

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA: NO ES APLICABLE SI EL DEPENDIENTE OBRO FUERA DE LA ACTIVIDAD ENCOMENDADA (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1990).

Hechos.—Un empleado cogió el tractor de su patrón, para dirigirse a un bar a medianoche con otras personas. Por su impericia se produjo un accidente, que ocasionó el fallecimiento de un acompañante. El dueño del tractor es absuelto de la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—Aunque la doctrina jurisprudencial viene manteniendo de forma progresiva un criterio de interpretación extensiva sobre la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código Penal, también hay que reconocer que la misma doctrina jurisprudencial, que no ha llegado a consagrar una radical objetivación de dicha responsabilidad, señala algunos condicionamientos a la aplicación del artículo 22 del Código Penal, uno de los cuales es que la actividad desarrollada por el autor del delito se halle inscrita dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad o tarea confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación, y sin que las llamadas extralimitaciones temporales o variaciones en la ejecución del servicio encomendado excluyan dicha responsabilidad, de tal manera que si el agente se extralimitó notoriamente en ellos o ejecutó los actos que determinaron el hecho criminal con total independencia de los cometidos que tenía asignados y debía desempeñar, no es posible extender la citada responsabilidad a la persona de quien laboralmente dependa, como dice la S de 18 de marzo de 1986, o según la de 30 de mayo de 1988, si el ilícito perpetrado por el dependiente quedó extramuros del área actuacional encomendada, en total ajena con aquel cúmulo obligacional o servicial puesto a su cargo, la responsabilidad subsidiaria se desvanece y no juega.

PESAN SOBRE LOS GANANCIALES LOS AVALES PRESTADOS POR EL MARIDO A UNA SOCIEDAD CUYAS ACCIONES SON PROPIEDAD DEL CONSORCIO CONYUGAL (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Es jurisprudencia constante que el embargo no altera en absoluto la naturaleza del crédito que asegura, ni su anotación en el Registro convierte a su titular en titular de un derecho real, pero sí que le confiere que cualquiera que adquiera la cosa embargada en virtud de acto jurídico posterior, la adquiera con subordinación al derecho garantizado por el embargo. La titularidad dominical de la esposa no tendrá virtualidad alguna para la prosperidad de la acción ejercitada, que no es otra que la tendente a impedir que se siga adelante la ejecución despachada contra los bienes embargados, pues es ésta la genuina finalidad de las tercerías de dominio, aunque participen en ocasiones de la naturaleza y efectos de la reivindicatoria de dominio. En el derecho anterior se prohibían al esposo, a quien correspondía la administración, los actos de disposición a título gratuito, los perjudiciales para la mujer y los que entrañaren grave riesgo. Ello dio ocasión a analizar si los avales por deudas podían equivaler a actos de disposición a título gratuito, que dio lugar a sentencias como la de 6 de octubre de 1980 del Tribunal Supremo, que les negó tal carácter. Pero el derecho actual, basado en la cogestión, en la igualdad de los cónyuges, reconoce a ambos capacidad para obligar a la sociedad y fija las deudas que deben pesar sobre ella, y en consecuencia lo que habrá que analizar es si la deuda contraída por el esposo, que no es un acto de disposición directo, pesa o no sobre la sociedad de gananciales, y en el caso de autos la solución debe ser afirmativa, por las siguientes razones: El marido, al avalar, hizo uso de su facultad de contratar, de la que gozan ambos esposos y que en modo alguno queda limitada por el matrimonio; actuó en favor de la explotación regular de los negocios, pues en tal concepto ha de entenderse el aval prestado a una sociedad cuyas acciones son propiedad de la sociedad conyugal y cuyos beneficios son beneficio para el consorcio. De todo ello se desprende que al atribuir al artículo 1.362 en su núm. 2 a la sociedad de gananciales los gastos que origina la tenencia y disfrute de los bienes comunes, y el núm. 4 la explotación regular de los negocios, debe concluirse que los bienes embargados no pueden ser sustraídos a la ejecución en marcha.

LA PRUEBA DE PRESUNCIONES TIENE CARÁCTER SUPLETORIO (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Como ha declarado con reiteración esta Sala, el carácter supletorio de la prueba de presunciones impone que sólo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios (Sentencias, entre otras de 11 de abril de 1947 y 5 de febrero de 1964).

PRELACION DE CREDITOS: LOS CREDITOS QUE CONSTAN EN ESCRITURA PUBLICA OSTENTAN MEJOR IERARQUIA QUE LOS DECLARADOS EN SENTENCIA FIRME (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Se plantea el problema jurídico de determinar la preferencia que deba darse, en las tercerías de mejor derecho en las que se ventilan créditos sin privilegio especial, a los títulos en donde constan tales créditos o a las sentencias de remate que los hayan reconocido. La jurisprudencia de esta Sala, aunque vacilante y en algunos casos contradictoria, se inclina más recientemente por establecer los siguientes presupuestos básicos: A) Las escrituras públicas de que se habla en el apartado a) del núm. 3 del artículo 1.924, deben ser equiparadas a las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio o por Agente de Cambio y Bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 93 del Código de Comercio y 1.218 del Código Civil; B) Tales pólizas o escrituras, en cuanto auténticos reflejos de la realidad crediticia, necesitan contener la liquidación pertinente, para que pueda ser conocido el alcance de la obligación, y la exigibilidad indubitada del crédito, por lo que su preferencia vendrá referida a la fecha de esta determinación; C) El elemento que concede el privilegio no es el crédito en sí, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado en uno de los documentos que menciona el precepto legal, y concretamente si es quirográfico, su preferencia frente a otros créditos de la misma naturaleza vendrá fijada con relación a la fecha de los documentos en que respectivamente tengan aquellos reflejo, sin que deban intervenir en sus calificaciones jurídicas otros rasgos del mismo; D) Con carácter genérico puede afirmarse que las preferencias que concede el artículo 1.924 CC a los créditos que constan en escritura pública o sentencia firme, si hubiere sido objeto de litigio, se explica y justifica por la indubitada autenticidad de dichos créditos, es decir, su preferencia deriva de la certeza "prima facie" habida cuenta de la intervención del fedatario público o del procedimiento judicial; E) Que de las dos órdenes preferenciales que establece el artículo citado, ostenta mejor clase o jerarquía el del apartado A) frente al del B), puesto que la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los ejecutivos, debiendo acudir con prioridad a los títulos que fundamentaran la acción ejecutiva, ya que cuando la certeza del crédito consta en estos títulos, aunque posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, habrá de atenderse a la fecha de la escritura y no a la de la sentencia; y F) Sostener posición contraria sería tanto como atribuir a un crédito escriturario indubitado de fecha anterior, peor condición de otros posteriores en el tiempo, por efecto de la fecha de una sentencia, ganada, en muchos casos, a consecuencia de circunstancias extrañas al propio crédito.

LA SUMISION A TRIBUNALES EXTRANJEROS TIENE CARACTER EXCEPCIONAL (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Los casos de incompetencia de la jurisdicción española en virtud de cláusula de sumisión a Tribunales extranjeros tienen un carácter rigurosamente excepcional, siempre que se den las específicas circunstancias indubitadas que no hagan aquella nula, sin resultar duda alguna tampoco respecto de la procedencia y firma por todas las partes de tan singular y excep-

cional cláusula de exclusión, debiendo recordarse además que en todo caso, la aplicación del Derecho extranjero obligaría a la parte que lo invoque a acreditar no sólo la exacta entidad de tal Derecho vigente, sino también su autorizada interpretación, tal como ha reiterado la Jurisprudencia de esta Sala, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, tanto respecto de la sumisión alegada como del contenido de dicho Derecho.

