pertinaz que frustre el fin del mismo, lo que aquí no ha ocurrido, sino que en todo momento ha estado dispuesta a cumplirlo, dentro del plazo estipulado y en las condiciones esenciales concertadas.

**El contrato de opción de compra.**— El llamado contrato de opción de compra (aunque, como todo contrato, requiere un concurso previo de voluntades entre el concedente de la opción y el concesionario de la misma u optante), desde el punto de vista de las obligaciones que nacen del mismo (salvo en el supuesto de que se haya estipulado el pago, por el optante, de una prima por la concesión de la opción) es un negocio unilateral, por cuanto sólo crea obligaciones para el optatario o concedente de la opción, el cual queda obligado a no disponer del bien ofrecido y a mantener la oferta, que es vinculante para dicho promitente o concedente, quien no puede reiterarla o desconocerla durante el plazo de la opción, dentro del cual el optante, si conviene a su derecho (aunque sin obligación alguna contraída al respecto), puede hacer uso de la misma, en cuyo caso (consumada ya la opción) queda perfeccionado, sin más, el contrato de compraventa respectivo. (STS de 21 de julio de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Los demandantes solicitaron que el contrato que suscribieron con la empresa demandada fuese declarado resuelto, por incumplimiento de esta última de las condiciones pactadas. La sentencia del Juez de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvención formulada por la demandada, condenando a los actores a otorgar la oportuna escritura de compraventa. La Audiencia Provincial, por el contrario, estima la demanda y declara resuelto el contrato. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación, entendiendo que la entidad demandada no ha incurrido en incumplimiento del contrato litigioso. (J.B.D.).

**12. Compraventa que encubre una donación. Su validez. La simulación.**— En este caso hay que partir de la base de que la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Tribunal de Instancia. También es una cuestión de hecho determinar si existe o no consentimiento contractual, ya que la concurrencia de los requisitos para la existencia del contrato es cuestión de hecho y su constatación es facultad de los Tribunales

de Instancia. De la misma forma, tal como han señalado respetadas Sentencias del Tribunal Supremo, hay que entender que las irregularidades en el precio de la compraventa son insuficientes para determinar «a fortiori» una causa ilícita del contrato. De modo que en justicia puede mantenerse que si la doctrina de esta Sala reconoce que la afirmación de la inexistencia del precio en el contrato de compraventa supone la falsedad de la causa y no determina la presunción de que ésta fue otra de liberalidad que la convierte en uno de donación, cuando aparte de aquella declaración se dan elementos positivos que conducen al Juzgador a reconocer el «animus donandi» y la realidad de un contrato de donación, dotado de escritura pública de compraventa con aceptación expresa y concluyente de los intervinientes, esto determina la existencia de una causa verdadera y lícita que da lugar a la plena validez del contrato, contrato que reviste el carácter de donación plena e irrevocable, aunque sea bajo apariencia de compraventa.

**Acción de revocación de donación por ingratitud.**— La ingratitud debe referirse a conducta socialmente reprobable pero con base en acciones que puedan ser delictivas aunque no formalmente declaradas tales, quedando excluidas aquellas conductas de enfrentamientos dialécticos entre hermanos por cuestiones particulares sin trascendencia social, aunque repercutan en cierta medida sobre el donante en su caso, favorecedor de sus descendientes; por ello no concurre en el caso ahora examinado lo que se entiende por ingratitud en sentido propio, como «desagradecimiento, olvido o desprecio de los beneficios recibidos» de la recurrente. (STS de 13 de diciembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— El Juzgado número 7 de los de Barcelona desestimó la demanda presentada por D. J.T.C. contra su madre D.<sup>a</sup> D.C.D. de privación de derecho de usufructo y de nulidad de contrato de compraventa. La Audiencia desestimó el recurso. El TS no estimó el recurso de casación. (A.J.C.).

**13. Compraventa. Resolución del contrato.**— En el caso de que las partes de común acuerdo hayan optado por la resolución de un contrato de compraventa no concurren los supuestos fácticos contemplados en los artículos 1.504 y 1.124 del Código civil, pues ambas partes coinciden pacíficamente en que tal contrato se resolvió de mutuo acuerdo ante la imposibilidad de pago acreditada por la suspensión de pagos de la empresa del actor.

**Oferta unilateral: Su duración.**— El problema relativo a la retirada o desistimiento de la oferta adquiere mayor relevancia en casos como el presente de falta de concreción del plazo de venta en el que permanece viva aquélla, pues junto al sector doctrinal que sostiene que el proponente pueda retirar su oferta en cualquier momento antes de la aceptación, otro sector mantiene que es exigible en atención a la seguridad del tráfico, una cierta duración, que cuando no está fijada de manera taxativa, dependerá de factores referentes a las circunstancias subjetivas y objetivas del negocio concreto que, en definitiva, hagan posible su seriedad y viabilidad. En el caso concreto que se examina, el transcurso de seis años desde la formulación de la oferta y la naturaleza del negocio (urbanización de

terrenos) explica y justifica la razonabilidad de la revocación y la extemporaneidad de la aceptación producida una vez que el recurrente supo que el ofertante daba por cancelada su oferta. (STS de 3 de noviembre de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Entre el actor y el demandado se celebró un contrato de compraventa, después resuelto de común acuerdo debido a la precaria situación económica de aquél, en el que el primero compraba una cuarta parte indivisa de 80.000 metros cuadrados para su urbanización. No obstante el demandado le ofreció unilateralmente la posibilidad de que el actor pudiera rescatar su participación mediante el pago de una determinada cantidad. El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia número Uno de los de Santa Cruz de Tenerife desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y el TS destimó el recurso de casación. (A.J.C.).

**14. Compraventa de inmuebles. Art. 1504 del Código Civil.**— La acción ejercitada en la reconvencción, es la resolutoria por incumplimiento del contrato de 7 de octubre de 1986 y la acción de indemnización de daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento resolutorio.

Negada por los Tribunales de instancia la renuente conducta contractual del demandado en reconvencción, que produjera un verdadero incumplimiento en el sentido de frustrar la legítima expectativa del contrato, deviene inaplicable el artículo 1504 del Código civil, lo que así declara la Sentencia de casación, haciendo aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial que admite la posibilidad de que el juzgador aprecie la ausencia de una auténtica voluntad resolutoria y la falta de un oneroso y comprobado propósito de incumplimiento que, en Sentencia de fecha 28 de enero de 1944, se estima suficiente para no dar lugar a la resolución. (STS de 8 de junio de 1993; no ha lugar). (M.L.V.A.).

**15. Arrendamiento de local dedicado a oficina de farmacia: Notificación de traspaso por arrendataria: Ejercicio de tanteo por el arrendador: Documento privado de ejecución de contrato y compromiso: Interpretación de la «entrega de las llaves del local de farmacia y su actividad»: Intención de los contratantes: Actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato.**— El buen hacer jurídico de los juzgadores de instancia les impulsó a indagar la intención con base en cuanto constase en autos, y en tal sentido relacionan la palabra «actividad» que sólo figura en el llamado documento de «ejecución de contrato y compromiso» con los documentos de oferta y aceptación, en los que no figura tal palabra, llegando a la conclusión de que lo adquirido por el arrendatario no es el negocio o empresa de farmacia, como también se deduce de los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato; en efecto, 14 días antes de suscribirse la «ejecución» del tanteo ejercitado, la arrendataria comunica al Colegio su propósito de proceder al traslado; nada se había hablado de actividad negocial ni de la titularidad de la Farmacia, que requería, en el acontecer normal de las cosas, un clausulado específico, incluso con asesoramiento de Letrado; al rescatar el propietario la posesión, no tenía que continuar ejerciendo la industria o comercio según el art. 38 LAU 1964; el propietario anuncia que alquila el local, convierte la

ventana en puerta cochera, no recurre la resolución administrativa que le negaba autorización para abrir la farmacia, con lo que causaba estado la imposibilidad de conservar la oficina para su hija que estaba cursando estos estudios; por su parte la arrendataria, hecho el traspaso, retira el letrero que anunciaba la farmacia, solicita el traslado a otro local y obtiene en el mismo autorización de apertura, y a continuación transmite la propiedad de la farmacia sita en el nuevo.

**Arrendataria que traslada la oficina a local de su propiedad y la enajena a tercero: Inexistencia de enriquecimiento injusto.**— Si la titularidad de la oficina de farmacia se hubiere transmitido dos veces, se posibilitaría la aplicación de la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento injusto, pero sentado y no desvirtuado que a los actores sólo se les transmitió, en fase de ejercicio consensuado del tanteo, el local, instalaciones y anaquelarías, conservando la arrendataria la titularidad de la farmacia que trasladó a otro local, transmitiendo después la titularidad de ésta a la farmacéutica codemandada, es llano que existen dos relaciones jurídicas plenamente diferenciadas, con objetos jurídicos diversos, y que la arrendataria recibió contraprestaciones distintas por prestaciones diferentes, lo que impide estimar la concurrencia de enriquecimiento injusto.

**Participación en el traspaso: Interpretación de su deducción del precio por el arrendador tanteante.**— Es cierto que el art. 41.3 *in fine* LAU 1964, dispone que si el arrendador ejercita el derecho de tanteo sobre el local únicamente no podrá hacer deducción alguna, pero ello no significa que por el hecho de haberse pactado tal deducción se le atribuya, además del local y anaquelarías, el negocio de farmacia ni la titularidad del mismo, pues tal cosa no se pactó, según la interpretación que se acepta.

**Régimen administrativo de las oficinas de farmacia.**— Si se hubiera querido continuar con el negocio mediante la interposición de un regente, se hubieren adquirido también las existencias, y no sólo las aludidas instalaciones y anaquelarías, lo que acredita una vez más el acierto de la Sala de Instancia, resultando innecesario referirse a la oficina de farmacia, pues aunque no fuese tal el negocio, éste no se habría transmitido; en todo caso es de plena aplicación el art. 5.º 3 del Decreto de 14 de abril de 1978, en cuanto dispone que la cesión, traspaso o venta del local donde estuviere instalada una oficina de farmacia para otros fines distintos, no está sujeta a lo establecido en este Real Decreto.

**Principio constitucional de igualdad.**— Se sostiene que hay discriminación en cuanto al arrendador en sus derechos reconocidos en el art. 41 LAU de 1964, por su condición subjetiva y personal de no ser farmacéutico, aunque sea médico; pero ello hace supuesto de la cuestión dado que el arrendador no ejercitó la facultad que le concede el art. citado de adquirir el negocio mismo; por otra parte debe recordarse la doctrina constitucional de que no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una determinada materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del art. 14 CE, sino únicamente aquéllas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que pueden considerarse iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable. (STS de 30 de septiembre de 1993; no ha lugar).



NOTA.— Sentencia notable (Pte. Sr. Fernández-Cid de Temes) porque, no obstante la complejidad de los hechos, contiene una clara y precisa determinación del *factum* en el primer FD; de gran actualidad porque incide en la problemática que plantean los locales dedicados a oficinas de farmacia; de interés dogmático por constituir un supuesto de ejercicio voluntario del derecho de tanteo, lo que si bien suele aconsejarse teóricamente suele darse poco frecuentemente en la práctica, con el valor añadido de la singularidad de este derecho real de adquisición que recae *in re propria*; y que si bien ya no se planteará en el futuro para los nuevos contratos celebrados a partir del 1 de enero de 1995 (salvo configuración negocial), no dejará de suscitarse con alguna frecuencia como problema de derecho transitorio.

La sentencia no plantea la anterior discusión doctrinal acerca de si el derecho de tanteo puede ejercitarse cuando con el local arrendado se cede la industria o negocio, sino que da por supuesta una respuesta afirmativa (en tal sentido y con carácter general FUENTES LOJO, *Suma*, I [Barcelona 1983] p. 526 y ss.). El problema es una *quaestio voluntatis*, y consiste en determinar si la voluntad de las partes fue la de que la preferencia ejercitada por el arrendador recayera también sobre la industria o negocio. Me parece acertado el análisis que se realiza de los documentos aportados así como de la conducta de ambos contratantes. De modo inequívoco la arrendataria traslada las existencias a otro local de su propiedad y solicita al Colegio intalar la farmacia que anteriormente tenía en el local cuya posesión había restituido el arrendador; unos meses más tarde solicita y obtiene del Colegio autorización para traspasar la farmacia que regenta a la misma persona a la que inicialmente se proponía traspasar el local arrendado. El arrendador que recuperó el local inicialmente da pruebas inequívocas de no continuar con la oficina de farmacia (sólo era médico y no farmacéutico) sino que lo pone en alquiler, si bien cuatro años más tarde solicita infructuosamente del Colegio que se le autorice la oficina de farmacia para una hija suya que ha terminado la carrera. El resultado interpretativo a que llega la sentencia me parece muy acertado, aunque debe advertirse que, de haber sido otro, el negocio hubiera sido de imposible cumplimiento por razones administrativas. La conclusión parece clara: los derechos reales de adquisición preferente que la legislación arrendaticia derogada atribuía al arrendador son ejercitables en el caso de lo cedido por el arrendatario, sea la misma industria o negocio, pero deberán cumplirse las disposiciones administrativas sobre transmisión *inter vivos* de la oficina de farmacia (G.G.C.).

**16. Arrendamiento de local para exposición: Resolución instada por arrendador por inexecución de obras pactadas: Art. 1556 C.C.: Contrato sujeto al Decreto-Ley Boyer.**— Se trata de un local comercial, compuesto de varias dependencias, arrendado para la exposición y venta de muebles, bajo la condición de que la arrendadora realizase determinadas obras, según proyecto aprobado por el Ayuntamiento; procede la aplicación del art. 1556 C.c., que no es más que una especialización del principio más general que contiene el art. 1124 C.c. según enseña la jurisprudencia, no siendo necesario el incumplimiento pleno, sino que basta el incumplimiento relativo o parcial siempre que impida la realización del fin del contrato, esto es, la com-

pleta y satisfactoria utilización del local arrendado según los términos convenidos, debiendo advertirse que se ha superado jurisprudencialmente la exigencia de una voluntad rebelde y deliberada al cumplimiento, siendo suficiente la frustración del fin del contrato para la otra parte y que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte. (STS de 18 de octubre de 1993; ha lugar).