**EFFECTOS DE LA RENUNCIA A LA SOLIDARIDAD POR PARTE DEL ACREEDOR
A FAVOR DE UNO DE LOS DEUDORES (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1990).**

Doctrina de la Sentencia.—La obligación solidaria presupone una solidaridad de sujetos, activos, pasivos o mixtos, una unidad de objeto, una duplicidad en las relaciones obligacionales, tanto vinculantes externamente entre los acreedores y el deudor, o entre el acreedor y los deudores, como internamente de unos y otros entre sí, y finalmente una identidad de la causa común obligacional; la unidad de la prestación hace a la misma indivisible, sin posibilidad de fraccionar el crédito o la deuda, de forma que se debe la totalidad o se es acreedor del todo; principios doctrinales que nuestro ordenamiento recoge en el artículo 1.137 del Código Civil; junto a estas relaciones externas que ligan a los acreedores y a los deudores, existen las puramente internas entre estos dos grupos de sujetos, traducidas positivamente en las prevenciones de los artículos 1.145, 1.146 y 1.147 del Código Civil. La jurisprudencia tiene declarado que la renuncia a la solidaridad por parte del acreedor, frente a uno sólo de los deudores, externamente convierte al deudor beneficiado en mancomunado, por la parte de la deuda que le corresponda en la división interna, pero mantiene la solidaridad respecto a los demás deudores a los que no se refiere la renuncia, y ello sin perjuicio de mantenerse también en el orden interno el vínculo solidario del excluido, derivado de la insolvencia de sus compañeros. Semejante solución sostiene la doctrina en orden a la remisión o condonación de la deuda hecha por el acreedor, de la parte que afecta a uno de los deudores solidarios, supuesto contemplado en el artículo 1.146, atribuyéndose al deudor condonado la liberación de la deuda frente al acreedor condonante, y también frente a sus compañeros codeudores, salvo los supuestos establecidos en los artículos 1.145, 1.147 y último párrafo del propio 1.146, pero en todo caso manteniéndose inalterable la solidaridad de los demás deudores no favorecidos por el acreedor común.

**CONSTITUYE RUINA DE UN EDIFICIO LOS DEFECTOS QUE EXCEDEN DE
IMPERFECCIONES CORRIENTES (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1990).**

Doctrina de la Sentencia.—Conforme a constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el concepto de ruina viene empleado en un amplio sentido, sin ser preciso que el inmueble quede o pueda quedar materialmente en ruinas o comprometida su estabilidad, bastando para calificarla como tal, la existencia de defectos constructivos que por exceder de simples imperfecciones entrañen una suerte de ruina potencial que haga temer por su pérdida futura, y aquellas otras que hagan inútil la edificación para la finalidad que le sea propia, sin que sea

preciso que los defectos afecten al inmueble en su totalidad, pudiendo entenderlos, en definitiva, como aquellos que por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL INDEMNIZACION DE DAÑOS (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que es doctrina de esta Sala la de que el principio de que el incumplimiento de un contrato por sí solo no implica ni supone la existencia de perjuicios, al efecto de relevar de la prueba de los mismos, no es tan absoluto que en los supuestos en que los hechos acreditados por la partes o por ellos admitidos se deduzca la existencia del daño.

AL FLETAMENTO DE AERONAVES SE LE APLICAN LAS NORMAS DE DERECHO MARITIMO (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Nuestro derecho sustantivo no regula ni el fletamento ni el arrendamiento de aeronaves. La doctrina acude por ello a la aplicación analógica de las normas propias del Derecho marítimo para decidir las cuestiones cuya regulación no la haya previsto la libertad contractual de las partes. Según el derecho marítimo, se entiende genéricamente como contrato de fletamento aquel que tiene por objeto la explotación de un buque y consiste en proporcionar su utilización a persona distinta del propietario. Otra forma de cesión del uso es el arrendamiento, para cuya distinción con el fletamento se destaca por la doctrina que en el arrendamiento el propietario de la nave se desliga del resultado económico de la empresa de transporte, mientras que en el fletamento propiamente dicho el fletante no se desliga de la perfecta consumación de la obra. Sobresale en el fletamento el transporte sobre la cesión de la cosa.

PARA EL EXITO DE LA ACCION RESOLUTORIA DEL ARTICULO 1.504 HANDE CONCURRIR LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL 1.124 (SENTENCIA DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Es amplísima la doctrina de esta Sala que declara a los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil compatibles y complementarios, entendiendo que el 1.504 constituye una especialidad en la regla general contenida en el 1.124. Cuando se trata de la falta de pago del precio en la venta de los bienes inmuebles, y ha existido un correcto requerimiento judicial o notarial, queda vedado para el Juez el otorgamiento de un nuevo plazo, según los términos del artículo 1.504; pero esto no impide que para el éxito de la acción resolutoria regulada en este artículo, sea indispensable que concurren los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción derivada del artículo 1.124.

SOLO RIGE EL "ONUS PROBANDI" CUANDO HAY INEXISTENCIA DE PRUEBA
(SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala la que enseña que el "onus probandi", entendido en su recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien la carga de la misma, sólo entra en juego cuando hay inexistencia probatoria, pero no cuando hay demostración en los autos, supuesto en el que no importa quien lo haya llevado a los mismos y que no se altera el principio de distribución de la carga de la prueba cuando, en la instancia se realiza por la Audiencia una apreciación de la aportada por la partes, y se valora luego su resultado.

*LA REGULACION ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO DE CORRETAJE NO DES-
VIRTUA SU NATURALEZA CIVIL* (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—El llamado "corredor civil", actúa sólo por una parte con la cual únicamente tiene relaciones contractuales. Actuación en la que el mediador no promete la conclusión del contrato objeto del cargo, ya que ese hecho, no depende de su voluntad, sino de la de los interesados. La obligatoriedad para la entidad recurrida de tal contrato, "cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado" (art. 1.278 del Código Civil) es evidente. A ello no es en absoluto obstáculo que la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria esté sujeta a una reglamentación oficial; en primer lugar, porque el contrato que gestionó el actor recurrente no es de los regulados por tal reglamento, y en segundo lugar, porque la existencia de una reglamentación administrativa no altera la naturaleza jurídica del contrato de Derecho civil que tiene la mediación o corretaje en todas sus variedades, sometidas o no a reglamentación administrativa, puesto que esta última no señala en ningún caso la nulidad de los contratos realizados en contravención a la misma, y las formalidades que en aquella reglamentación se señalan evidentemente no afectan tampoco a la obligatoriedad y existencia de los contratos, sino que representan únicamente, como da a entender la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1968, garantías jurídicas de las transacciones, siempre sin perjuicio de las sanciones de carácter administrativo que en su caso sean aplicables. El contrato de corretaje o mediación aunque no regulado expresamente en las leyes civiles, es un contrato con sustantividad propia, calificado de innominado "faciout des", principal, consensual o bilateral, que se rige por los títulos I y II del Libro IV del Código Civil, y por las disposiciones relativas al contrato de mandato. Regulación sustantiva que no admite en casos como el debatido, modificaciones de ese carácter deducidas en normas administrativas.

*NAVARRA: EL ESPOSO FIADOR PUEDE AUTORIZAR AL ACREEDOR PARA
QUE VENDA UNAS ACCIONES PER TENECIENTES A LA SOCIEDAD DE CON-
QUISTAS* (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La cuestión suscitada no se reduce a determinar si prestada una fianza simple y genérica por uno de los cónyuges en favor de

tercero, en su momento puede el acreedor, por su propia, exclusiva y unilateral decisión, tratar de hacer efectiva dicha fianza sobre bienes comunes de la sociedad conyugal ("bienes de conquista", según la terminología foral navarra), pues si esa fuera, la solución de la misma habría de ser claramente negativa, pues así viene a establecerlo la Ley 61 del Fuero Nuevo de Navarra (en su redacción anterior a la Ley de 1 de abril de 1987), al prescribir que la fianza prestada en favor de tercero por uno sólo de los cónyuges afectará exclusivamente a los bienes privativos de éste. Pero el problema planteado en el litigio a que este recurso se refiere, es el de determinar si el esposo al constituirse en fiador de un tercero, puede por sí solo pactar y autorizar expresamente al acreedor para que, llegado el momento de hacer efectiva la fianza, pueda proceder, en nombre suyo (del esposo fiador), a la venta de unas acciones pertenecientes a la sociedad de conquistas, formada por dicho fiador y su esposa.

La Ley 86 de la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, dentro del ámbito de las facultades dispositivas sobre dichos bienes, en su redacción anterior a la reforma por la Ley de 1 de abril de 1987, concede al marido la facultad de disposición "inter vivos" y a título oneroso de los bienes de conquista, con la única excepción de que no podrá enajenar ni gravar, sin consentimiento de la mujer, bienes conquistados inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles o sus elementos esenciales. Dentro de dicho supuesto de excepción no se encuentran incluidos los títulos valores, a los que corresponde el tratamiento jurídico de las cosas muebles.

LOS CULTIVADORES DIRECTOS DE UNA FINCA RUSTICA ASUMEN LOS RIESGOS DE LA EXPLOTACION(SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1990).

Hechos.—Se produjo una colisión entre una avioneta dedicada a la fumigación de unas tierras de cultivo y una moto que cruzaba la pista de aterrizaje, que estaba en las mismas tierras. La propietaria de los terrenos, que los tenía cedidos en arrendamiento es absuelta, y condenados los arrendatarios.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien la propietaria se beneficia de la finca por tenerla cedida en aparcería, arrendamiento o cualquiera otra clase de cesión, ello es irrelevante a los efectos que se pretenden, puesto que es independiente del beneficio de la explotación agraria en sí misma considerada, que mantienen los arrendatarios, quienes por virtud de la misma incurren en responsabilidad subjetiva por culpa "in vigilando" o "in eligendo" al no cerrar el camino que accede a la pista en los momentos en que se utiliza, o colocando vigilantes que eviten la irrupción de personas extrañas a las operaciones de la navegación aérea, pero ello no puede racionalmente alcanzar a quien cumple con la simple cesión del precio a los terceros que la cultivan y asumen los riesgos plenos de la explotación rural, como poseedores directos e inmediatos del inmueble rústico.

SOCIEDADES IRREGULARES. PARA QUE LOS SOCIOS CONSERVEN LA PROPIEDAD DE LO APORTADO, TALES APORTACIONES HAN DE MANTENER INDEPENDENCIA (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Al estar las sociedades irregulares carentes de personalidad jurídica, por permanecer sus pactos secretos entre sus socios, tal

como establece el artículo 1.669 del Código Civil, se rigen en cuanto a terceros por las normas de la comunidad de bienes, porque si ciertamente en sociedades de tal naturaleza, en cuanto vinculan entre sí a los socios, se viene considerando que cada uno de los socios puede reclamar lo que del pacto social se derive, sin afectar a terceros, y por tanto conservar la propiedad de sus aportaciones, ello hay que entenderlo en el sentido de que se trate de aportaciones societarias que mantengan independencia, o sea con posibilidad de desligarlo del ente físico social constituido, pero no para el caso de que la aportación quedó integrada en lo que físicamente forma la sociedad, pues en tal supuesto se produce una situación de cosa indivisible, por naturaleza o función económica, que por aplicación de lo normado en el artículo 400 del Código Civil, sólo posibilita que, al no existir convenio de que se adjudique a uno de los socios indemnizando a los demás, conduce a que la liquidación de la sociedad haya de realizarse, de persistirse en que se lleve a efecto, mediante su venta y reparto de su precio entre los socios en la proporción cuantitativa que respectivamente les corresponde.

SON ANULABLES Y NO NULOS LOS ACTOS REALIZADOS POR EL MARIDO SIN CONSENTIMIENTO "UXORIS" (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La ley (arts. 1.375 y 1.377 del Código Civil) habla de disposición *conjunta* de los cónyuges y de requerir el consentimiento de *ambos* cónyuges, expresiones que nada indican sobre la supuesta nulidad absoluta en caso de que su actuación no fuese conjunta. No se trata pues de normas imperativas o prohibitivas que tiñan sin más de nulidad radical a los actos que las contravengan; por consiguiente no es aplicable el artículo 6 del Código Civil; y la jurisprudencia de esta Sala (SS entre otras de 15 de octubre de 1984 y 6 de octubre de 1988) ha venido a sancionar la mera anulabilidad de los actos realizados por el marido sin el consentimiento "uxoris", o ha deducido ese consentimiento de forma expresa o tácita, también inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo incluso la pasividad de la esposa o su no oposición al acto realizado por el marido, o admitiendo la validez del acto que no lleva consigo perjuicio o fraude para tercero; es decir que incluso el silencio puede en estos casos ser revelador del consentimiento.

NO ES LICITO SACAR CONSECUENCIAS JURIDICAS Y NO FACTICAS DE LA CONFESION (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Según reiterada doctrina de esta Sala, la fuerza probatoria de la confesión judicial prestada bajo juramento indecisorio, que no puede dividirse, no es superior a la de los restantes medios de prueba, en cuyo conjunto o ha de ponderarse aquella a la luz de la sana crítica, sin que sea lícito sacar o hacer derivar de la confesión consecuencias jurídicas y no fácticas.

DERECHO DE OPCION: CARACTERISTICAS (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La recurrente identifica y asimila el derecho de opción con el derecho de retracto, lo que es totalmente inadmisibile y por tanto no puede aplicarse al derecho de opción la doctrina científica o jurisprudencial desarrollada sobre el derecho de retracto. El derecho de opción, de naturaleza jurídica personal, es un contrato principal, pues no puede sostenerse que se halle subordinado a la declaración de voluntad del optante manifestándose conforme con los términos de la oferta, ni puede decirse que sea una mera cláusula de otro contrato. Además la opción origina un contrato unilateral, pues sólo crea para el concedente la obligación de mantener su oferta y para el optante el derecho de aceptarla o dejarla caducar. Pero en su fase evolutiva posterior, realizada la opción positiva en el plazo señalado, se torna en bilateral, puesto que el optante asume ya las obligaciones derivadas de la oferta (pago del precio, recepción de la cosa etc.). Es por último un contrato consensual, creador a favor del optante de un mero derecho obligacional. Características que junto a otras e incluso por sí solas, son suficientes para no confundir la opción contractual con el derecho real de retracto en cualquiera de sus variedades.

LA ASUNCION DE DEUDA ESTA ADMITIDA EN NUESTRO DERECHO, PERO DEBE SER EXPRESA (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—En Sentencias de este Tribunal, entre otras, de 7 de diciembre de 1971 y 25 de abril de 1975, se ha sentado la doctrina jurisprudencial de que la transmisibilidad de las obligaciones en el aspecto pasivo, con excepción de las contraídas "intuitu personae", ha sido admitida por una doctrina jurisprudencial reiterada, que al igual que la de los autores, entiende superada en el Derecho moderno la añeja concepción del acentuado personalismo del vínculo obligatorio, inseparable de acreedor y deudor, y afirma que aquella figura no se opone a las líneas dogmáticas del Código sustantivo, acudiendo para construirla al marco de las normas reguladoras del cambio de persona del deudor en las obligaciones, con efectos de novación meramente modificativa, tal y como resulta del artículo 1.203-2.º, en relación con los 1.204 y 1.205.