NOTA.— La doctrina de esta sentencia anticipa el contenido del art. 27.1 de la nueva LAU de 1994, y resulta plenamente de aprobar (G.G.C.).

**17. Arrendamiento de local de negocio anterior al Decreto-Ley Boyer: Resolución por obras no autorizadas: Autorización por comunero.**— Si bien es doctrina de esta Sala la de que la autorización para que el arrendatario pueda realizar obras que alteren la estructura o configuración del inmueble arrendado, constituye un acto, no de mera administración, sino de disposición, por lo que cuando los arrendadores son los copropietarios del inmueble, la referida autorización requiere el consentimiento unánime de todos los condueños, también tiene declarado esta misma Sala, sin que ello entrañe contradicción alguna con la doctrina expuesta, que cuando el condueño-coarrendador que, en nombre de la comunidad, se relaciona normalmente con el arrendatario, manifiesta a éste que se le concede autorización para la realización de unas obras, dicha manifestación libera de responsabilidad al arrendatario por la ejecución de las mismas, toda vez que el referido arrendatario no tiene intervención alguna en el régimen interno de la comunidad, ni posibilidad, por tanto, de conocer la forma de adopción de sus acuerdos, por lo que basta con la manifestación del condueño con quien se relaciona normalmente en nombre de la comunidad, sin perjuicio de la responsabilidad de aquél ante ésta; el criterio contrario iría, no sólo contra la seguridad y garantía de las indicadas relaciones, sino contra el principio de la buena fe, recogido con particular relieve en el art. 9.º LAU de 1964, dándose la circunstancia de que el condueño-arrendador era también accionista de la sociedad arrendataria. (STS de 19 de octubre de 1993; ha lugar).

NOTA.— Sentencia notable (Pte. Sr. Morales Moreno), no sólo por pertenecer al reducido porcentaje de las estimatorias, sino por efectuar una pormenorizada valoración de los hechos a través de la prueba practicada (especialmente, confesión y testifical) lo que conduce a poner reiteradamente de manifiesto los errores en que incide la sentencia apelada, con cierta dureza («censurable omisión» en cuanto a la fijación de los hechos probados). Me parece acertado que el TS llame la atención a los Tribunales de Instancia sobre la insuficiente determinación del supuesto fáctico, de la que depende una buena aplicación del derecho.

El supuesto ofrece cierta singularidad: En 1984 los dos propietarios proindiviso de un local arriendan a una S.A., con una cláusula de expresa autorización de obras de adaptación. De la sociedad arrendataria son accionistas (no se dice si mayoritarios) uno de los arrendadores y su esposa. Se invoca como causa de resolución las obras

realizadas en 1985, con carácter distinto de las de adaptación; pero se declara probado que uno de los arrendadores había autorizado las obras, al parecer verbalmente, manifestando que el otro condueño prestaba también su consentimiento. No influye en el pleito el hecho de que dicho arrendador autorizante se separara de su esposa y dividida con ella, tanto la propiedad del local como el paquete de acciones que ostentaba de la sociedad arrendataria. No deja de ser curioso que el desahucio se interponga por la esposa separada (accionista de la arrendataria) y por el otro condueño, que resulta ser su hermano.

Bajo la LAU de 1964, la sentencia es acertada; solicitar el desahucio de una sociedad en la que se participa requiere una transparencia que en el pleito no se advierte. La invocación de la buena fe resulta pertinente.

¿Resulta aplicable la doctrina de esta sentencia a la Ley de 1994? Parece entenderlo, al citarla expresamente, CLEMENTE MEORO en su comentario al art. 27, en *VVAA, Comentarios a la nueva LAU* (Valencia 1994) p. 263. Por mi parte entiendo que debe matizarse: en lo relativo a la validez de la autorización dada por el comunero que trata normalmente con el arrendatario, y que manifiesta contar con la autorización del otro comunero, entiendo que debe considerarse doctrina subsistente; sin embargo no debe olvidarse que la nueva LAU en materia de obras ha reforzado los derechos dominicales exigiendo que el consentimiento conste por escrito (art. 23.1), circunstancia que no parece concurrir en el supuesto de esta sentencia. (En general, sobre esta causa de resolución en la nueva ley *vide* GARCIA CANTERO, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por X. O'Callaghan [Madrid 1995] p. 401 y ss.). (G.G.C.).

**18. Contrato de obra: Fijación judicial del precio.**— Si el convenio existe, aunque de forma verbal, perfeccionándose los contratos por el mero consentimiento, habiéndose obligado la actora —contratista— respecto de otra persona —la demandada comitente— a la obtención de un resultado previsto por los contratantes, con aportación por aquél de los materiales, pero corriendo el contratista con el riesgo del pericimimiento de lo construido, mientras la entrega no se efectúe, es llano que nos encontramos ante un contrato de obra en el que sólo falta por concretar el precio, respecto del cual existe absoluta discrepancia entre los contratantes, sin que ninguno consiga probar sus observaciones, siendo la obra una realidad física, tangible, no pretendido siquiera un ánimo de liberalidad, es indudable que corresponde a los Tribunales determinar la contraprestación, que es el problema discutido, mediante una interpretación acorde con las reglas de la sana crítica, pues el problema planteado no puede tacharse de infrecuente, y por ello el T.S. ha completado o aclarado el art. 1544 C.c., en el sentido de que el requisito del precio cierto existe aunque no se fije de antemano —a lo que equivale, que no se pueda probar esa fijación antecedente—, por cuanto puede inferirse por tasación pericial conforme al coste de los materiales y mano de obra (Sentencias de 16 de enero, 21 de octubre y 25 de noviembre de 1985), o cuando lo fija el juzgador según el resultado de la prueba practicada (Sentencia de 16 de junio de 1984), sentando incluso la Sentencia de 3 de octubre de 1986 que el hecho de que originariamente se hable de precio alzado no impide la posibilidad de modificaciones posteriores que alteren o aumenten la obra, debiendo efectuarse el pago según la ejecutada.

**Integración del contrato.**— De una parte, es cierto que la parte actora no pudo acreditar la realidad de los presupuestos que presentó, por no estar firmados, y, por otra, la demandada, no se limita a negar, sino que afirma que se pactó determinado precio lo que no logra probar, ante lo cual y dada la realidad de las obras, se interpretó e integró el contrato conforme la doctrina jurisprudencial consignada. (STS de 4 de septiembre de 1993; no ha lugar).

NOTA.— Sentencia importante (Pte. Sr. Fernández-Cid de Ternes) por aplicar la doctrina de la integración del contrato, cuyos límites no resultan fijados claramente en la doctrina (cfr. últimamente GARCIA AMIGO, *Integración del negocio jurídico*, RDN 1980, p. 177 y ss.; LASARTE, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, RDP, 1980, p. 50 y ss.; VATTIER, *La interpretación integradora del contrato en el C.c. ADC*, 1987, p. 495 y ss.). La Sentencia parece equiparar el hecho de la no fijación previa del precio con la falta de prueba de esa fijación antecedente; pero una cosa es la interpretación de un contrato que consta de todos los elementos esenciales y otra la determinación *ope iudicis* de uno de los mismos. Podría traerse a colación el principio de conservación del contrato apoyado en razones de equidad (G.G.C.).

**19. Existencia de vicios constructivos. Responsabilidad decenal de Arquitectos; la solidaridad sólo se produce ante la imposibilidad de individualizar responsabilidades.**— La sentencia recurrida no contempla una acción plural en los vicios constructivos; muy al contrario, estima que se puede deslindar la causa que los produjo y, consiguientemente, a la vez que congruentemente, deslinda responsabilidades sin atribuir las a los Arquitectos por deberse tales vicios a «defectos en la ejecución de la obra», lo que no atañe al proyecto ni a la alta dirección o dirección mediata, debido precisamente, a que existe otra inmediata, la de los Aparejadores, y la de los constructores, que está expresamente contemplada en el art. 1591 que se dice inaplicado, volviendo a repetirse que la Audiencia nada podía resolver sobre ello al no apelarse la absolución de los mismos. Por último, la solidaridad sólo se produce cuando hay imposibilidad de individualizar responsabilidades.

**Incongruencia.**— Si la congruencia ha de medirse por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la sentencia y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, no concediéndolas más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni otorgando cosa distinta de lo solicitado por una y otra parte, llano es que cuando se desestima parte de la pretensión actora, a la que se opuso la demandada y se explica, razonándolo, el por qué de dicha desestimación, podrá atacarse ésta por cualquier otra circunstancia, pero nunca por una inexistente incongruencia.

**Prueba pericial. El art. 1.591 no es norma valorativa de prueba.**— La prueba pericial es prueba documentada, mas no documental, y tampoco contiene normas tasadas de crítica, sin venir obligados los Jueces y Tribunales a asumir el dictamen, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido; el art. 1591 no es norma valorativa de prue-

ba y sólo puede resultar infringido si de los propios hechos declarados probados resulta inadecuada la conclusión jurídica obtenida; se pretende, en definitiva, convertir la casación en una tercera instancia, mediante una nueva valoración de la prueba practicada, lo que no está autorizado en este extraordinario recurso. (STS de 6 de septiembre de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La Comunidad de Propietarios de un inmueble ejerció acción de responsabilidad decenal, por vicios ruinógenos, contra promotora, constructora, Aparejadores y Arquitectos. El Juzgado, estimando en parte la demanda, condenó exclusivamente a los Arquitectos a realizar las obras necesarias para corregir las grietas, humedades y otros defectos concretados en el informe pericial, así como a pagar el importe de las obras ya efectuadas, más el importe del informe pericial acompañado con la demanda. Apelaron exclusivamente los Arquitectos condenados y la Audiencia, acogiendo parcialmente el recurso, condenó a dos Arquitectos más a efectuar solidariamente las obras que fueren necesarias para corregir las grietas y humedades concretadas en el ya citado informe pericial, y a abonar las obras ya realizadas, pero los absolvió respecto a otros defectos denunciados. Contra la sentencia del órgano de instancia colegiado, recurre en casación la Comunidad de Propietarios siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (P.-J.F.L.).

**20. Contrato de obra. Se excluye la legitimación pasiva de los subcontratistas cuando son demandados conjuntamente con el constructor, arquitecto y aparejador.**— Según la sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 1988, confirmatoria de doctrina anterior, se excluye la legitimación pasiva de los subcontratistas cuando son demandados conjuntamente con el constructor, arquitecto y aparejador, como sucede en el presente caso. No se ejercita en la demanda acción por responsabilidad extracontractual dimanante del art. 1902 del C.C. que pudiera eventualmente legitimar pasivamente a la subcontratista si se le hubiere imputado responsabilidad de aquella naturaleza. En definitiva, al no hallarse la subcontratista vinculada contractualmente con la demandante, y ejercitada exclusivamente una acción «ex contractu», no está aquélla legitimada pasivamente, lo cual no implica desconocer la responsabilidad en que haya podido incurrir que, si procediera, correspondería ser exigida. (STS de 29 de diciembre de 1993; ha lugar en parte).

**HECHOS.**— Ante el Juzgado de Primera Instancia se interpone demanda de menor cuantía de «A., S.A.» contra «T. y P., S.A.», «T., S.A.», que reconviene y otros, sobre reparación de defectos constructivos. El Juzgado estima parcialmente la demanda y desestima la convención en ambas instancias. La Audiencia confirma esta decisión. No prospera el recurso de casación de «T. y P., S.A.», y sí, parcialmente, el de «T. S.A.». (P.-J.F.L.).

**21. Contrato de obra. Artículo 1.591 del Código Civil. Legitimación pasiva del promotor. Responsabilidad solidaria.**— Se ignora la reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de que el promotor de la obra, como participante en ella y propietario del inmueble, a los efectos del artículo 1591

«asume la condición de contratista, con las obligaciones y responsabilidades que a éste impone dicho precepto, y ello como beneficiario de la construcción y en este caso haber designado los técnicos intervinientes y haber suministrado los materiales para la obra». Doctrina seguida por las sentencias de 1 de marzo y 13 de junio de 1984, 11 de febrero de 1985, 30 de octubre de 1986, 29 de junio de 1987, etc. Fundamento último de tal doctrina se halla en el clásico aforismo «ubi emolumentum, ibi onus», lo que incluye en supuestos como el debatido la solidaridad de vínculos con los restantes obligados, cuya repercusión en el supuesto concreto se refleja en la reducción de la indemnización, con justicia decretada por la sentencia recurrida. (...) y así expresamente se incluye al promotor como responsable solidario en sentencias, como las de 13 y 21 de diciembre de 1981 y 5 de marzo de 1984 y otras; siempre que, como en el caso debatido, la cantidad a determinar en ejecución de sentencia por daños y perjuicios, en la que corresponde reducir un 25% de la que en su día haya de percibir el ahora recurrente, se debió a la actuación conjunta e individual, sin que haya sido individualizada, de cada uno de los obligados.

**La culpa grave no imposibilita la moderación de responsabilidad a que alude el artículo 1103 del Código Civil.**— Es jurisprudencia constante de esta Sala (Sentencias, entre otras de 7 de octubre de 1982, 10 de diciembre de 1986, 30 de junio de 1988 y 18 de octubre de 1989) que la moderación de responsabilidad prevenida en el artículo 1103 es facultad discrecional del juzgador y no es revisable, en principio, en casación, y así lo tiene declarado con reiteración y uniformidad esta Sala, ya que no está sujeta a regla alguna. (...) Si se pone en relación dicho precepto con el anterior, ha de distinguirse la culpa del dolo en cuanto a los efectos del incumplimiento de las obligaciones, para excluir la reducción de responsabilidad en el supuesto de dolo y admitirla en el caso de culpa. Por tanto, como el artículo 1103 no hace distinción alguna, incluye toda clase de culpa, pero no dolo. (STS de 20 de diciembre de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— El propietario y promotor de las obras de un local comercial interpuso demanda de reclamación de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la ejecución de dichas obras contra el contratista, los arquitectos y aparejadores de las mismas.

La sentencia de primer grado condenó solidariamente a los demandados, entre otras cosas, al abono de los perjuicios producidos al actor. Formulado recurso de apelación, la Audiencia revocó la sentencia sólo en el sentido de moderar los daños y perjuicios en un 25%. El recurso de casación fue desestimado en su totalidad. (A.R.M.).

**22. Apreciación y justificación del litisconsorcio pasivo necesario.**— Es lo cierto que tal medio de defensa debe ser objeto de estudio en el actual momento procesal en atención a que su posible existencia debe apreciarse de oficio, aunque no hubiera sido propuesta por las partes, como así tiene declarado en reiterada jurisprudencia la relativa a que la institución del litisconsorcio necesario se encuentra regida por el principio fundamental de quedar obligados los Tribunales a cuidar que el litigio se ventile con la presencia en juicio de quienes puedan resultar afectados por el fallo, con el fin de evitar la posibilidad de fallos contradictorios y el quebrantamiento del principio de que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, dado que la veracidad de la cosa juzgada

exige la concurrencia de cuantos debieron ser demandados y que la válida constitución de la relación jurídico-procesal, requiere la integración en el juicio de todos los elementos subjetivos vinculados frente al actor.

**Inexistencia de error en la apreciación de la prueba basada en documentos.**— Conforme a doctrina consolidada de la Sala, que por ser de general conocimiento excusa de la cita de las sentencias que la recogen, en los supuestos de error a los que se refiere el ordinal 4.<sup>o</sup>: los documentos han de ser contundentes e indubitados *per se*, de manera que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida, circunstancia que no acontece en los documentos de que se trata.

**Valoración de la indemnización en los casos de desistimiento unilateral del dueño de la obra.**— Del dato de que en los documentos no se contemple o se fije como beneficio industrial el porcentaje del 15%, no significa la imposibilidad de su exigencia para el supuesto previsto en el artículo 1594 del Código Civil, al deber entenderse, a tenor de reiterada doctrina mantenida por la Sala, que procede su cálculo con arreglo a los márgenes o elementos que figuran en el contrato pero si nada se ha dicho sobre su porcentaje, éste será de un 15% del total del precio convenido.

**Libertad de forma en la manifestación de la voluntad en el desistimiento unilateral del dueño de la obra.**— Al no establecerse nada en dicho precepto sobre la forma de expresión del desistimiento, bastará con una manifestación de voluntad del interesado, realizada en cualquiera de las maneras admitidas en derecho, entre ellas, por tanto, las de índole tácita, en cuya categoría, cabría incluir la derivada de aquellas situaciones que demuestran, por su equivalencia, una evidente intención o voluntad de impago de la obra.

**Posible coincidencia en los resultados prácticos entre solicitar indemnización en casos de desistimiento unilateral del dueño de la obra y solicitar indemnización por daños y perjuicios en los casos de resolución por incumplimiento en las obligaciones recíprocas.**— En lo concerniente al derecho a percibir la indemnización representativa del artículo 1594, es doctrina de la Sala, reflejada en sentencias de 24 de enero de 1970, 7 de octubre de 1982 y 8 de julio de 1983, que el mencionado derecho no depende de que concurran o no los requisitos exigidos por el artículo 1124 para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas, por tratarse de dos preceptos autónomos e independientes entre sí, que contemplan figuras jurídicas diferentes y se someten a distintos tratamientos. Ahora bien, si la calificación de la Sala de instancia acerca de la conducta del dueño de la obra, contenida en el fundamento de derecho tercero de su sentencia, fuere, en lugar de una manifestación de desistimiento, la de un incumplimiento, se llegaría a la misma conclusión, dado que los daños y perjuicios probados serían sólo el beneficio industrial, con lo que se desembocaría en igual resultado, toda vez que los hechos obligarían al Tribunal a dar respuesta por el cauce del artículo 1124, máxime, cuando el resarcimiento de dicho precepto comprende tanto el «damnum emergens», como el «lucrus cesam», concepto este segundo que engloba la

utilidad de que habla el artículo 1594, y sin que su existencia y exigencia, en razón a su específica índole y su fijación con arreglo al generalizado criterio estimativo del 15% del precio convenido, dependa de ninguna actividad probatoria practicada sobre la realidad de los daños y perjuicios sufridos por el contratista (STS de 13 de mayo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Presentada demanda por la empresa contratista para la resolución del contrato de ejecución de obra y la correspondiente reclamación por daños y perjuicios por incumplir el dueño de la obra con las obligaciones asumidas, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente las peticiones y declaró resuelto el contrato aunque absolvió al demandado de las demás peticiones. Recurrida la sentencia ante la Audiencia, fue revocada parcialmente, pues aunque declaró extinguido el contrato de ejecución de obra, estimó probado un desistimiento unilateral por parte del dueño de la obra teniendo por ello que indemnizar al contratista de los gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella. (E.S.M.).

**23. Irrevocabilidad del mandato de carácter instrumental.**— «Según tiene declarado reiterada jurisprudencia de esta Sala —sentencias entre las más recientes dos de 31 de octubre de 1987— la irrevocabilidad del mandato deviene no sólo cuando exista pacto expreso que así lo establezca, sino también cuando el mandato no es simple expresión de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas ... cuya ejecución o cumplimiento aconsejan la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente, por la voluntad de uno solo de los interesados».

**Error de hecho en la apreciación de la prueba.**— «De acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial, el motivo de casación establecido por el número 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene por objeto poner de manifiesto el error padecido por el Juzgador de Instancia en su apreciación de la prueba practicada para la fijación de los hechos litigiosos; por ello se exige la expresión exacta de cuáles o en qué consiste el error imputado al Juzgador de instancia y la cita del concreto documento o documentos obrantes en autos que evidencian ese pretendido error, con la indicación de la parte del contenido del documento que contradice lo afirmado en la sentencia impugnada, sin que sea permitido realizar a través de este motivo una nueva valoración de la prueba practicada, tratando de sustituir el criterio del Juzgador, objetivo e imparcial, por el propio y subjetivo de la parte recurrente».

**Publicidad engañosa.**— «Fundada la petición de nulidad de los contratos en el carácter engañoso de la publicidad emitida por Miraparque S.A. para la captación de miembros de la futura comunidad de propietarios, ha de tenerse en cuenta que los contratos celebrados entre Miraparque S.A. y los recurrentes lo fueron de mandato y de arrendamiento de servicios, no de compraventa de viviendas ... por lo que es claro que tal propaganda no puede considerarse como una oferta de contrato vinculante para el oferente y por la



que éste viniese obligado a proporcionar a los aceptantes una vivienda de las características publicitadas a cambio de un precio también anunciado; tal propaganda era una simple invitación o incitación a formar parte de una comunidad dirigida a la construcción de un grupo de viviendas mediante la aportación pecuniaria de los comuneros ... No resulta aplicable al caso la doctrina contenida en las importantes sentencias de 14 de junio de 1976 y 27 de enero de 1977 en las que se dio indudable trascendencia a la publicidad realizada sobre los objetos vendidos como elemento de integración del contrato para fijar su contenido obligacional, pues en ambas sentencias se contempló un contrato de compraventa (no de arrendamiento de servicios como en este caso)».

**Resolución por incumplimiento.**— «Esta Sala en su doctrina interpretativa del precepto del art. 1124 ha venido tradicionalmente exigiendo como requisito necesario para la aplicación del mecanismo resolutorio de las obligaciones sinalagmáticas, una voluntad deliberadamente rebelde por parte del incumplidor consistente, bien en la ejecución por su parte de un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento, o bien la de una verdadera omisión de su prestación que no implique un mero retraso o demora en el pago sino dejar de cumplir su obligación principal indefinidamente (sentencias de 25 de junio, 22 de octubre y 2 de diciembre de 1985)». (STS de 11 de mayo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La entidad Miraparque S.A. es una sociedad de promoción inmobiliaria que gestiona la constitución y administración de comunidades de propietarios para la construcción de edificios. La sociedad había adquirido una opción de compra sobre un solar, gestionó el proyecto y licencia municipal para la construcción de las viviendas y realizó una campaña publicitaria para la captación de personas que en su día constituyesen la comunidad de propietarios. El 25 de enero de 1986 se constituyó dicha «comunidad civil de propietarios» con las personas captadas, las cuales el mismo día confirieron poder a Miraparque S.A. para la compra del solar, gestión de la construcción del edificio, constitución del conjunto en régimen de propiedad horizontal y la captación de nuevos comuneros. La entidad contrata con «Construcciones G.M. S.A.» la ejecución de la obra el 9 de diciembre de 1987. Entre los días 11 de diciembre de 1987 y 22 de enero de 1988 todos los comuneros (los constituyentes de la comunidad el 25 de enero de 1986 y los que después se incorporaron) mediante escritura pública revocaron los poderes conferidos a Miraparque S.A. La entidad demanda a todos los comuneros solicitando se declarase irrevocable y en consecuencia subsistente el apoderamiento otorgado, condenando a los demandados a estar y pasar por lo acordado, y pagar las gestiones ya realizadas. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda interpuesta por Miraparque S.A. declarando sin efecto la revocación, condenando a los demandados a estar y pasar por lo acordado pero rebajando la cantidad adeudada. Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Provincial de Zaragoza admite el recurso interpuesto por la demandante en el sentido de condenar al pago de toda la cantidad solicitada en la demanda. Los demandados interponen recurso de casación. (J.A.F.C.).

**24. Contrato de mediación inmobiliaria: Calificación: Interpretación.**— La calificación jurídica del contrato de mediación o corretaje entre los litigantes, verificada por la Sala de Instancia, es acertada, pero son erróneas las consecuencias que deduce para el caso concreto debatido; según doctrina de esta Sala, últimamente en sentencias de 13 de marzo y 22 de diciembre de 1992, la esencia de la mediación radica en que la función del mediador está dirigida a poner en conexión a los que «pueden ser contratantes», «sin intervención del mediador en el contrato», ni actuar como mandatario; se halla sometido a la condición suspensiva de celebración del contrato, no por sí mismo —como ha entendido con error la Sala—, sino por los interesados; el hecho de recibir el mediador una suma en concepto de arras o señal, y retenerlas negándose a devolverlas, implica una manifiesta invasión por su parte del contenido del contrato, a menos que se le autorice expresamente, como ocurrió en el supuesto litigioso, y no puede aceptarse que la función del mediador o corredor sea la de perfeccionar un contrato cuya celebración se le ha encargado, a menos que haya recibido para ello un mandato expreso, lo que no se ha probado en este caso.

**Honorarios.**— El derecho del mediador a sus honorarios dimana de la perfección del contrato, la cual se entiende producida desde que el vendedor y el comprador, mediante el correspondiente contrato, se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio, salvo pactos acordados al amparo del art. 1255 C.c., entre los que no figura en el caso discutido el poder expreso e indubitado de disponer sobre bienes inmuebles, tal como exige el art. 1713 C.c.

**Autorización al mediador para percibir arras: Su alcance.**— La autorización para la recepción de arras, que en forma expresa se hizo al mediador, no implica un tático apoderamiento para disponer de bienes inmuebles y perfeccionar el contrato de venta de cuya gestión y tramitación fue encargado el recurrido, como, con desacierto, estima la Sala *a quo*, al entender que «podía perfeccionar contratos de compraventa», para lo que no estaba autorizado, y lo que supondría una interpretación equivocada de los documentos básicos, deduciendo de ellos lo que no expresan y dándoles una ilógica hermenéutica; también se interpreta equivocadamente la revocación del encargo «para gestionar y tramitar las ventas» con la revocación de un inexistente «poder para vender», de modo que lo que la Sala de instancia denomina revocación tardía del contrato suscrito por el agente no pudo ser revocación de un acto dispositivo sobre inmuebles, sino de una intermediación o simple encargo.

**Doctrina general sobre las arras: Autorización a un mediador para percibir las arras: Interpretación.**— No es posible dar un concepto unitario de las arras en nuestro Derecho, sino explicar, como señala la doctrina científica, las diversas funciones que pueden cumplir según la misma doctrina y jurisprudencia, puesto que el pacto de arras es accesorio, y puede acompañar al consentimiento sobre la cosa o el precio o ser previo a la fijación de éstos, no llevando en sí como esencial un poder dispositivo ni de perfección del contrato; no son las arras de derecho necesario o facultativo o voluntario, pudiendo efectuar, según los casos, a la fase de formación —como ocurre en el caso objeto del pleito—, de consumación o de prueba de la compraventa; y esta Sala ha declarado que tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales en que se establezcan, debiendo ser respetados los pactos sobre arras no contrarios a

la ley para conferir un carácter supletorio al art. 1454 C.c.; pero sin que en modo alguno el pacto sobre arras autorizado a un intermediario lleve implícito como ineludible e insoslayable, salvo pacto expreso, el poder para vender y perfeccionar el contrato de compraventa, para lo que no se le autorizó, sino sólo para «gestionar y tramitar» el contrato traslativo; por todo ello la Sala de apelación verificó una interpretación no aceptable de los documentos básicos, no atendiendo a la intención clara de los contratantes, ni se atuvo a la interpretación sistemática de lo convenido.

**Extralimitación del mediador.**— De lo antes razonado resulta que el agente mediador se extralimitó en los términos del encargo que se le confirió por la entidad recurrente, porque, sin estar facultado para verificar actos dispositivos, intentó perfeccionar un contrato de compraventa de inmueble, sin limitarse a la mera recepción para recibir cantidades en concepto de arras o señal de futuro contrato, a convenir y perfeccionar por el *dominus negotii*, y ante tal extralimitación resultaría injusto imponer a la entidad mandante recurrente las consecuencias nocivas derivadas de aquella actuación frente a terceros. (STS de 19 de octubre de 1993; ha lugar).

NOTA.— El presente recurso es resultado de la acumulación de tres juicios de menor cuantía, en los que, por un lado, se solicita la devolución de las arras duplicadas por parte de dos compradores que habían tratado con el mediador, y por otro, el mediador reclama sus honorarios a la constructora, con reconvenición de esta última. En ambas instancias se discrepa sobre el abono de honorarios al mediador. El TS confirma la decisión del Juez. La profundización que se hace en la sentencia sobre el contrato de mediación y sobre el concepto de arras (Pte. Sr. Santos Briz) es plenamente de aprobar, si bien la concesión de la facultad de cobrar la señal a favor del mediador ha obligado al TS a un notable esfuerzo argumental ya que, en cierto modo, desnaturaliza la figura. (G.G.C.).