La asunción de deuda debe ser expresa, con constancia de una específica declaración de voluntad en este sentido por parte del asuntor, así como el conocimiento del acreedor, no siendo admisible en forma tácita y presuntiva.

CUANDO LA ADMINISTRACION ACTUA COMO PERSONA JURIDICA PRIVADA, ESTA SOMETIDA A LA JURISDICCION CIVIL (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Si bien es cierto que el artículo 1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa atribuye a dicha jurisdicción el conocimiento de las pretensiones deducidas en relación con los actos de la Administración Pública, en la que se incluyen las Corporaciones y Entidades

locales, no lo es menos que su artículo 2 excluye de la misma las cuestiones de índole civil atribuidas a la jurisdicción ordinaria, pero es que además la actuación de la Administración Central, Provincial y Local, que queda fiscalizada por la jurisdicción especializada, es la estrictamente administrativa, es decir la generadora de un acto administrativo, en el que el ente público actúa como poder o en ejercicio del "ius imperii", o sea, por causa de "utilidad pública o social". Pero en aquellos otros casos en que la Administración actúa más bien como persona jurídico-privada, se impone la fuerza atractiva de la jurisdicción civil.

CONTRATO DE SEGURO: PARA QUE LA IMPRUDENCIA GRAVE QUEDE EXCLUIDA DEL RIESGO, HACE FALTA LA EXPRESA ACEPTACIÓN DEL TOMADOR DEL SEGURO (SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Hechos.—Dos personas que viajaban en una furgoneta se quedaron sin gasolina. Para pasar la noche encendieron un brasero dentro de ella y se quedaron dormidos, falleciendo al inhalar monóxido de carbono. La Compañía aseguradora es condenada a indemnizar, pese a que alegaba imprudencia grave.

Doctrina de la Sentencia.—La imprudencia grave, excluida en la póliza, que no en la Ley, tenía que ser objeto de una expresa aceptación por parte del tomador del seguro, único extremo que le daría validez, lo que concuerda igualmente con la exigencia de precisión y claridad, dada la naturaleza de contrato de adhesión que le alcanza. La imprevisión de dormir en lugar cerrado y con un brasero encendido en modo alguno puede equipararse a intencionalidad directa, indirecta o eventual, ni a culpa con representación ni a actuar consciente, so pena de pretender un actuar cuasi suicida, que en momento alguno se ha postulado; a lo más existiría una omisión de normas que por no ser inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia, sólo pueden exigirse en contados casos, constituyendo mera imprudencia simple, que no anularía la obligación contraída por la aseguradora.

PARA QUE LA HIPOTECA SEA PREFERENTE A UN EMBARGO, ES PRECISO QUE ESTE INSCRITA CUANDO SE ANOTE DICHO EMBARGO (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La línea jurisprudencial a propósito de la tercería de mejor derecho afirma que es un proceso intercalado dentro de juicio ejecutivo que no tiende a un pronunciamiento autónomo o por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que aspira a la consecución de una decisión judicial que conectada con el trámite del principal, de tal forma le afecte que convulsione lo hasta entonces en él resuelto; así si es de mejor dominio, la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de la cosa en el juicio ejecutivo, mientras que si lo es de mejor derecho, la orden de reintegrar el crédito del actor tercerista con preferencia al del ejecutante.

Para dirimir la controversia o concurrencia de los créditos, el artículo 1.923, al contemplar la preferencia de los créditos que se proyecten sobre determinados

bienes inmuebles del deudor e incluir en el número 3 los hipotecarios y en el 4 los preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, ha de considerarse que se tratará de créditos que hayan nacido en plenitud cuando se produzca esa concurrencia (la dicción de ese núm. 4 del art. 1.923 sobre un crédito ya preventivamente anotado en el Registro revela que el otro, el hipotecario del núm. 3 debe también existir ya); no podría tolerarse una solución insólita, como la derivada de que habiéndose, por ejemplo, embargado, con la anotación preventiva correspondiente, un conjunto de bienes de un deudor, con el mero otorgamiento con posterioridad de una escritura pública de garantía hipotecaria, con un ulterior acceso en el Registro, pretender luego la tutela de ese artículo 1.923 y afirmar la peregrina verdad de que, al tratarse ya de un crédito hipotecario, en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad, el automatismo de ese artículo 1.923 debe proyectar la primacía de su núm. 3 frente a la que se derivaría del artículo 1.924-3.º a), lo que desde luego es absolutamente rechazable.

LA ESPOSA PUEDE INTERPONER TERCERÍA DE DOMINIO SI EL AVAL PRESTADO POR EL MARIDO FUE SIN LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 1.365 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La cuestión se contrae a determinar si a instancia de la esposa procede o no alzar la traba de los gananciales operada en un procedimiento ejecutivo seguido contra el marido, como avalista en un contrato de préstamo mercantil, y por consiguiente de carácter gratuito, sin constancia alguna de que el afianzamiento constituido por el esposo lo fuese en interés y beneficio de la familia, ni prestado en el ejercicio ordinario de su profesión, arte u oficio, o en la administración ordinaria de sus bienes propios, y sin que tampoco aparezca que en ningún momento la esposa hubiese sido notificada del proceso de ejecución en marcha; en la acción de tercería no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndolas de la vía de apremio, lo que presupone la exigencia ineludible de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero, situación que ha de admitirse concurre en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del proceso ejecutivo en el que se embargaron bienes de esta naturaleza.

EL COLEGIO DE ARQUITECTOS ESTA LEGITIMADO PARA ENCARGARSE DEL COBRO DE HONORARIOS DEBIDOS A SUS COLEGIADOS (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La facultad de intervención y postulación procesal del Colegio Oficial de Arquitectos en reclamación del pago de honorarios profesionales devengados por alguno o algunos de sus colegiados, como una de las modalidades de legitimación por sustitución procesal, le viene legal y estatuta-

riamente conferida (como ya tiene declarado esta Sala en Sentencia de 29 de septiembre de 1983) por la Ley de Colegios Profesionales 2/1974, de 13 de febrero, que en su artículo 5 determina que corresponde a los Colegios Profesionales "encargarse del cobro de las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales con carácter general o a petición de los interesados, en los casos en que el Colegio tenga los servicios adecuados y en las condiciones que se determinen en los Estatutos de cada Colegio", y por su parte, y más específicamente, en los Estatutos de los Colegios de Arquitectos, aprobados por Decreto de 13 de junio de 1931.

LOS CREDITOS PREFERENTES DE LOS TRABAJADORES HAN DE INTERPRETARSE EXTENSIVAMENTE (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 32, apartado 1 del Estatuto de los Trabajadores, Ley de 10 de marzo de 1980, establece que "los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo, y en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca". Dentro del concepto de "salario" se ha de comprender la totalidad de los beneficios que obtenga el trabajador, incluso el eventual por haber sufrido un accidente, y por tanto las indemnizaciones que por despido le corresponden. La preferencia de cobro de esos créditos por salarios viene impuesta porque la "ratio legis" de las garantías del salario y subsiguiente privilegio del trabajador no autoriza una interpretación literal del artículo 32 citado, sino que el espíritu y finalidad de protección al obrero imponen una interpretación extensiva en el concepto expresado. Los créditos a favor de los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo, caben dentro del concepto de salario.