**25. El contrato de transacción. Su causa y objeto. La autoridad de cosa juzgada entre las partes.**— La naturaleza jurídica de los contratos y su calificación no dependen de la que las partes le atribuyan o se consigne, incluso en el documento, sino que será la que intrínsecamente les corresponda a tenor del nexo obligacional constituido en el negocio jurídico. La transacción ha de considerarse como un contrato, consensual, bilateral o recíproco y oneroso, y en cuanto tal contrato oneroso la causa (art. 1274 CC) implica un sentido objetivo o fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad, aunque se admita la posibilidad de que los móviles o motivos puedan tener transcendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad a modo de causa impulsiva o determinante; pero en la transacción la específica intención de los contratantes de sustituir la relación o relaciones dudosas por otra cierta e incontestable, con efecto novatorio, ha llevado incluso en ocasiones a considerarla como un contrato abstracto, y la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que no constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones, ya que en ocasiones el designio de poner término a un litigio mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances ni paridad de condiciones y las prestaciones pueden ser sacrificios de orden moral y no han de tener necesariamente contenido

económico, radicando sus medios en cierto y recíproco sacrificio de parte de las respectivas posiciones y pretensiones de las partes, pudiendo afectar la transacción a una relación jurídica no litigiosa pero susceptible de serlo. Por tanto en la transacción no es necesario que afloren todas las relaciones jurídicas de las que trae causa, sobre todo si, como en el caso, en la misma se renuncia de modo expreso y general, a sucesivas reclamaciones mutuas.

A partir del acto de transigir no es ya lícito exhumar situaciones preexistentes afectantes a situaciones jurídicas cuya colisión e incertidumbre dio lugar a la transacción, y habrán por ello de respetarse escrupulosamente las obligaciones fijadas en el pacto transaccional, que deberá entenderse e interpretarse sin mengua de su naturaleza contractual. (STS de 6 de noviembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Don J.C.S. y «B., S.A.» presentaron demanda de nulidad o anulabilidad de los contratos celebrados con las demandadas «T.E., S.A.» e «I.F., S.A.», en el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 2 de los de Madrid, demanda que fue desestimada. La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado. No prosperó el recurso de casación. (A.J.C.).

**26. Responsabilidad civil extracontractual: aplicación cuando ha existido absolucón.**— La sentencia de juicio de faltas condenatoria fue en apelación revocada y absueltos los denunciados; de manera que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 25 de febrero de 1993 y otras), la acción penal quedó extinguida tanto en su ámbito propio como en la civil adherida a ella (artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y entonces, al no concurrir el supuesto del artículo 116 de esta Ley Procesal Penal los Tribunales de lo civil tienen facultades no sólo para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también para apreciar conjuntamente las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias conclusiones en orden a la realidad fáctica, incluido, claro es, el señalamiento de la cuantía de la indemnización conforme a los principios de congruencia a instancia de parte que rigen el proceso civil.

**Solidaridad en la responsabilidad civil extracontractual.**— Solidaridad impuesta no sólo por la debida protección de los perjudicados sino por el carácter realmente indivisible de la obligación de resarcimiento que ha impedido delimitar la actuación de cada uno en la causación de los daños a indemnizar, viniendo de este modo impuesta aquella solidaridad (STS de 13 de noviembre de 1993; ha lugar).

HECHOS.— La esposa del demandante resultó muerta con motivo de la caída de una grúa instalada para la realización de determinadas obras de derribo de un antiguo convento. El terreno donde se efectuaban las obras era propiedad de «I.P., S.A.», que habría encargado a Jesús A.B. la instalación de una grúa-pluma. La grúa era propiedad de Julián J. que contrató con Manuel A.F. (propietario de una máquina excavadora) la demolición de las obras referidas. El accidente se produjo por los golpes de la excavadora para derribar los tres metros de altura de la primera planta. El Juez de Primera Instancia

consideró culposa la conducta de todos los demandados, mientras que la Sala «a quo» absolvió al instalador de la grúa Sr. A.B., revocando en este extremo el fallo apelado. El TS estima el recurso de casación del demandante (considerando, por tanto, que la conducta del instalador Sr. A.B., era negligente), y desestima los tres recursos de casación de los demandados. (J.B.D.).

**27. Acción civil «ex delicto». La acción civil se agota por su ejercicio ante el Tribunal penal. Efecto de cosa juzgada.**— El Ministerio Fiscal ejercitó en el proceso penal la acción civil, conforme a lo dispuesto en el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo cual impide que pueda serlo nuevamente, dado el efecto consuntivo de las acciones civiles «ex delicto» por su ejercicio junto con la penal, reconocido jurisprudencialmente —así sentencias de 20 de octubre de 1981, 15 de diciembre de 1985 y 2 de noviembre de 1987—. (...) La acción civil se agotó por su ejercicio ante el Tribunal penal, que debió consecuentemente pronunciarse sobre la misma al haberse entablado junto con la penal, todo ello de conformidad a lo dispuesto en el art. 20 del Código Penal, por lo que el efecto producido por este agotamiento de la acción es el mismo de la excepción de cosa juzgada que fue apreciada por la Sala de instancia.

**No corresponde a los Tribunales civiles revisar las decisiones de los Tribunales de orden penal.**— La omisión en la sentencia penal del preceptivo pronunciamiento sobre la responsabilidad civil que, en realidad, equivale a la desestimación de lo solicitado por el Ministerio Fiscal al respecto, no es suficiente para entender que puede reproducirse el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales de este orden, sino que, si la denegación era impropcedente, pudo interponerse el oportuno recurso contra la sentencia penal. (...) El recurrente argumenta que se produjeron omisiones por parte del Tribunal —en la sentencia— y del propio Ministerio Fiscal —al no recurrir la sentencia—, lo cual podría ser así, pero, aún en este caso, no correspondería a los Tribunales civiles pronunciarse, admitiendo el nuevo ejercicio de la acción indemnizatoria, sobre las eventuales consecuencias de lo acontecido, ya que, de lo contrario, se convertiría a éstos en revisores del proceso penal, de la actuación de los Tribunales de este orden y del Ministerio Fiscal, lo que no les es propio. (STS de 20 de septiembre de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Iniciado un proceso penal por presunto delito de parricidio, el Ministerio Fiscal ejercitó en él junto con la acción penal la acción civil solicitando una indemnización por daños y perjuicios en favor de los hijos de la víctima. La sentencia penal eximió de responsabilidad criminal al demandado, pero no se pronunció expresamente sobre las responsabilidades civiles. Ante este hecho, uno de los hijos interpuso demanda civil reclamando el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la muerte violenta de su madre. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. En el recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia anterior dictando en su lugar otra en la que estimaba la excepción de cosa juzgada. Formalizado recurso de casación, éste no prospera. (A.R.M.).

**28. Responsabilidad empresarial en caso de accidente de trabajo: aplicación del art. 1.902 C.c. Concurrencia de culpa por parte del trabajador fallecido.**— Al ser don Jesús-Gil A.F. un trabajador a las órdenes del empresario don Teodoro M.C., era éste el que se hallaba obligado a dotar a dicho trabajador de los medios de protección y seguridad necesarios y a tener un trabajador de categoría profesional superior que diera al Sr. A.F., que era un simple ayudante, las instrucciones oportunas acerca de la forma en que había de realizar el trabajo, por lo que, al no haber observado dicho empresario las expresadas e imprescindibles precauciones, su conducta también ha de ser calificada de culposa o negligente, como acertadamente hace la sentencia recurrida, aunque con la ya dicha concurrencia de culpa por parte del trabajador accidentado, que igualmente aprecia y cuantifica.

**Improcedencia de la excepción dilatoria de «falta de personalidad en el demandado, por no tener el carácter o representación con que se le demanda» (art. 533.4.º LEC).**— Al ser don Teodoro M.C., un empresario individual (no social) dedicado a la construcción, si la demanda se dirige contra la «Empresa Teodoro M.C.», es evidente que a quien se está llamando al proceso, como demandado, es al titular individual y único de la referida empresa, aparte de que ya en la comparecencia regulada en los artículos 691 a 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una de cuyas finalidades es la de subsanar o corregir «la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes», ya la parte actora manifestó «que se ha demandado a dicho señor (don Teodoro M.C.) individualmente y la calificación de empresa se debe a que dicho Sr. actuaba como tal en los hechos enjuiciados al tener trabajadores a su cargo, sin que en ningún momento se le haya dado el carácter de sociedad» por lo que resulta patente y notorio que la actora dirigió su demanda contra don Teodoro M.C., en cuanto titular único de la empresa individual (no social) que lleva su nombre (STS de 10 de julio de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Con motivo del accidente de trabajo de su esposo, la demandante, en su propio nombre y en representación de sus dos hijos menores de edad, interpuso demanda, en reclamación de cantidad, contra la empresa «Teodoro M.C.» y contra la entidad mercantil «P. y T., S.A.». La demanda fue parcialmente estimada por la Audiencia Provincial, que condenó a «Teodoro M.C.» al pago de cuatro millones de pesetas y, en cambio, decidió absolver a la mercantil «P. y T., S.A.». Esta última empresa estaba dedicada a actividades relacionadas con la fundición y había contratado con el empresario del trabajador accidentado diversos trabajos de albañilería para el mantenimiento de sus instalaciones. (J.B.D.).

**29. Responsabilidad civil extracontractual. Compatibilidad entre las indemnizaciones satisfechas por accidente de trabajo y las dimanantes de acto culposo.**— Es doctrina reiterada de esta Sala la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los arts. 1902 y 1903 del Código civil, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente que puedan derivarse del hecho

cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil —sentencias de 5 de enero, 4 y 6 de octubre y 8 de noviembre de 1982, 9 de marzo, 6 de marzo, 5 de julio y 28 de octubre de 1983, 7 de mayo y 8 de octubre de 1984, y 2 de enero de 1991—, siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1809 y 1093 del Código Civil) que es la culpa o negligencia no penadas por la ley; así lo declara el art. 97 apartado 3, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

**Cuantía de la indemnización.**— Reiterada doctrina de esta Sala ha afirmado que la determinación de la cuantía de la indemnización es «función atribuida a la Sala de instancia y no revisable en casación, salvo que, lo que no sucede en el presente caso, se hayan modificado las bases fácticas contempladas en la cuantificación» —sentencia de 15 de junio de 1992—, en tanto que la de 20 de abril de 1993 dice que «éste es un elemento de conocimiento, convicción y decisión dejado a la libre apreciación del Tribunal de instancia, no revisable en pura técnica casacional, salvo que en el modelo determinativo de su cuantía se incurra en flagrantes contradicciones o resultados aritméticos que pugnan con los datos de constatación del evento dañoso que se trata de restaurar».

**Contrato de obra: responsabilidad del dueño de la obra.**— No puede atribuirse al dueño de la obra intervención alguna en los hechos enjuiciados y menos aún una conducta negligente productora del daño sufrido por el actor, como dice la sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1984, con cita de la de 4 de enero de 1982, en relación con el propietario de la obra, «cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellos, falta toda razón esencial para aplicar el art. 1903, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o sumisión»; reserva que en el presente caso no se da. (STS de 27 de noviembre de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— El demandante solicitaba la cantidad de trece millones de pesetas como indemnización de los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las lesiones que tuvo al precipitarse desde una altura de unos doce metros por ruptura de uno de los cables de sujeción de un andamio en el que, en unión de otra persona que resultó muerta, se encontraba realizando las tareas de revoque de una pared de la casa en cuya construcción trabajaba. (J.B.D.).

**30. Responsabilidad civil extracontractual. Aplicación del art. 1.903.4.º C.c. a las relaciones comitente-contratista.**— La teoría más en boga relativa a la responsabilidad por riesgo, y que se deduce racionalmente de la obligación de pechar con las consecuencias dañosas que se derivan de la tenencia,

disfrute y explotación de una cosa, tiene una marcada limitación basada en la doctrina subjetivista, de suerte que cuando se haya acreditado en forma irrefutable, como declaran las sentencias de instancia —la de segundo grado asume las manifestaciones del Juzgado—, que el dueño de la obra encargó a personal especializado y cualificado profesionalmente por títulos académicos que avalan sus conocimientos técnico-científicos y su «lex artis», quiérese decir que cumple con el presupuesto legal exculpativo prevenido en dicho art. 1903 en su último párrafo, como lo demuestra el mantener la legislación vigente ese sentido culpabilista, que sólo en algunos supuestos desaparecen por imperio de leyes específicas y especiales en razón de la prevención de riesgos catastróficos o de gran magnitud y confirma esta doctrina el contenido de los arts. 1906, 1907, 1908.1.º y 4.º y 1909 del Código civil. Ya la Sentencia 23-10-1930, decía que aunque pudiera entenderse que lo consignado en el último párrafo del art. 1903 del Código civil es una excepción de la regla general en materia de prueba, contenida en el art. 1214, no procede casar la sentencia que da por probado que la entidad demandada no dejó de emplear la debida diligencia. Y en esta misma línea doctrinal se manifiestan las Sentencias 11-4-1935 y 25-2-1936 y así una pléyade de ellas que se invocan en la de 7-10-1983, que después de atribuir los efectos dañosos, en un caso similar al que aquí nos ocupa, a determinadas personas, como son el arquitecto-director y el contratista-constructor de la obra por su comportamiento negligente, dice que, en manera alguna puede proyectarse a un tercero, en este caso el dueño promotor, pues en el ámbito jurídico sólo puede generarse responsabilidad culposa a cargo exclusivamente de quien hubiese actuado con negligencia enmarcable en el alcance y protección de los arts. 1902 y 1903 del Código civil; y finalmente, porque no se aprecia comportamiento culposo o negligente, sino por el contrario, correcto y diligente, en el dueño y promotor de la obra en cuestión, pues como viene dicho, nada más correcto y diligente existe en su conducta que encomendar una determinada actividad a aquellos a quienes legal y técnicamente corresponde, careciendo, en consecuencia de toda aplicación a quien así ha actuado la sanción de culpabilidad establecida por el art. 1104 del Código civil y el no entenderlo así, originaría clara violación del precepto legal... acreditada tal actuación de personas especializadas y tituladas académicamente unas y otras que las capacitan para la realización de tales obras de las que el dueño como desconocedor de las mismas cumple con comisionar a aquéllas, quiérese decir en primer lugar que acredita su suficiente diligencia en la designación, pues no le sería posible exigirle un conocimiento profundo de esa formación profesional que está avalada formal, pública y académicamente y con ello, aunque como dueño de la obra pudiera estimarse como principal obligado, y por ende legitimado pasivamente, tal legitimación queda exonerada por el bloqueo legal de tipo culpabilístico del art. 1903 —último párrafo del Código civil—. (STS de 19 de julio de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— El actor reclamaba tres millones de pesetas en concepto de indemnización de daños por las inundaciones sufridas en su finca como consecuencia de las excavaciones realizadas en el solar colindante propiedad del demandado.

**NOTA.**— La sentencia que anotamos es buena muestra de alguno de los problemas que plantea actualmente el art. 1.903.4.º C.c., en el que se declara la responsabilidad civil extracontractual del empre-



sario por los actos ilícitos del dependiente y que, como se sabe, constituye el supuesto de responsabilidad por hecho ajeno que más jurisprudencia ha producido.

La sentencia exonera al dueño de la obra en base a la cláusula exoneratoria contenida en el último párrafo del art. 1.903: el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. No es frecuente encontrar en nuestra jurisprudencia fallos absolutorios del empresario basados en la prueba de la no-culpa. A pesar de que la jurisprudencia ha hecho extraordinariamente difícil la prueba de la diligencia, esta sentencia viene a poner de manifiesto que el fundamento de la responsabilidad del empresario es subjetivo, y que los esfuerzos de un sector de nuestra doctrina al afirmar su carácter objetivo sólo pueden comprenderse desde el plano de *lege ferenda*.

El último párrafo del art. 1.903 C.c. puede, por tanto, servir como causa de exoneración de la responsabilidad del empresario. En el caso que nos ocupa, sin embargo, la lectura atenta de los hechos pone de relieve que la no aplicación del art. 1.903.4.º C.c. tenía su origen en la falta de relación de dependencia y no tanto en la prueba de la diligencia. ¿Cómo entender posible que el dueño de la obra se haya exonerado de responsabilidad mediante la prueba de su falta de culpa cuando el art. 1.903.4.º C.c. es, de entrada, totalmente inaplicable, por no ser el arquitecto o contratista «dependientes» del dueño de la obra? Con ello, no queremos decir que la relación de dependencia no pueda darse en el contrato de obra (la jurisprudencia, de forma muy clara desde la STS de 18 de junio de 1979, viene afirmando que el dueño de la obra es responsable *ex art. 1.903.4.º C.c.* cuando se reserva la vigilancia o control de los trabajos contratados), pero sí que no existía en este caso ningún indicio serio y fiable de su existencia (J.B.D.).

**31. Responsabilidad por daños de productos. Aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.**— Su art. 28 establece una responsabilidad objetiva (sentencia de 23 de mayo de 1991) en los productos alimenticios hasta determinado límite cuantitativo siempre que el daño se haya originado en el correcto uso y consumo de los bienes. Por tanto, ni a la víctima le corresponde la prueba de que el fabricante no ha cumplido con las precauciones y medidas apropiadas en su proceso productivo, ni éste puede liberarse de su responsabilidad probándolo, ni, por último, a la víctima le corresponde probar que ha obrado con toda corrección en el uso y consumo, sino al fabricante la prueba de que fue incorrecto para liberarse de su obligación de responder. Es la culpa de la víctima, en otros términos, lo que le exime y es prueba que corresponde al fabricante, como ocurre generalmente cuando el legislador establece la responsabilidad objetiva, además de que el obrar correctamente se presume por principio en el actuar humano, lo mismo que la buena fe. Todo ello, naturalmente, bajo el presupuesto exigido en el párrafo 1.º del tan citado art. 28, de que el daño sea causado por el uso y consumo de tal producto (relación de causalidad). (STS de 23 de junio de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Doña Fernanda demandó a La Cruz del Campo, S.A. por las lesiones que sufrió en su ojo izquierdo a causa de la explosión de una botella de cerveza en la cocina de su domicilio. El Juz-

gado de 1.<sup>a</sup> Instancia desestima la demanda, al considerar que la demandante no probó ni la culpa de la empresa demandada ni la circunstancia de que la explosión se produjese por una defectuosa elaboración o envasado de la cerveza, debiéndose reputar, por tanto, caso fortuito. La Audiencia, en cambio, revoca la sentencia y estima parcialmente la demanda, condenando a la empresa al pago de cinco millones de pesetas. El TS estima el recurso a los únicos efectos de absolver a La Cruz del Campo, S.A. de la condena al pago de costas que le fue impuesta. (J.B.D.).

#### 4. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL.

**32. Acciones judiciales en defensa de la propiedad: acción reivindicatoria. Posesión del demandado.**— Estando amparada la detentación de la finca por parte de los demandados en un título, no puede prosperar la acción reivindicatoria mientras no se solicite la nulidad del mismo según reiterada jurisprudencia (Sentencias 14-12-61; 19-2-70; 18-1-81; 7-4-81) y puesto que en este supuesto no se intentó anular éste, en lógica consecuencia no puede acogerse la acción deducida en tanto se cumpla con este requisito. (STS de 17 de julio de 1993; no ha lugar). (J.B.D.).

**33. Propiedad horizontal. Necesidad del consentimiento de la Junta de Propietarios para realizar obras que alteran los elementos comunes.**— Resulta de una evidencia fáctica indiscutible que el local o «entidad» número 7, descrito como un espacio diáfano, y la finca número 16, objeto de esta litis, que se reputa como vivienda, se encuentran integrados en subcomunidades distintas. Como el régimen de propiedad horizontal fue constituido a través de la escritura y con la intervención de la demandante, ello implica que ésta no sólo conoció desde un principio, sino que además asintió al otorgamiento del título constitutivo de la Comunidad, lo que tiene un muy especial significado en relación con lo pretendido en la demanda formulada contra la referida Comunidad.

En este contexto, las obras que se pretenden realizar traspasan el marco de la esfera dominical que cada titular de piso o local tienen en este tipo de Comunidades, a la vez que implican una alteración de los elementos comunes; y todo ello sin olvidar tampoco, que en este concreto supuesto no sólo se opera este cambio o alteración en dichos elementos, sino que también y cual se ha dicho, ello se traduce en un cambio de las cuotas de participación lo que exige que el acuerdo de la Comunidad de Propietarios se adopte por unanimidad. (STS de 17 de septiembre de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— La entidad mercantil «I.P.Z., S.A.», que había comprado diversos locales y una vivienda en un edificio determinado, intentó abrir un acceso entre las referidas fincas, denegando la Comunidad de Propietarios la autorización para tales obras.

La citada entidad entabló demanda contra la Comunidad para que se declarase nulo y sin valor ni efecto alguno el citado acuerdo, demanda que fue desestimada por el Juzgado n.º 3 de los de Zaragoza.

La Audiencia revocó la sentencia estimando la demanda y declarando la nulidad del acuerdo de la Junta de Propietarios. El TS casó la sentencia y confirmó la del Juzgado de 1.<sup>ª</sup> Instancia. (A.J.C.).

**34. Propiedad horizontal. El cambio de destino de los locales no precisa de los requisitos establecidos para la modificación del título constitutivo (o de los Estatutos) cuando dicho cambio no está prohibido expresamente en los mismos.**— Si bien es cierto que en el título constitutivo del régimen de Propiedad Horizontal o en los Estatutos se pueden establecer disposiciones en orden al uso o destino de sus diferentes pisos o locales (art. 5,3.<sup>º</sup> LPH) e incluso imponer prohibiciones expresas respecto a concretas y específicas actividades no queridas por los copropietarios del edificio, éste no es el supuesto aquí contemplado, pues la mera y simple descripción que en el título constitutivo los promotores-constructores hicieron de los dos expresados locales, no puede ser entendida como expresión del destino único de los mismos ni mucho menos como prohibición de que los adquirentes de dichos locales puedan dedicarlos a otras actividades comerciales de las meramente insinuadas, si se tiene en cuenta que cualquier prohibición de este tipo, en cuanto comporta una limitación de las facultades dominicales no puede presumirse ni interpretarse de manera extensiva.

Al no contener el título constitutivo prohibición de que los titulares de los dos locales comerciales pudieran dedicar los mismos a otra actividad mercantil distinta de la originariamente insinuada por los promotores-constructores, la realización de dicho cambio podrían verificarla los propietarios de los locales por su propia y exclusiva decisión sin que ello implique alteración alguna del título constitutivo ni requiera el consentimiento unánime de los componentes de la Comunidad de Propietarios. (STS de 21 de diciembre de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La Comunidad de Propietarios del edificio números 3 y 5 del Callejón de Murcia de Madrid formuló demanda contra la entidad mercantil «A., S.A.» propietaria de dos locales en el citado edificio y que los había dedicado a Taller de Reparación de Automóviles, Chapa y Pintura, locales que figuraban descritos en la escritura de Obra nueva y División Horizontal como garaje y almacén. El Juzgado n.<sup>º</sup> 15 de los de Madrid estimó la demanda, que fue revocada por la Audiencia Provincial en virtud de apelación del demandado. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.).

**35. Propiedad horizontal: ámbito en que han de moverse los Estatutos.**— Una de las características de la Propiedad Horizontal es la de estar regida por normas de derecho necesario. Ahora bien, ello no implica que, respecto de dicha clase de propiedad, no sea de aplicación, consignado el art. 1255 del Código Civil, porque, según se expresa en la Disposición Transitoria de la Ley mencionada, los Estatutos aprobados por la Junta de Propietarios podrán ser aplicados cuando no contradigan lo establecido en la misma.

**Carácter imperativo del art. 8.2.<sup>º</sup> LPH.**— Respecto al carácter necesario de la forma contenida en el art. 8 de la Ley de Propiedad Horizontal se ha pronunciado esta Sala que en su sentencia de 7 de febrero de 1976 afirma

que «la Ley que regula la propiedad horizontal es eminentemente imperativa, y este carácter indudablemente tiene su art. 8.º, párrafo 2.º, en cuanto que refiriéndose a los supuestos de su párrafo 1.º, dispone que, en tales casos, se requerirá además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la Junta de Propietarios a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados con sujeción a lo dispuesto en el art. 5.º, sin alteración de las cuotas de los restantes, precepto legal con el que está en abierta pugna la cláusula o disposición estatutaria disentida lo que acarrea su nulidad, sin que a esta conclusión pueda eficazmente objetarse, que los compradores de los pisos o locales tuvieran que aceptar esta cláusula que ya figuraba en los estatutos, aceptación que en este aspecto evidentemente encierra un pacto de adhesión, porque, en todo caso, el principio de la autonomía de la voluntad no entra en juego cuando, cual aquí acontece, es contrario a una norma imperativa, de conformidad con el art. 4.º, párrafo 1.º, entonces vigente, y 1255, ambos del Código Civil»; por su parte, la sentencia citada del 31 de enero de 1987 dice «que, no obstante esta permisividad de los apctos estatutarios no contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal, ha de entenderse que ésta tiene un carácter imperativo que impide la validez de aquellos otros que contravienen las disposiciones de la misma, y especialmente las normas que, como las contenidas en el párrafo 2.º del art. 8 y en el art. 11, y en beneficio de la Comunidad de condueños, imponen el consentimiento máximo de los propietarios para la división de pisos locales, o para la alteración de la estructura del edificio. En el supuesto que nos ocupa, y en aplicación de la doctrina anteriormente anotada, ha de entenderse que los pactos estatutarios contenidos en las calendadas escrituras de declaración de obra nueva y de compraventa del piso del actor, que facultaban a los propietarios de locales para realizar actos materiales o jurídicos de división o segregación de los mismos, sin autorización de los restantes propietarios, es contraria al precepto del art. 8.2.º de la Ley y dado, igualmente que, como se ha declarado probado por la resolución recurrida, sin que haya sido contradicho en este recurso, al amparo del ordinal 7.º del art. 1692, la división del local comporta la necesidad de cambiar un elemento común, el portal, es obvio que contraviene también el mandato del art. 11 de la repetida Ley de Propiedad Horizontal. (STS de 19 de julio de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Se formuló demanda contra la Comunidad de Propietarios, solicitando que fuese declarado nulo el acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios de la Comunidad que se oponía al propósito de comunicar dos apartamentos de un mismo dueño. Subsidiariamente respecto a la anterior declaración, pedía el demandante que se declare su derecho a abrir y mantener una salida de emergencia de un apartamento a través del otro. La demanda fue desestimada en ambas instancias, no dando lugar el TS al recurso de casación. (J.B.D.).

**36. Es negativa la servidumbre de luces y vistas cuando los huecos se han abierto sobre paredes propias.**— Sin excepción alguna, desde la promulgación del Código Civil, la jurisprudencia ha venido manteniendo siempre que la servidumbre de luces y vistas, cuando los huecos se han abierto sobre pared propia, es negativa, pues su existencia impediría al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería posible, como es edificar en su terreno tapando los huecos; mas cuando los huecos se han abierto en pared ajena o

medianera, o tales huecos revisten la forma de balcones con voladizo, la servidumbre es positiva, ya que para ello se debió contar con la autorización del propietario del predio sirviente, o del otro medianero.

**No hay prescripción porque no se ha producido el hecho a partir del cual se inicia el cómputo del plazo.**— Rechazada la parte sustantiva de los dos motivos del recurso, procede el decaimiento de la cita que también se hace respecto del cómputo del plazo prescriptivo, pues dado el indiscutible concepto de servidumbre negativa que corresponde atribuir a la de autos, el inicio del tiempo para la prescripción debería empezar a contarse a partir de un hecho optativo (sic) inexistente. (STS de 1 de octubre de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— La Comunidad de Propietarios demandada fue condenada en todas las instancias a ejecutar a su costa las obras de albañilería necesarias para cerrar unas ventanas, restableciendo el ejercicio pacífico de los derechos que le asisten al demandante para que pueda llevar a cabo la construcción del edificio proyectado. (L.F.R.S.).