SOCIEDAD ANONIMA: PARA PROPONER LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SE REQUIERE ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Para promover la responsabilidad de los Administradores, reconocida en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, se requiere la existencia de previo acuerdo de la Junta general de accionistas, de tal manera que los accionistas que representando la décima parte del capital social solamente podrán entablar la mencionada acción de responsabilidad de los administradores cuando la sociedad no lo hiciere dentro del plazo de tres meses, contados desde la fecha en que se hubiese adoptado el acuerdo de efectuarlo, o cuando se hubiere producido acuerdo denegatorio de exigencia de tal responsabilidad; sin que a ello obste el contenido del artículo 81 de la citada Ley, dado que este precepto, en cuanto previene que "no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los Administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos, hay que entenderlo en el sentido de que se contemple una responsabilidad que afecte de forma directa aun socio o tercero, es decir, que no afecte al interés colectivo del ente social, sino a una persona concreta y determinada.

DERECHO CATALAN: NO ES INCONSTITUCIONAL EL PRECEPTO QUE DETERMINA LA PERDIDA DEL USUFRUCTO AL CONYUGE VIUDO QUE LLEVE VIDA MANIFIESTAMENTE LICENCIOSA (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Procede examinar si el párrafo cuarto del artículo 250 de la Compilación catalana, en su primitiva redacción, al establecer como causa de extinción del usufructo que en él se regula el hecho de "llevar vida manifiestamente licenciosa" el viudo, contradice los derechos fundamentales reconocidos en los artículos de la Constitución que se citan en el motivo; en cuanto al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, y es pacífica la doctrina al estimar que no se trata de un derecho absoluto, por lo que el mismo puede sufrir ciertas limitaciones impuestas por la Ley, lo cual ocurre en todos aquellos supuestos, principalmente en el ámbito de la relaciones familiares y sucesorias, en que el legislador hace depender el nacimiento, ejercicio o extinción de los derechos, de determinadas conductas de los sujetos, cuya divulgación constituiría un ataque ilegítimo a ese derecho fundamental, pero cuya prueba, por medios que en sí mismos no vulneran tal derecho, se hace necesaria; así en los artículos 756 del Código Civil y 253 de la Compilación catalana, al regular las causas de incapacidad para suceder por indignidad; en el propio artículo 250.4 de la Compilación en su redacción actual; en los artículos 853 y 854 del Código Civil al tratar de las causas de desheredación, o en los artículos 82 y 86 del mismo texto que describen las causas de separación matrimonial y de divorcio, preceptos que de admitirse la tesis recurrente serían inconstitucionales. De donde se concluye que el precepto examinado no ataca la intimidad familiar, siendo de tener en cuenta que en el mismo se requiere un elemento de publicidad de la conducta al usar el adverbio "manifiestamente", lo que elimina toda idea de invasión del ámbito íntimo de la persona. Tampoco resulta contrario el repetido artículo 250 *in fine* al derecho fundamental reconocido en el artículo 17 del texto constitucional, puesto que la existencia de la citada causa de extinción del usufructo, en modo alguno impide a su beneficiario la capacidad para tomar la resolución que estime conveniente en orden a su vida, ni constituye un motivo externo que presione la determinación de su voluntad en un sentido distinto del que hubiera decidido de no existir tal precepto.

La convivencia "more uxorio" de un hombre y una mujer quedaba incluida en supuesto de hecho descrito como "vida manifiestamente licenciosa" en el apartado 4 del artículo 250 de la Compilación de Cataluña en su redacción de 1960, puesto que a tenor de los criterios sociales y morales que regían la vida social en la época en que se promulgó la Compilación, las uniones extramatrimoniales o de hecho eran tenidas por "costumbres inmorales", "licenciosas", en términos del texto legal; por lo tanto las uniones de hecho estaban comprendidas en el citado precepto legal entre las causas de pérdida del usufructo, al igual que se incluyen en la actualidad de forma expresa en la vigente redacción del precepto a partir de la Ley de 20 de marzo de 1984, y no es aceptable la tesis de la recurrente de que las sucesivas redacciones del referido artículo prevén distintas causas de pérdida del usufructo, sino que por el contrario, existe entre ellas cierta identidad, habiéndose limitado la Ley de 1984 a dar una nueva redacción al precepto, eliminando del mismo las connotaciones morales y subjetivistas de su anterior texto, objetivando la causa de pérdida del usufructo al describirla como "vivir maritalmente de hecho con otra persona".

ESTA INCORRECTAMENTE CONSTITUIDO EL TRIBUNAL SI FORMA PARTE DEL MISMO EL MAGISTRADO QUE DICTO LA SENTENCIA EN PRIMERA INSTANCIA (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley que proclama el núm. 2 del artículo 24 de la Constitución, que viene a recoger las disposiciones que sobre el Tribunal independiente e imparcial se contienen en el Convenio de Roma de 1950 y en el Pacto de Nueva York de 1966, ha sido delimitado en su contenido por el Tribunal Constitucional al establecer en su Sentencia de 31 de mayo de 1983 que este derecho exige, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta lo haya investido de la jurisprudencia y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permite calificarle de órgano especial o excepcional. Pero exige también que la composición venga determinada por la Ley, que en cada caso concreto se siga el procedimiento establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente; habiendo afirmado en su Sentencia de 12 de julio de 1982 que el derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la ley comprende recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime que concurran las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad; tal derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley ha sido desconocido en el presente caso, al haberse integrado la Sala que conoció del recurso de apelación y dictó la sentencia recurrida, con el Magistrado que pronunció la de primer grado objeto de apelación, dándose así lugar a una incorrecta constitución del Tribunal, que debió ser observada de oficio, aun sin mediar recusación de la parte.

LOS CONTRATOS EN QUE LA RELACION ES "INTUITU PERSONAE" PERMITEN LA RESOLUCIÓN UNILATERAL (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Cualquiera que sea la naturaleza del contrato, mandato, arrendamiento de servicios, de obras, siempre habrá de percibir el precio el mandatario, arrendador o contratista, pero sólo el precio pactado y en la forma prevista en el contrato, y en todo caso manteniendo el mandante, arrendatario o dueño de la obra la posibilidad de desistir en cualquier momento, bien que sin perjuicio de indemnizar los beneficios dejados de obtener en caso de que el pacto tuviera duración o terminación previstas. Todos los contratos en que la relación es de algún modo "intuitu personae" permiten la resolución unilateral, como ya se ha dicho en jurisprudencia reiterada y conocida.

LA JURISPRUDENCIA ADMITE LA SOLIDARIDAD DE LA OBLIGACION CUANDO EL INTERES JURIDICO PROTEGIDO ASI LO RECLAME (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Se alega en el recurso la pretendida violación del artículo 1.137 del Código Civil, en cuanto a la sentencia recurrida se hace una

declaración condenatoria de la sociedad irregular y de su único administrador, para que solidariamente se efectúe la liquidación y el abono de las participaciones correspondientes a los actores. Si el citado artículo 1.137 del Código Civil establece la no presunción de la solidaridad, la reiterada doctrina de esta Sala ha atenuado el rigor del precepto, admitiéndola cuando la voluntad de las partes, la naturaleza del contrato, o el interés jurídico protegido así lo reclame.

NO PROCEDE LA ACCIÓN DE DESLINDE CUANDO LOS PREDIOS ESTAN PERFECTAMENTE DELIMITADOS (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—La acción de deslinde presenta caracteres propios, y puede ir unida o no a una acción reivindicatoria e, incluso, estar implícita en la contradictoria del dominio o en la que reclama el mismo, pero lo que no cabe duda es que presupone confusión de límites o linderos de las fincas y no procede cuando los predios están perfectamente identificados y delimitados, sin linde incierta, aunque una parte afirme lo contrario; tampoco habría problema alguno para que prosperase la reivindicatoria y no aquella, pero sería preciso que concurriera la existencia de título, y no lo es la simple falta de extensión real respecto a la registral si la finca aparece perfectamente deslindada.

EL EMBARGO HABRA DE RECAER SOBRE LOS BIENES QUE EN ESE MOMENTO PERTENEZCAN AL DEUDOR (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1990).