**37. Maneras de suplir la falta del título de constitución de una servidumbre no aparente.**— El tema litigioso que resolvió fue si el propietario del fondo sirviente había constituido el título para la creación de la servidumbre, que exige el art. 537 del Código Civil junto con la prescripción, declarando que la hubo. Otra cosa es si por la forma de su creación era acorde con la naturaleza del derecho real instaurado, que efectivamente hace la servidumbre no aparente en tanto que la tubería de conducción va enterrada. De acuerdo con el art. 540, la falta de título no sólo puede ser suplida por el reconocimiento del dueño del predio sirviente en documento, sino también por sentencia firme, y ésta se tiene que producir como consecuencia de un pleito en el que se pruebe que hubo título para su constitución o, en otras palabras, negocio jurídico creador de la servidumbre, no que hubo un título en el sentido de documento en el que se consignó aquel negocio (Sentencia de 26 de junio de 1981 y las que cita). La prueba debe hacerse por los medios admitidos en Derecho. sin que exista precepto alguno que cercene aquéllos en estos pleitos.

**Existencia de consentimiento del propietario del fondo sirviente a la constitución de la servidumbre.**— El motivo se desestima porque está fundamentado en una interesada y sesgada interpretación de los términos de la sentencia recurrida, que declara que el propietario no sólo consintió, sino que autorizó la construcción del acueducto. Pero ello no es más que la manifestación de su consentimiento al establecimiento del gravamen, que forzosamente requiere el del propietario del predio dominante, no que sólo dio el sirviente un permiso revocable a su voluntad, y hay que observar en este punto que el Código civil se expresa también en términos análogos en las servidumbres voluntarias cuando dice que el propietario (alude a él solo) puede establecer sobre su finca las servidumbres que tenga por conveniente. «Autorización» en la sentencia o establecimiento unilateral en el art. 594 no vienen a significar más que la necesidad de su consentimiento.

Aparte de estas consideraciones, hay otra también fundamental que obliga a rechazar el motivo, y es la de que la sentencia recurrida emplea también el término «consentimiento», por lo que huelgan todas las deducciones jurídicas que hace el recurrente basándose en pura semántica. Existió, pues, negocio creador del derecho real de la servidumbre, seguido de la tradición (por el uso de ella en la finca ajena, art. 1.464 del Código civil).

**Inaplicación del art. 1.289 del CC como norma de carácter probatorio.**— No hay ninguna razón para que la Audiencia aplicase el art. 1.289. Su valoración de la prueba concluye en la afirmación de que hubo título suficiente para la constitución de la servidumbre. Ciertamente que nada se dice, y nada se ha probado, sobre los derechos y obligaciones que de él derivan, y en este campo podría tener juego el art. 1.289, pero nada de esto se debate aquí, sino si la servidumbre se constituyó o no, y ello es una cuestión que se resuelve por medio de prueba, ámbito en el que nada tiene que hacer el precepto sustantivo que se dice infringido, pues parte de la base de que ya existe indudablemente un contrato, y en el caso litigioso, en cambio, se discute si existía o no título creador de la servidumbre. En otras palabras, el art. 1.289 no es una norma de naturaleza probatoria, que obligue a valorar las practicadas en el juicio sobre la existencia o no de un contrato de una determinada manera.

**Necesidad de que conste en escritura pública el negocio de constitución de servidumbre a título gratuito, como forma constitutiva.**— Todo negocio jurídico ha de tener su causa en nuestro Derecho, sin que exista razón legal para hacer una distinción entre los productores de efectos obligaciones frente a los que originan jurídico-reales, como la creación de una servidumbre. A ambos le es aplicable el art. 1.274 del Código civil, y no probado en el pleito que el favorecido con la servidumbre hubiese satisfecho ninguna contraprestación ni que el dueño autorizante hubiese remunerado algo al consentir el gravamen de su propiedad, el negocio fue a título de liberalidad, por lo que el acuerdo de voluntades tenía que haber conestado en escritura pública, por aplicación del art. 633, que la exige como forma constitutiva (Sentencias de 29 de julio de 1989, 26 de mayo de 1992, y las que citan ambas).

**Calidad de tercero hipotecario del demandante.**— Partiendo de que la servidumbre no es aparente, faltaba la inscripción en el Registro de la Propiedad para que pudiese perjudicar a quien reúne la cualidad de tercero hipotecario, que es la que tiene el recurrente al no haber declarado la sentencia recurrida que conocía la existencia del gravamen pese a no figurar inscrito al adquirir por compraventa la finca donde está enterrada la tubería. (STS de 20 de octubre de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— El propietario de una finca consintió en su día la constitución de una servidumbre no aparente para paso de agua subterránea, sin que constara en escritura pública dicho consentimiento ni el carácter oneroso del negocio. Vendida la finca sirviente, el Tribunal Supremo consideró tercero hipotecario al comprador y declaró que la finca no estaba gravada con la servidumbre mencionada, porque, ade-

más, tratándose de un negocio gratuito, no se observó la forma constitutiva de la escritura pública. (L.F.R.S.).

**38. Colisión entre sentencia de nulidad por usura y ejecución hipotecaria. Función e importancia de la anotación preventiva de demanda.**— Como consecuencia de las actuaciones judiciales de dos distintos Juzgados se produce la colisión entre una sentencia de nulidad de hipoteca, en aplicación de la Ley de Usura de 1908, y la resolución judicial aprobatoria del remate que permitió a los rematantes, inscribir a su favor el dominio y obtener la cancelación de los asuntos posteriores. El Juzgado que ejecuta la hipoteca no puede en principio conocer vicisitudes posteriores a la expedición de la certificación (la anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca es posterior) y no pudo legalmente impedir la celebración de la subasta. Pero lo que sí pudo fue tratar de interpretar las normas del artículo 233 del Reglamento Hipotecario y de la regla 17.<sup>a</sup> del artículo 131 del mismo texto legal, buscando el sentido de todas sus palabras y la equidad para ponderarlas, como aconseja el artículo 6.2 del Código Civil.

Según la regla 17.<sup>a</sup> del artículo 131 verificado el remate se dictará auto aprobándolo y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor en su caso (nótese bien, en su caso) la de todas las anotaciones e inscripciones posteriores a la inscripción de aquella, incluso las que se hubieren verificado después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.<sup>a</sup>, pero teniendo en cuenta que la nota marginal acreditativa de que se ha expedido la certificación no produce el cierre del Registro puesto que su alcance es informar a posteriores adquirentes acerca de la existencia del proceso de ejecución y hacer las veces de notificación. Y quienes acuden a la subasta pueden, hasta ese mismo día tratar de conocer cuanto el Registro recoja, posible por no producirse el cierre, y no pueden alegar, por tanto, la fe pública registral en apoyo de su pretensión contraria a la anotación de demanda. La demanda de nulidad del préstamo hipotecario por estar incurso en la Ley de Usura permite asegurar los resultados del juicio mediante su anotación preventiva al amparo del artículo 42, 1.<sup>o</sup> de la Ley Hipotecaria, porque aunque se trata de una acción personal en cuanto persigue anular un contrato, tiene trascendencia jurídico-real porque la sentencia puede producir la consecuencia de anular un derecho real de hipoteca constituido como accesorio y en garantía de un préstamo. La anotación de demanda tiene pues, un doble contenido, el procesal conforme al cual se asegura que la sentencia que en su día recaiga tendrá la misma eficacia que si se hubiera dictado ya el día de la presentación de la demanda, mereciendo por esto la calificación de medida cautelar, y el contenido sustantivo a través del cual se consigue la ventaja que proporciona el principio de prioridad registral para el caso también de obtener resolución favorable a la modificación tabular. Por ello, cualquier derecho, como la adquisición por los demandados de los bienes en pública subasta, puede quedar subordinado a la resolución judicial declarativa de la nulidad de la hipoteca en cuya virtud se produjo la ejecución. (STS de 18 de noviembre de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— D.<sup>a</sup> A.B.U. presentó demanda de nulidad de procedimiento de ejecución hipotecaria que fue desestimada por el Juzgado

de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 11 de los de Barcelona. La audiencia estimó el recurso revocando la sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.).

**39. Inexistencia de enriquecimiento sin causa.**— La recurrida se ajustó en cuanto al ejercicio de sus derechos a lo específicamente estipulado, y, así resalta, ya en concreta respuesta a la acusación sobre el citado enriquecimiento injusto, lo que se expone en el transcrito Fundamento Jurídico Cuarto; por lo que es evidente que, a la vista de cuanto antecede, no existe el indebido desplazamiento patrimonial que se aduce en el motivo, pues, como dice la Sala, en todo caso, siempre el ejercicio de sus derechos por la recurrida proviene del precedente proceso judicial, y, por la existencia del pacto expreso contenido en los respectivos contratos.

**Falta de entidad y de prueba de la existencia de error en el consentimiento.**— La apoyatura de dicho vicio del consentimiento sólo proviene de circunstancias particulares esgrimidas por la propia recurrente, y que, en caso alguno, se han acreditado a través de la vía correspondiente en el recurso, por lo que, de por sí, son insuficientes para entender que, en la suscripción de esos contratos (y cualquiera que hubiese sido el proceso judicial anterior, y hasta las circunstancias personales o familiares de los representantes de la propiedad de la recurrente que pudieran influir en la firma de los mismos), aconteció tal vicio de consentimiento.

**La hipoteca sobre el inmueble es independiente de la hipoteca constituida por el dueño sobre el establecimiento incluido en aquél.**— Pueden recibir tratamiento jurídico independiente, como sendas manifestaciones de la titularidad dominical, la relativa al inmueble y la autónoma, por ello mismo, actividad comercial, negocio, establecimiento, el fin que en él se desarrolle y que en el caso de litigio tuvo una peculiar manifestación según la forma de proyectarse en la garantía hipotecaria esa dualidad; prueba de ello será reproducir un antiguo dictado del propio legislador de la Ley de 16 de diciembre de 1954.

**El derecho sobre el rótulo comercial es independiente del hecho de que el cartel aparezca colocado en el inmueble adjudicado en la subasta judicial.**— Jamás cabe sostener que por el mero hecho de que tal cartel aparezca juntamente colocado en el inmueble adjudicado a la recurrida, ello puede equivaler a viabilizar su tutela en el mantenimiento del mismo, por parte de la propietaria del inmueble como si fuese titular del derecho correspondiente al rótulo comercial, sobre todo, cuando por la identidad de connotaciones y señas distintas colisione con el nombre comercial idéntico ya inscrito a favor de la recurrente, y al margen de que no le tenga en lo referente a ese rótulo, pues la prevalencia de esa preinscripción debe atraer la imposibilidad de que por otra persona ajena a su esfera jurídica pueda utilizarlo como tal rótulo comercial.

**Registrado un nombre comercial a favor de una persona, no es posible que otra persona pueda ser titular de un rótulo con la misma denominación.**— El registro del nombre comercial, en primer lugar, es potestativo y



que, naturalmente, una vez inscrito tal nombre no es posible utilizar otro igual o semejante con posterioridad al registrado, norma que es de aplicación al caso de autos, por la fecha de la concesión de inscripción, la posterior vigencia de la Ley 32/1988; y la correlación entre la marca, el nombre y el rótulo se fija en el art. 214 de dicho Estatuto; y en el caso de autos, es obvio que por la identidad con el nombre preexistente, del mismo rótulo «Hotel Ritz» no es posible entender que se pueda utilizar como tal rótulo, justamente cuando se trata de una denominación de un nombre anteriormente registrado ya que puede ocurrir que estando suficientemente acreditado e inscrito en el R.P.I., un nombre determinado de prestigio y, sobremanera conocido en el mundo mercantil, no obstante, por el mero dato de que no se haya inscrito también como tal el rótulo, pueda un tercero aprovecharse del éxito o prestigio de dicho nombre, sin más que inscribir en el Registro un rótulo comercial utilizando la misma expresión de ese nombre ya acreditada, lo que supondría una deslealtad competitiva y un indiscutible fraude y, sobre todo, cercenar, por completo, los derechos inherentes de exclusividad que la legislación específica otorga a todo titular inscrito de una Propiedad Industrial. (STS de 14 de octubre de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— En 1975, la Inmobiliaria Sarasate, S.A. adquirió en subasta judicial dimanante de un procedimiento del art. 131 de la LH el inmueble en el que se hallaba el Hotel Ritz de Barcelona y una serie de muebles a los que se había extendido la hipoteca inmobiliaria. Dos años después, la nueva propietaria del inmueble y la antigua propietaria, Hotel Ritz de Barcelona, S.A., perfeccionaron un contrato por el que la segunda reconocía a la primera la propiedad del 70% de los muebles del edificio adjudicado y el derecho a percibir el 70% del total de la renta que venía satisfaciendo la arrendataria del hotel. En 1985, Hotel Ritz de Barcelona, S.A. arrendó a Inmobiliaria Sarasate, S.A. el negocio sobre el llamado Salón Imperial del Hotel Ritz y el 30% de los muebles del mismo hotel. A partir de esa fecha, Inmobiliaria Sarasate, S.A. explotó todo el hotel.

El Hotel Ritz de Barcelona, S.A. reclamó judicialmente y, aunque sus pretensiones fueron desestimadas por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación estimando parcialmente la demanda y declarando que la titularidad del negocio y del nombre comercial correspondían exclusivamente a la actora, que tenía también derecho al 30% de los muebles del Hotel Ritz. (L.F.R.S.).

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**40. El principio de la carga de la prueba no es comúnmente apto para alegarlo en recurso de casación.**— El principio de la carga de la prueba, por no contener ninguna regla de valoración de prueba y por su carácter genérico, no es comúnmente apto para la casación, salvo el eventual supuesto de que el Tribunal de Instancia haya desconocido o vulnerado tal principio, lo que aquí no acontece, es lo cierto, que esa misma doctrina tiene establecido que habiéndose aportado a las actuaciones medios de prueba bastantes para acreditar los hechos que se han proclamado como probados, es absolutamente

irrelevantes que unos u otros instrumentos de prueba procedan de unos y otros contendientes y por ende es bastante que las pruebas producidas puedan servir de soporte suficiente a las declaraciones judiciales manifestadas.

**La negativa a someterse a la prueba biológica es un principio de prueba pasivo o por omisión.**— Tras la abundante prueba testifical y hasta documental, existe un principio de prueba pasivo, o por omisión, por parte del demandado, hoy recurrente, que al concurrir con aquéllas, proyectan una confirmación de lo establecido por los órganos judiciales de instancia, dado que como exactamente se dice en la sentencia recurrida debió el demandado contrarrestar, y no lo hizo, con el sometimiento voluntario a las pruebas biológicas, dar un *mentis* eficaz y definitivo al resultado racional acreditativo de su paternidad de las demás pruebas existentes en el procedimiento.