Hechos.—Unas maquinarias se vendieron con pacto de reserva de dominio, conforme a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos. Posteriormente la Recaudación del Estado trabó embargo sobre las mismas. Y después se produjo la caducidad registral de los contratos. Pese a esta circunstancia, la Sentencia declara que los bienes pertenecen a la entidad vendedora y ordena alzar el embargo sobre los mismos.

Doctrina de la Sentencia.—La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, o lo que es igual, sustraer de un procedimiento de apremio bienes del deudor y cuyo embargo sólo puede recaer sobre los que éste realmente tenga y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento; destacando pues de toda esa corriente jurisprudencial que es indispensable que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que éste realmente tenga incorporados a su patrimonio en tal momento.

El objetivo que se persigue en toda acción de tercerías de dominio es, estrictamente, determinar si el embargo acordado en el juicio ejecutivo del que trae causa ha de continuar, si la acción se desestima, ha de alzarse, si la misma se estima, si, el embargo se practica cuando estaba vigente en la inscripción de los contratos el repetido pacto de reserva de dominio a favor del tercerista, hay que derivar que en esa fecha, el tercerista era titular dominical de los bienes embargados y por lo tanto, al haberse efectuado dicho embargo sobre tales bienes,

tampoco se cumplió con la exigencia de que el apremio y el embargo correspondiente habrá de recaer exclusivamente sobre los bienes del deudor que en ese momento tenga; de consiguiente con lo anterior, es absolutamente irrelevante el dato, de que con posterioridad a la práctica del embargo se produjese la correlativa caducidad registral de los contratos a efectos de ese pacto de reserva de dominio, porque esas circunstancias, al devenir con posterioridad al momento relevante de la práctica del embargo, no trascienden y no pueden ser objeto, pues, de consideración estimatoria por parte de la Sala.

DERECHO NAVARRO: DONACIONES "PROPTERNUPCIAS" (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1990).

Doctrina de la Sentencia.—Según previene la Ley 115, en las donaciones "propter nupcias" se aplicarán las reglas siguientes: el donatario universal sucede como heredero, pero no responderá de las deudas que los donantes contrajeren con posterioridad a la donación, salvo si fuere en beneficio de la casa. Cuando en la donación universal los donantes se reservaren la libre disposición de bienes o cantidades se presumirá: a) que la libre disposición será tanto *inter vivos* como *mortis causa*; b) que la reserva se hace en favor de los donantes conjunta e íntegramente para el sobreviviente; de las deudas que los donantes ocultaren al hacer la donación responderán preferentemente los bienes que ellos se hubiesen reservado. Y de ahí que la posibilidad de que una donación "propter nupcias" los donantes se reserven la libre disposición de bienes o cantidades no sólo no resulta extraña en el Derecho navarro, sino que incluso se regula específicamente en la Ley 115-3 del Fuero Nuevo, partiendo evidentemente de la compatibilidad existente entre ambas figuras, es decir, entre la donación y la reserva por el donante de la libertad de disposición. Lo que conduce en definitiva a la aplicación prioritaria de la Ley 7 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, de acuerdo con el cual, conforme al principio "paramiento fuero vienze" o "paramiento ley vienze", la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de derecho, salvo que sea contrario a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad.

J. Q. S.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

FILIACION. RETROACTIVIDAD. LEY 11/1981, DISPOSICION TRANSITORIA 1.^a (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1988).

Declara que toda la materia relativa a la determinación, prueba y efectos de la filiación regulados en la Ley 11/1981, al resultar favorable para los hijos, viene

a concedérsele unos efectos de retroactividad en grado máximo, perfectamente acomodada al artículo 14 y a los principios constitucionales en esta materia.

PATERNIDAD. PRUEBA BIOLOGICA (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1991).

Concede pleno valor y eficacia en orden a la prueba de la paternidad al análisis biológico que concluye que la probabilidad de paternidad es del 99,91 por 100, en razón a que ese valor se encuentre dentro del rango considerado por K. HUMMEL y colaboradores como paternidad prácticamente probada, lo mismo que el índice de paternidad (IP) obtenido del 1293,48.

Confirma el criterio de la Sentencia de 5 de abril de 1990.

PATERNIDAD.—NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLOGICA. VALORACION (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1991).

La negativa a someterse a las pruebas biológicas, si bien ni implica ni supone una "ficta confessio", sí supone un valioso indicio, puesto en relación con los demás medios probatorios aportados, revelador de una falta de solidaridad y colaboración a la administración de justicia para determinar derechos de terceros ciertamente lamentable, si se tiene en cuenta el elevadísimo índice de fiabilidad, aspecto lógicamente cognoscible por el demandado dada su profesión de médico y cuya actitud obstruccionista significa un evidente ejercicio antisocial del derecho.

BIENES GANANCIALES. AVAL PRESTADO POR EL MARIDO EN INTERES DE LA FAMILIA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1991).

Admite la validez del aval prestado por el marido, administrador único de la sociedad anónima cuyo capital mayoritario es ganancial, avalando a dicha sociedad, sin que conste en ningún momento la oposición de la esposa, pues es preciso buscar el necesario equilibrio entre los beneficios que para la sociedad de gananciales se derivan de su actividad y los consecuentes riesgos y responsabilidades jurídicas que la actividad origina y produce, a lo que obedece el artículo 1.365, núm. 2 del Código Civil.

CONTRATOS ENTRE CONYUGES. COMPILACION BALEAR (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1991).

En régimen de separación de bienes son válidos los actos y contratos que celebren los cónyuges entre sí a título oneroso incumbiendo la prueba de este carácter a quien sostenga tal naturaleza.

SOCIEDAD DE GANANCIALES FACULTADES DEL MARIDO. ARTICULO 1.412 ANTIGUO DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1991).

Conforme al antiguo artículo 1.412 del CC, que atribuía al marido la administración de la sociedad de gananciales, su sola firma bastaba para obligar a dicha sociedad a la devolución de un préstamo, documentado en póliza de crédito, que no consta fuera utilizado en atenciones diferentes de la misma.

PRODIGALIDAD. SU FUNDAMENTO. ARTICULO 294 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1991).

El texto vigente del Código Civil regula prodigalidad como supuesto de sumisión a curatela con el fin de proteger el derecho natural a alimentos, y no derechos hereditarios como sucedía en el Derecho anterior.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de dicha Ciudad, al estimar que la Audiencia había tenido en cuenta el común sentir de la doctrina que entiende como pródigo a aquél que malgaste su caudal con ligereza, tanto por la cuantía de los dispendios como por el destino específico u objeto a que los destina, poniendo en peligro su patrimonio y los alimentos de sus deudos, afirmando que el demandado en los meses que van de agosto de 1985 a marzo de 1987 gastó diecisiete millones de pesetas y en el primer semestre de 1988 cinco millones quinientas mil, encontrándose la empresa fuente de los ingresos familiares en situación crítica tanto por los gastos y el interés del demandado hacia la otra mujer cuanto por el desinterés del mismo hacia la administración del patrimonio familiar. Y afirma el TS que "el contenido fáctico no permite a esta Sala afirmar que el importe de los gastos salga de las posibilidades económicas del que los realiza, puesto que se ignora cuál sea el volumen del patrimonio; nada se desprende sobre la existencia de parientes que perciban alimentos o se encuentren en trance de reclamárselos. Sólo se intuye el deseo de la esposa para evitar los peligros que para la sociedad de gananciales puedan provenir del "interés del demandado hacia la otra mujer", cuestión ésta que tiene adecuado tratamiento a través de las acciones protectoras de la sociedad de gananciales.

En consecuencia, no pudiendo apreciarse desproporción entre ingresos y gastos ni calificarse éstos como despilfarro o derroche, ni cual sea la importancia real del patrimonio ni el volumen razonable de gastos a tono con él, procede admitir el motivo de casación sin necesidad de comprobar si en el momento presente subsiste la legitimación de la esposa para instar la declaración o ya ha desaparecido como consecuencia de decisiones tomadas ya en los procedimientos matrimoniales".

PATERNIDAD. POSESION DE ESTADO. APRECIACION CONJUNTA DE LA PRUEBA. VALORACION DE LA NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLOGICA (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de este Capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Mediante la certificación de nacimiento, de la menor María Luisa A. R., se acreditó que fue inscrita en el Registro Civil de Madrid (Distrito del Congreso, Sección 1.ª, Tomo 795, Página 209), como nacida el 12 de junio de 1969, y, con los apellidos de la madre-actora R. D."

Posteriormente y a medio de expediente gubernativo, fueron sustituidos los apellidos de la referida menor, por los de "A. R.", correspondiendo el primero al demandado y se lo hizo figurar como hija de "Máximo", que es el patronímico de aquél. Dicho expediente se tramitó, unilateralmente por la madre-actora, sin que conste, interviniera el pretendido padre, en el mismo, recayendo resolución al respecto, dictada por el Ministerio de Justicia, en fecha 10 de abril de 1978.

Cuando se trata de determinar judicialmente la filiación, ante la oposición manifiesta del padre, que es la cuestión a debate, dicha inscripción registral, no constituye por sí, prueba única, plena y totalmente vinculante para justificar la posesión de estado, que es el objeto de postulación en la demanda creadora de la relación procesal. Dicha posesión no acredita fehacientemente, quienes sean los progenitores de una persona, tan sólo supone una situación fáctica que permite presumir quién puede ser el padre, y, la portación del acta de nacimiento, es una prueba más para la determinación judicial de la filiación pretendida (artículo 120-3.º del Código Civil), y, así lo entendió ciertamente el Tribunal de Apelación, al tenerla en cuenta, sólo a efectos de conjunción y relación con las demás probanzas practicadas, las que tuvo en cuenta, y valoró, para dictar resolución, en la que, estimando las pretensiones de la actora, decretó el reconocimiento de la paternidad del hoy recurrente, respecto a la menor de referencia. Es decir que, de esta manera, la sentencia atacada restableció, en cierto modo, la identidad formal y funcional de la situación que refleja el acta del Registro Civil y la posesión de estado, de la menor, como hija extramatrimonial del demandado, pues, en todo caso, la eficacia de dichas inscripciones, en su proyección probatoria, han de entenderse en su valor intrínseco, no meramente procesal y así lo dice expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 8 de junio de 1957 (Apartado II), en conformidad al artículo 2 de la misma y precepto 327 del Código Civil. Solamente reflejan una verdad de naturaleza oficial, al hacer fe de los hechos y actos inscritos, pero no crean una presunción "iuris et de iure", inatacable y totalmente firme, es decir medio de prueba única y absoluto, toda vez que cabe su cumplimentación y ratificación con los demás instrumentos probatorios permitidos por el ordenamiento jurídico.

El recurso no puede prosperar conforme a lo expuesto, pues el proceso valorativo, tanto en la primera instancia, como en la apelación, lo fue sobre el conjunto de las pruebas acreditativas de la posesión de estado pretendida, que enumera y recoge la sentencia que se revisa, para su análisis en bloques. El Tribunal de Apelación, no basó su resolución definidora, única y exclusivamente en el acta del Registro Civil de referencia, sino más bien en el total del cuerpo

probatorio, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que impide aislar una determinada prueba del contexto unitario de las probanzas, para atacarla y deducir conclusiones distintas, a las de las del Tribunal "a quo", pretendiendo imponer así, su interesada y subjetiva opinión (Sentencias de 8 de noviembre de 1985, 2 de octubre de 1987 y 26 de mayo de 1988).

Pero, a mayores razones, conviene hacerlo constar, la utilización pública, por la menor, del apellido A. correspondiente al recurrente, no le era desconocido a éste, y, buena prueba de ello, viene a ser que autorizó con su firma los boletines de notas del colegio, aportados en número de dos, uno del curso 1976-1977 y otro el correspondiente a 1978-1979, éste de fecha muy posterior a resolución de 10 de abril de 1978, que dictó el Ministerio de Justicia; deduciéndose, consecuentemente, una conducta de aquiescencia y aquietamiento del hoy recurrente, el que nunca impugnó, en forma procedente, dicha situación registral y estado civil, conforme autoriza, el artículo 140 del Código Civil, limitándose a desconocerla a partir del año 1982.

La sentencia atacada, reconoció la paternidad extramatrimonial del demandado-recurrente, aplicando la situación de posesión de estado, que se establece en el artículo 135 del Código Civil, en relación al 108 y 120 de dicho cuerpo legal, y artículo 39-3 de la Constitución.

El citado precepto 135, enumera, a falta de las siempre difíciles pruebas directas de la generación o del parto, una serie de pruebas, de naturaleza presuntiva o indirecta viniéndose a normativizar un amplísimo espacio acreditativo, conforme al artículo 127, del Código Privado, en cuanto se refiere a toda clase de probanzas, por lo que se incluyen las biológicas y antropomórficas, con los importantes avances logrados por la ciencia de investigación médica y conforme se consagró en el artículo 39-2 de la Constitución, en relación a su precepto 24-2, que dispone el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

La realización de tal prueba de investigación de la paternidad, cuya justificación ético social, ha de buscarse en el carácter prioritario y fundamental, del interés protegido, que es el derecho de toda persona a determinar su origen biológico, con independencia de la clase de filiación, encuentra en la dinámica de su práctica, ante los Tribunales, con oposiciones y reticencias, que tratan de buscar amparo legal, en preceptos constitucionales, y así el recurrente, se acogió a los artículos 15 (derecho a la vida e integridad), 18 (derecho a la intimidad) y 20-4 (respeto a los referidos derechos), para tratar de justificar su total ausencia de cooperación procesal, en la práctica de dicha prueba. La aparente colisión de normas, efectivamente no se produce, dado que el principio de la libre investigación de la paternidad, ha de respetarse y propiciarse. Si bien nadie puede ser sometido ni obligado coactivamente, ni por ninguno otro medio, a prestarse a tal prueba —como reiteradamente ha tenido ocasión de pronunciarse ésta Sala—, por lo que no puede ser determinativa de "ficta confessio", que la sentencia recurrida en forma alguna así estimó, sino que interpretó la posición del recurrente, relacionándola con las demás probanzas y, tras analizar, con detalle y precisión, sus diversas actitudes procesales, expresadas a través de su representación, desde la inicial, de estar dispuesto a dar toda clase de facilidades, pasando por la intermedia en que amparó su negativa, en una posible ausencia de España, hasta la final, con una invocación primera de escrúpulos religiosos, para llegar a negarse a la misma, expresa y en forma rotunda y personal, a medio, de la prueba de confesión que evacuó.

Si bien, como se sostiene, no juega la "ficta confessio", ante una situación clara negativa y de rechazo pleno; evidentemente, la Sala no ha podido perma-

necer impasible y ajena y así ha encauzado tales situaciones, en la vía probatoria de los indicios, por revelar un afán obstruccionista, estableciendo la tesis de que ello, puede denotar un fraude de Ley (artículo 6-4 del Código Civil) y un ejercicio antisocial del derecho (artículo 7 núm. 2 del Código Civil), sobre todo cuando los conocimientos culturales están en el orden del día y forman ya parte del acervo cultural común y general (Sentencias de 14 de octubre de 1985, 27 de junio de 1987, 14 de julio de 1988, 5 de diciembre de 1988). Mantener, y, en cierto sentido, amparar a ultranza el derecho individualista a negarse a las pruebas biológicas, no es de pleno recibo, ni encaja en la finalidad de los procesos, de obtener materiales auténticos, para la determinación posible de las verdades sustantivas, de los supuestos controvertidos, ni se conjuga con una adecuada administración de Justicia, como tarea colectiva, a fin de lograr un mejor orden social y así ha sido la progresiva posición de la Sala, que se plasmó en las recientes Sentencias de 15 de marzo y 24 de mayo de 1989, determinando lo expuesto, la improcedencia del motivo.