**La prueba biológica como medio idóneo para destruir las presunciones en los procesos de filiación.**— En materia de filiación no hay una prueba inequívoca y directa por la propia naturaleza del acto conceptivo y por eso las presunciones fundadas que ofrecen los demás medios de prueba al respecto, hoy, actualmente, sólo tienen contraste irrefutable cuando es negativo el resultado en la prueba hematológica que el presunto padre en su propio beneficio debió exigir y no eludir si es que efectivamente la convicción del recurrente responde a la realidad.

**La prueba de la convivencia con la madre en la época de la concepción.**— Los hechos bases que no han sido desvirtuados previamente proclaman la existencia de una convivencia de los hoy contendientes con unas relaciones mantenidas durante años de orden sentimental e íntimas, sobre todo haciendo hincapié en cuanto a las fechas probables de la concepción y es patente que dada la naturaleza de la concepción, ello sea bastante para la filiación deducida y proclamada, subrayada por esa pasividad en punto a la prueba hematológica que el demandado de hecho ha rehusado y que de ser cierta la tesis que mantiene hubiera podido quedar clarificada. (STS de 14 de mayo de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Se planteó una acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial. Estimada la demanda en primera instancia se confirmó en la Audiencia al quedar probada la convivencia con la madre en la época de la concepción. (E.S.M.).

**41. La negativa a someterse a la prueba biológica sólo se produce cuando existe una manifestación de voluntad contraria a su admisión.**— Consta expresamente que la práctica de las pruebas biológicas fue pedida por la actora-recurrida en primera instancia; que el recurrente-demandado no manifestó ninguna voluntad contraria a su admisión; que por no haberse efectuado dentro del período probatorio, el Juez la ordenó como diligencia para mejor proveer a instancias de la actora-recurrida y del Ministerio Fiscal; que el departamento de Medicina Legal comunicó al Juzgado las condiciones para realizar las pruebas biológicas; que el Juzgado lo puso en conocimiento de las partes sin que haya prueba en autos de que se cumpliesen aquellas condiciones, por lo que no se efectuaron; y que en grado de apelación, la actora-apela-

da no compareció ante la Audiencia, por lo que nada instó sobre la tan repetida prueba en segunda instancia. Así las cosas, no puede compartirse el criterio de la Audiencia de que hubo «negativa práctica del demandado o resistencia pasiva por omisión a someterse a las pruebas biológicas, porque, esa situación lo mismo podría atribuirse a la actora-recurrída, conducta procesal la suya de mucha mayor trascendencia en tanto que era la obligada a probar la relación biológica de paternidad de su hija con el demandado-recurrente.

**Inexistencia de indefensión por infracción de las normas y garantías procesales.**— No aparece en autos que cumplierse en absoluto el requisito imprescindible para ello exigido por el artículo 1693 LEC, dando por supuesto que el motivo se refiere a la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, pues la defectuosa formulación técnica del mismo («quebrantamiento de las formas esenciales del juicio») obliga a esta Sala, en virtud del principio «pro actione», a buscarle acomodo si es posible en lugar de rechazarlo sin más por esa deficiencia, y en esa labor llega a aquel resultado, porque es manifiestamente impropio incardinarlo en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, ya que ésta se manifiesta ajustada a las pretensiones concretas en el suplico de la demanda rectora de las actuaciones y por otra parte, el recurrente no hace ninguna acusación en ese sentido la sentencia que recurre.

**Determinación de la filiación por medio de pruebas indirectas.**— No hay obstáculo legal a que la paternidad se declare judicialmente con fundamento en otras, que es lo que hace la Sala de apelación al apreciar detenidamente cada una de las pruebas obrantes en autos para llegar a la conclusión de que hubo convivencia y relaciones sexuales entre actora y demandado, de las que nació una niña, cuya paternidad se reclama en este proceso. (STS de 18 de mayo de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— Planteada demanda por la madre en nombre y representación de su hija menor de edad se reclamó la filiación paterna no matrimonial. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la paternidad del demandado; la sentencia fue confirmada en apelación por la Audiencia excepto en lo relativo a la prestación de alimentos a la menor por el demandado-apelante, que fue fijada de otro modo. (E.S.M.).

**42. Acción de reclamación de filiación matrimonial. La convivencia de los esposos en un mismo domicilio no elimina el estatus de separación de hecho de los mismos. La negativa a someterse a las pruebas biológicas no supone «ficta confessio». La presunción de paternidad matrimonial cede cuando el nacimiento se produce después de los trescientos días siguientes a la separación de hecho de los cónyuges.**— Conocida es la moderna distinción doctrinal, que admite la posibilidad de la convivencia de los esposos en un mismo domicilio, sin que ello elimine en todo caso el estatus de separación de hecho de los mismos; teniendo en cuenta las fechas del acta notarial (25-5-1987), y el nacimiento de la menor (31-12-1987), resulta evidente el estado de gestación en que se encontraba la mujer cuando acude ante el Notario, resultando contradictorio el reciente momento de la concepción: la de-

cisión de divorciarse que se tomaba en aquel momento, las desavenencias y disgustos que desde antiguo existían entre los esposos, y la declaración de ausencia de descendencia que se consignó en el acta; la oposición a la práctica de las pruebas biológicas, ha sido valorada por reiteradísima jurisprudencia de esta Sala como un indicio, sin tener la categoría de «ficta confessio», ni de prueba de presunciones, y sólo atendible si va acompañada de un conjunto de elementos probatorios, que en su armónico sentido, llevan al ánimo del juzgador la convicción de la paternidad.

Por todas las razones expuestas, hemos de concluir que el contenido del acta notarial de fecha 25-5-1987 debe tenerse como cierto, ya que no se ha demostrado cumplidamente su falsedad, y en su consecuencia la presunción del artículo 116 del Código Civil opera en un sentido excluyente, por haber nacido la menor después de transcurridos los trescientos días siguientes a la separación de hecho de los cónyuges. (STS de 28 de diciembre de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Los litigantes contrajeron matrimonio el 19 de julio de 1983, y por la propia manifestación del demandante sabemos que pronto empezaron a surgir desavenencias y disgustos dada la disparidad de caracteres. Llegado el día 25 de mayo de 1987 deciden ambos cónyuges acudir ante un Notario, y levantar acta en la que hacen constar «que por causas que no es es del caso detallar, decidieron de común acuerdo separarse de hecho en marzo de 1985, estableciendo ambos su vida con entera independencia». En dicha acta figura cada cónyuge con un domicilio distinto, se afirma que del matrimonio no ha habido descendencia, y se plasman una serie de pactos tendentes a reglamentar la separación. Utilizando como base fundamental esta manifestación, acuden ante el Juzgado número 3 de Familia de Murcia, donde obtienen sentencia de divorcio con fecha 1 de septiembre de 1987. Con fecha 31 de diciembre del mismo año, la ex-cónyuge da a luz una hija que es inscrita en el Registro Civil sólo con los apellidos de la madre. Un año después, el 23 de diciembre de 1988, su ex-marido inicia procedimiento de reclamación de paternidad, frente a la oposición de su madre. En primera instancia sólo se practica prueba testifical, oponiéndose la demanda a la prueba biológica. Con este escaso acervo probatorio el Juzgado desestima la demanda. La Audiencia revoca esta decisión. El TS estima la casación. (P.-J.F.L.).

**43. Distinción entre derecho real de uso sobre vivienda familiar y el derecho de propiedad sobre la misma.**— Es evidente que no se puede confundir un derecho de uso y habitación, derecho real de disfrute limitado en cuanto a su contenido y duración, con el derecho real pleno de dominio sobre el mismo inmueble que es de carácter perpetuo e ilimitado, salvo lo dispuesto en el artículo 348 del Código civil. La sentencia recurrida, confundiendo uno y otro derecho, atribuye al derecho de uso una virtualidad sólo asimilable a la propiedad y no prevé que ambos puedan coexistir sobre la misma cosa, como lo pone de relieve en el ámbito económico-matrimonial el artículo 1407 del Código civil, del que se deduce que ambos derechos son inconfundibles; precepto legal, que, con el anterior, si bien no directamente aplicables al supuesto litigioso, sí señalan un criterio orientativo. En el supuesto contemplado ha habido una sentencia judicial firme que atribuye un derecho de uso al esposo sobre la vivienda fami-

liar, y después hubo el juicio declarativo que ahora termina, donde se dilucida el derecho de propiedad sobre el mismo inmueble, derecho cuya trayectoria señala la sentencia recurrida en su fallo. Pero a ello no obsta que, ya superadas las medidas provisionales a que se refieren los artículos 91 y 103 y concordantes del citado Código, la atribución del uso de la vivienda pueda hacerse de manera no provisional, ni tampoco de modo indefinido, sino, como también resulta de una lógica interpretación del artículo 1407 ya mencionado, con la duración que al derecho de uso y habitación y con las características de este derecho que regula los artículos 523 y siguientes del Código civil. Todo ello consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales en litigio y aparte de la atribución en propiedad, que puede ser compatible con aquel derecho de uso, de modo análogo a la coexistencia de la nuda propiedad y un usufructo sobre la misma cosa pertenecientes a personas distintas.

**Pronunciamiento sobre costas en un recurso de casación.**— Si bien haciendo la observación, por un lado, de que la materia de costas, como ha declarado esta Sala reiteradamente, queda fuera del recurso de casación, y, por otro que su alegación en este recurso extraordinario habría de estructurarse a través del n.º 3.º, y no del n.º 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Aunque también debe hacerse notar que al ser procedente la estimación del recurso, esta Sala de casación, de conformidad con el artículo 1715, n.º 3.º, de la misma Ley Procesal, actúa como Tribunal de Instancia, teniendo en cuenta los términos en que se ha planteado la litis; y, por consiguiente, al resolver sobre el tema debatido debe al mismo tiempo pronunciarse sobre las costas. Y así resulta que al ser estimada en parte la demanda, como lo fue en el pedimento importante de que en cuanto a la propiedad de la vivienda uno de los esposos abone al otro la mitad del valor de aquélla o, en otro caso, se proceda en pública subasta a su adjudicación en propiedad en trámites de ejecución de sentencia; ante este pronunciamiento estimado, es indudable que hubo estimación parcial de la demanda y se está en el supuesto del párrafo 2 del artículo 523 de la Ley Procesal civil, de que, en cuanto a las costas de primera instancia, cada parte abone las suyas y las comunes por mitad. Consecuentemente, no procede pronunciamiento especial en cuanto a las del recurso de apelación, ni tampoco, conforme al artículo 1715, n.º 4.º de la misma Ley, respecto de las del recurso de casación. (STS de 20 de mayo de 1993; ha lugar).

**HECHOS.**— Planteado juicio declarativo sobre liquidación de la sociedad de gananciales por no estar de acuerdo la esposa con las operaciones divisorias realizadas por el contador-partidor no fue admitida la demanda y se declaró que no había lugar a modificación alguna en las operaciones divisorias realizadas por el contador-partidor único que había atribuido a la actora ahora recurrida el 42,85% y al esposo el 53,15% del piso que constituía la vivienda familiar. Con anterioridad al marido en la sentencia de separación judicial se le había atribuido un derecho de uso sobre la citada vivienda. Recurrida la sentencia ante la Audiencia, se estimó el recurso de apelación en parte, pues aunque confirmó los porcentajes establecidos por el contador-partidor, sin embargo dio por extinguido el derecho de uso sobre la vivienda que se había atribuido al marido ahora recurrente. (E.S.M.).

## 6. DERECHO DE SUCESIONES

**44. Títulos nobiliarios. Aplicación del criterio de la Corona recogido en las Partidas. No juega el derecho de representación cuando para llamar a los colaterales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendientes.**— Estos diversos preceptos han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de cuyas sentencias cabe destacar la de 8 de marzo de 1919, que reconoce la representación sin límites en la línea descendente y en la colateral, siempre que estén dentro de la descendencia del fundador, pero no cuando para llamar a los transversales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendientes. Igual criterio sustenta la de 6 de julio de 1961, según la cual el mejor derecho a los títulos nobiliarios debe discernirse por normas de la sucesión a la Corona de Castilla, según las cuales «sucederá el más propinquo pariente del Rey una vez fallecida su descendencia» (Ley 2.<sup>a</sup> del Título XV de la Partida II), criterio ratificado por la Novísima Recopilación al deferir la sucesión a la Corona al «primer y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra» (Ley 5.<sup>a</sup>, Título I, Libro III). Ratifican este criterio las sentencias de 16 de noviembre de 1961 y 28 de octubre de 1971, debiendo añadirse que la propinquidad se mide con referencia al último poseedor y no con el fundador (SS TS de 5 de julio de 1960 y 4 de junio de 1963).

**La sucesión en la línea colateral se decide por la propinquidad, lo que no significa que recaiga necesariamente en el pariente de mejor derecho.**— Es evidente que D. Jerónimo era el pariente más próximo del último tenedor y primer beneficiario del título, y es evidente también que D. Manuel, a cuyo favor expidió Carta de Sucesión el Ministerio de Justicia, era más propinquo tanto respecto al rehabilitante como al primer instituido, lo que no significa que fuera necesariamente el pariente de mejor derecho, pues ni las cartas de sucesión ni los litigios deciden la cuestión en favor del óptimo sucesor como en una ocasión dijo esta Sala (*vid.* Sentencia de 9 de junio de 1964). (STS de 13 de octubre de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— El Título de Marqués de Villar de Tajo fue rehabilitado en 1921 en favor de D. Jerónimo Villalón-Daoiz. A su muerte, su primo hermano D. Manuel Halcón obtuvo el título, por orden del Ministerio de Justicia. Un sobrino nieto del rehabilitante y sobrino de D. Manuel interpuso demanda de juicio de mayor cuantía solicitando se declarara su mejor derecho al título nobiliario mencionado. Alegaba el actor que tenía derecho de representación de su padre, que había nacido antes que el demandado D. Manuel.

El Tribunal Supremo confirmó las sentencias de instancia, rechazando las pretensiones del demandante, en base a que su parentesco, tanto con el rehabilitante del título (quinto grado colateral) como con el primer marqués, era más lejano que el parentesco del demandado (cuarto grado colateral respecto del rehabilitante) y negando la posibilidad de que juegue el derecho de representación cuando para llamar a los colaterales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendientes, puesto que el tronco común del rehabilitante, demandante y demandado eran los abuelos del primero y del tercero y bisabuelos del segundo. (L.F.R.S.).

## II. DERECHO MERCANTIL

**45. Falta de literosuficiencia de las certificaciones del Registro de la Propiedad Industrial.**— Al valor de las certificaciones del Registro de la Propiedad Industrial para fundar sobre ellas un motivo de impugnación por el cauce procesal del número 4.<sup>o</sup> del art. 1692 se refirió la sentencia de 5 de julio de 1976 diciendo que «el motivo ha de rechazarse porque como los propios recurrentes reconocen las Memorias descriptivas de un modelo de utilidad no son documentos auténticos a efectos de casación, pues cualquiera que sea el contenido de sus manifestaciones no son suficientes por sí solas para demostrar la certeza de unos hechos en contradicción con la conclusión a que llega la sentencia recurrida, obtenida no sólo de la propia memoria, sino de la totalidad de las actuaciones y pruebas practicadas y de un modo especial de la prueba pericial»; aunque actualmente ha sido erradicado de la regulación del recurso de casación el concepto de «documento auténtico», es de notar que esa sentencia se está refiriendo a la falta de literosuficiencia del documento en cuestión para demostrar el error denunciado; más recientemente la sentencia de 24 de marzo de 1988 dice que «aunque al mentado documento (un informe pericial) y al otro, el documento número 2 de la demanda (certificación oficial de la patente de introducción) se las concediera, en principio, valor a los fines casacionales del ordinal 4.<sup>o</sup>, en el caso concreto, no tendrían eficacia por no reunir las condiciones exigidas por la doctrina para los errores amparados en dicho ordinal; el documento ha de ser contundente e indubitado en sí, sin necesidad de interpretación, siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el Juzgado estén en abierta y franca contradicción con documentos que, por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado por la sentencia recurrida».

**Identidad sustancial entre las máquinas patentadas.**— El núcleo central de la cuestión es, como señala la sentencia recurrida, «el de determinar si estas máquinas fabricadas por el demandado son iguales a las patentadas por el actor», por lo que, como establece el art. 55 de la Ley 11/86, de 20 de marzo, «el titular de una patente no podrá invocarla para defenderse frente a las acciones dirigidas contra él por violación de otras patentes que tengan una fecha de prioridad anterior a la suya», prioridad que, en el presente caso, juega a favor del actor recurrido; es decir, no se trata de realizar un examen comparativo entre las reivindicaciones de una y otra patente, cuanto de precisar si las máquinas que se dicen construidas infringiendo el derecho de patente del actor son sustancialmente idénticas a las protegidas por esa patente o por el contrario introducen novedades que entrañan una actividad inventiva.

**Concepto de novedad en materia de propiedad industrial.**— La sentencia de 22 de junio de 1987 dice que «la novedad que, en el Estatuto de la Propiedad Industrial, es un concepto relativo, en cuanto basta un avance de creación industrial, no alcanzado con anterioridad y que tenga suficiente trascendencia para reputarse sustancial —sentencias de esta Sala de 3 de marzo de 1986 y 11 de septiembre de 1986, entre otras—, concepto que, en cierto modo, puede asimilarse al contenido en el art. 8.1 de la Ley 11/86, de 20 de marzo, en cuanto establece que «se considera que una invención implica una actividad inventiva si aquélla no resulta del estado de la técnica, de una ma-

nera evidente para un experto en la materia»; y la de 29 de enero de 1988 establece que «como proclaman las sentencias de esta Sala, entre otras, las de 29 de noviembre de 1958, 25 de enero de 1959, 11 de octubre de 1960 y 3 de diciembre de 1966, a efectos de posibilidad de patente industrial, el legislador atiende más al resultado o producto, al procedimiento para obtenerlos, al estimar al respecto las modificaciones de aquél con el fin de obtener lo que con amplio criterio ha de calificarse de «algunas ventajas sobre lo ya conocido» y sin que la apreciación de novedad requiera que lo sea en la integridad del objeto de la patente, sino simplemente que sea significativamente relevador de modificación de condiciones esenciales de un procedimiento anterior con la finalidad antes indicada de obtener algunas ventajas sobre lo ya conocido, ponderadamente apreciado, con base en los diversos medios probatorios aportados al debate en cuestión, por el Tribunal que dictó la sentencia a que se contrae este recurso», criterios que se reiteran en la sentencia de 20 de abril de 1989 según la cual «como de manera reiterada viene declarando nuestra jurisprudencia en materia de propiedad industrial, cualquiera que sea el criterio que se mantenga sobre el fundamento del derecho de patente, manifiesto es que, por esencia, se asienta en la realidad indudable de una actividad creadora o, cuando menos, divulgadora de lo no conocido y revestida, como tal, de una característica positiva, pues si bien el art. 46 del Estatuto no requiere la completa novedad de la invención para hacerla patentable, es menester que la perfección del procedimiento técnico ya conocido signifique una mejora importante y no secundaria y de detalle, y las declaraciones jurisprudenciales son coincidentes en cuanto a decir que las cuestiones referentes a la novedad de las modalidades registrales tienen carácter de hecho»; en parecidos términos se pronuncia la sentencia de 8 de julio de 1991, insistiendo la de 18 de noviembre de 1991, entre otras, en que es doctrina jurisprudencial la de que la declaración de novedad es cuestión fáctica, cuya apreciación corresponde a los órganos de instancia. (STS de 19 de octubre de 1993; no ha lugar).

**HECHOS.**— En los órganos judiciales de instancia se acreditó que las máquinas fabricadas por el demandado, aunque con algunas diferencias, cuales dimensiones, formas, aspecto exterior e interior, sistema de transporte, tamaño y forma de las piezas de fijación de las paletas de goma, etc., coincidían en lo sustancial, e igualmente que no se habían modificado las condiciones esenciales del invento precedente, de tal suerte que entrañan un método o procedimiento distinto. (L.F.R.S.).

**46. La exigencia de previsibilidad del riesgo no supone la exigencia de una prestación exorbitante.**— «El evento del siniestro no era imprevisible por cuanto que la existencia de hielo en la calzada, dada la baja temperatura en lugares sombríos y en la fecha que ocurrió el accidente, debió preverse por la demandada con la debida señalización... y al hallarse demostrado que no existía en el momento del accidente señalización alguna al respecto, Europistas infringió las obligaciones que la concesión le imponía».

**No hay falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido llamado al pleito el Consorcio de Compensación de Seguros.**— «Con base a que el daño fue originado concurrentemente por la indebida maniobra de un vehículo



que precedió al del autor no identificado y en virtud de lo dispuesto por el Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros que impone a dicha entidad la obligación de indemnización en aquellos casos en que el vehículo causante o el conductor sean desconocidos, no procede su acogida pues ... no se ha acreditado la relevancia, en cuanto a la mecánica del suceso, de esa conducta del vehículo desconocido y que, en todo caso pudiera interferir la relación de causalidad existente entre las circunstancias de hecho de la autovía con su superficie helada, la propia maniobra de la víctima y el resultado dañoso».

**No procede la subrogación de la entidad aseguradora hasta que ésta no haya abonado los gastos de hospitalización.**— «En la sentencia apelada se supedita la condena al pago de la cantidad reclamada por Asisa a que se acredite en trámite ejecutivo que efectivamente por parte de la misma sean abonados al centro hospitalario los gastos de hospitalización de la víctima ... se viene a reconocer que Asisa no ha abonado aún la factura en cuestión; ello pues supone, sin duda, que se carece del elemento de apoyatura para aplicar el derecho de subrogación a favor de la entidad aseguradora con base al art. 43 que literalmente dice: «la aseguradora una vez pagada la indemnización, podrá ejercer los derechos correspondientes»; luego si no se ha pagado la cantidad que sería objeto de esa indemnización, no cabe compartir la fórmula de la Sentencia de diferir la efectividad de esta condena a que, previamente, se acredite dicho pago ya que éste será un requisito *sine qua non* tras el cual podrá ejercitarse el derecho de subrogación». (STS de 7 de mayo de 1993; ha lugar en parte el recurso).

**HECHOS.**— El 16 de diciembre de 1985 el vehículo conducido por D. Carlos Iturri Garate sufrió un accidente cuando circulaba por la autopista A-8 como consecuencia de una maniobra de frenada debido al hielo que habría sobre la calzada y, al parecer, por la maniobra indebida de un vehículo que lo precedía que no fue identificado. En primera instancia el Juzgado de Azpeitia condenó a Europistas S.A. a indemnizar al Sr. Iturri 50 millones de ptas. y a satisfacer a Asisa en 123.972 ptas. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de San Sebastián rebajó a 30 millones la indemnización y elevó a 6 millones la condena a pagar a Asisa. La demandada Europistas S.A. interpone recurso de casación: el Tribunal Supremo casa la sentencia para dejar sin efecto la condena a pagar a Asisa. (J.A.F.C.).

### III. DERECHO PROCESAL

**47. No cabe prueba de presunciones cuando hay prueba directa sobre el hecho cuestionado.**— «La posibilidad (pretendida por el actor recurrente) de utilización de la prueba de presunciones como indirecta que es, queda totalmente excluida cuando sobre el hecho cuestionado exista prueba directa en el proceso, como ocurre en el presente caso, en que la Sala de apelación, como antes había hecho el Juez, declara plenamente acreditado, mediante la prueba directa obrante en autos cuya valoración no es revisable en esta vía casacional al no ser este recurso una nueva instancia, declara proba-

do, repetimos, que durante los dos años agrícolas de 1943 a 1945 el arrendador Sr. Aguirrebengoa recuperó la posesión y llevó directamente el cultivo y explotación de las tierras del Caserío «Goiburu»; que el contrato de 1931 quedó totalmente extinguido en 1943, una vez transcurridos los diez años pactados expresamente de duración del mismo y dos prórrogas de un año cada una por tácita reconducción, y que el celebrado en 10 de febrero de 1946 (con efectos de 11 de noviembre de 1945) que es el actualmente vigente, fue un contrato totalmente nuevo y en ningún modo «reproducción, continuación o ratificación del de 1931».

**Norma expresa sobre imposición de costas.**— «Si bien los pronunciamientos de los juzgadores de instancia en materia de costas no son revisables en casación cuando la imposición de las mismas queda supeditada al arbitrio del órgano judicial, según aprecie o no temeridad o mala fe en la conducta procesal de las partes, no ocurre lo mismo cuando el pronunciamiento sobre las costas viene predeterminado por imperativo legal, como es el caso que nos ocupa, en que el art. 134 de la LAR preceptúa «Las costas de primera instancia se impondrán a los litigantes cuyos pedimentos fueren totalmente rechazados» por lo que, al no haberlo hecho así la sentencia recurrida pues no ha impuesto expresamente al actor las costas de primera instancia, no obstante haber desestimado totalmente su demanda, es evidente que ha infringido el citado precepto». (STS de 11 de mayo de 1993; se desestima el recurso del demandante y se estima el recurso del demandado).

**HECHOS.**— Como arrendatario del Caserío «Goiburu» y de sus terrenos o pertenecidos, el Sr. Ormazábal Alberdi promovió contra el Sr. Aguirrebengoa Rouse (propietario-arrendador) proceso solicitando su derecho de acceso a la propiedad del referido caserío alegando ser titular de un arrendamiento anterior a 1942; el Sr. Aguirrebengoa defiende, por el contrario, que el contrato de arrendamiento vigente entre las partes es de fecha febrero de 1946 que no es continuación de otro precedente de 1931 celebrado entre el padre del propietario-arrendador (Sr. Aguirrebengoa Lardizábal) y el abuelo del arrendatario demandante (Sr. Ormazábal Usabiaga), pactado por 10 años y que se extinguió (tras el transcurso de dos prórrogas) en 1943, recuperando después el propietario arrendador el cultivo directo de los terrenos. En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda formulada sobre derecho de acceso a la propiedad del arrendatario (desestimando asimismo la demanda reconventional en reclamación de cantidad por considerar inadecuado el procedimiento). La Audiencia Provincial de San Sebastián desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirma la sentencia impugnada en todos sus pronunciamientos. Ambas partes recurren; el Tribunal Supremo desestima el recurso del demandante, pero estima el recurso del demandado en el sentido de imponer las costas de primera instancia en su totalidad al demandante Sr. Ormazábal Alberdi. (J.A.F.C.).

**48. Lugar de cumplimiento de las obligaciones.**— «De conformidad con la doctrina declarada por la Sala y por aplicación de lo dispuesto en el art. 1171 del Código Civil, en relación con los artículos 1500 del mismo texto

legal y 50 del Código de Comercio, el lugar de cumplimiento de las obligaciones es aquél en el que se haya hecho entrega de la mercancía».

**Competencia territorial cuando la mercancía viaja a «portes debidos».**— También según constante jurisprudencia, cuando la mercancía viaja a portes debidos y en defecto de cláusulas de sumisión expresa o tácita, aquélla se entiende entregada en el domicilio del vendedor (Sentencias de 2 y 15 de abril, 25 de septiembre de 1985 y 28 de noviembre de 1987)». (STS de 13 de mayo de 1993).

HECHOS.— El supuesto de hecho que origina la presente cuestión de competencia entre el Tribunal de Antequera (lugar de domicilio del comprador demandado) y el de Onteniente (domicilio del vendedor) consiste en una compraventa de plantas entre el vendedor, D. Francisco Gandía Casanova, actor que reclama del comprador, D. Antonio González Mesa, el pago de una parte del precio pendiente de abono. Parte de las plantas vendidas fueron remitidas a través de la empresa de transportes Pastor, y el resto le fueron remitidas por los propios medios de transporte del vendedor; en ambos casos la mercancía fue recibida a entera satisfacción del comprador. Se adjuntaron como pruebas un justificante de la agencia de transporte indicativo de que la remisión de la mercancía era a portes debidos, y una nota de entrega donde se expresa que «Las plantas viajan por cuenta y riesgo del comprador y a portes debidos desde la salida del almacén» y «En caso de litigio el comprador se somete a los Tribunales de Onteniente, con renuncia expresa a cualquier otro fuero o domicilio». El Tribunal Supremo resuelve el conflicto en favor del Juzgado de Onteniente. (J.A.F.C.).