FALLAMOS

Que debemos de declarar y declaramos, no haber lugar al Recurso de Casación, interpuesto y sostenido, por don MÁXIMO A.M. contra la Sentencia, de fecha veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección novena), en las actuaciones procesales de que se trata, con imposición a dicho recurrente, de las costas del recurso y pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

PRESUNCION MUCIANA. IRRETROACTIVA ARTICULOS 14 Y 24 DE LA CONSTITUCION Y 20 Y 23 DE LA COMPILACION CA TALANA. LEY 13/1984, DE 20 DE MARZO (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada y apelada contra la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de dicha Capital y absuelve a la demandada, conforme a los siguientes fundamentos:

PRIMERO.—El relato de los particulares que siguen, referido a los antecedentes del caso, deviene preciso para la adecuada comprensión y decisión del presente recurso: a) El actor-recurrido, don Jaime S. G., mediante demanda de juicio de mayor cuantía dirigida contra su todavía cónyuge doña Francisca G. A., dedujo pretensión, con fundamento sustancial en los artículos 20 y 23, de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, aprobada por Ley 40/1960, encaminada a obtener una sentencia que declarase la nulidad de las adquisiciones que por título oneroso, según escrituras de compraventa de inmuebles, otorgadas de consuno, por marido y mujer, constante matrimonio, había realizado la mujer en concepto de *pro indiviso* y en proporción de cuotas mitades, al entender que tales contratos, encubrían, en realidad, donaciones, cuya prueba resultaba favorecida por la presunción muciana. b) La actora-recurrente, tras la resolución de artículos procesales previos, contesta en forma a la demanda, con

fecha 24 de mayo de 1984, esto es, promulgada ya la Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo, modificativa del texto de la Compilación antes citada "básicamente para adaptarlo a los principios constitucionales"; entre otras alegaciones, invoca la inaplicabilidad de la presunción mencionada y los preceptos relacionados, así como la aplicabilidad al caso de las nuevas normas de Derecho civil catalán, solicitando la desestimación de la demanda y la consiguiente absolución. c) La sentencia impugnada, que revoca la absolutoria de primera instancia, condena a la demandada en los términos pedidos por el actor; entiende, en síntesis, la referida sentencia, previo análisis de las normas de Derecho intertemporal que juzga conducentes, que la situación litigiosa se rige por la antigua Compilación, juicio que lleva a ponderar la aplicación al caso del artículo 20, aunque no del artículo 23, opuesto a la Constitución y derogado en consecuencia; para finalizar, al estimar probado, que los ingresos del matrimonio, provenían del actor, con la estimación de sus pedimentos.

SEGUNDO.—El primero de los motivos admitidos, fundado en el ordinal 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la indebida aplicación al caso del artículo 20 de la Compilación de 1960, en cuanto relacionado con el que se dice por la sentencia inaplicado artículo 23, lo que conduce a un resultado interpretativo lesivo pues pugna con lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil y artículo 24 de la vigente Constitución. Considera la recurrente que la aplicación independiente del artículo 20 sin tener en cuenta sus obligadas conexiones con el artículo 23, supone un fraccionamiento de la voluntad del legislador, que produce unos efectos más perniciosos para la mujer de los que se hubieran conseguido de respetar las exigencias de la presunción muciana que, en todo caso, como mal menor, hubieran llevado a obligar a la esposa a devolver la mitad del precio de las adquisiciones para consolidar su dominio sobre los bienes comprados y abunda en explicaciones acerca de las relaciones entre uno y otro precepto, que, cuando no son observadas, provocan interpretaciones no equitativas y crean situaciones de indefensión.

TERCERO.—La verdad es que no falta razón a la recurrente, pues la sentencia impugnada, no obstante sus referencias al origen histórico de la presunción y sus explicaciones sobre el Derecho comparado similar, desde los mismos supuestos normativos en que basa sus razonamientos, no alcanza a insertar lo que son las "presunciones mucianas" (con razón señala la doctrina, la existencia de una pluralidad) con el resto del precepto, esto es, del contenido del artículo 23, que sirve de soporte a la misma y cuyos referentes son de obligada observancia, si lo que se quiere es conectar con otro artículo el 20, que se sitúa en el mismo capítulo "De las donaciones entre cónyuges", máxime, cuando el enlace preciso, desde el punto de vista normativo que existe, entre nulidad de las referidas donaciones, en su caso, y los efectos de las adquisiciones que encubran donaciones de esta naturaleza, se halla en la interrelación de ambos artículos, de suerte que la escisión en la aplicación puede conducir a resultados no previstos. En efecto, si de una parte, se considera que la aplicación del artículo 23 ha devenido inconstitucional, lo que, desde luego ocurre, y, de otra, se funda la decisión en la subsistencia, a la fecha del negocio jurídico concernido, de la pretendida nulidad del artículo 20, se crea un híbrido supuesto de hecho normativo, cuyas consecuencias escapan a la previsión del legislador foral e introduce un cambio en la pretensión, que, aunque quizá hubiera podido denunciarse, por otra vía, dados los términos en que el problema se plantea, puede decirse que afecta al derecho de defensa como sostiene, con fundamento en el artículo 24 de la Constitución, la recurrente.

CUARTO.—Si bien la sentencia impugnada cita a los efectos de justificar la constitucionalidad del artículo 20 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960, la Sentencia de esta Sala Primera de 5 de octubre de 1987, no tiene en cuenta que el valor interpretativo de la misma, descansa sobre hechos diferentes de los ahora enjuiciados y, con un sentido finalista, cuyo alcance no coincide con el actual pues la "ratio decidendi" opera, precisamente, en favor de la admisión en ciertos supuestos de las donaciones entre cónyuges, aunque sujetas a posible revocación, con el resultado en el caso de que trataba de estimar la copropiedad como titularidad del bien y la necesidad de ejercitar la división sobre la cosa común.

QUINTO.—No cabe desconocer en relación con las alegaciones apuntadas someramente por la recurrente al exponer el motivo que se examina, que un importante elemento de reflexión acerca de la recta interpretación de las "presunciones mucianas", viene constituido por la significación y repercusión de los efectos de éstas en atención a los supuestos que contemplan. Abstracción hecha de las circunstancias de hecho, y como medio de explicitar el razonamiento, debe ahondarse en la evolución que experimentó la presunción muciana y sus variantes desde su formulación en las fuentes del "Corpus iuris" justiniano hasta su adopción cristalizada por el Derecho catalán en la redacción que le dio la Compilación, inmediatamente anterior al vigente Derecho catalán y cuya interpretación, deviene "caballo de batalla" en este asunto: las primitivas fuentes no autorizan a establecer la distinción entre precio de los bienes y los bienes mismos adquiridos, con efectos diferenciados sobre las consecuencias del negocio jurídico afectado, pero la doctrina clásica catalana desplazó el objeto de la discusión sobre el bien amparado por la presunción, desde el bien adquirido, al precio de la adquisición; de modo, que aunque, en principio, las tareas codificadoras sobre el Derecho civil catalán se limitaran a establecer la vigencia de la presunción, pronto se manifestaron tendencias enfrentadas; unos, los que defendían el principio de la subrogación real, esto es la extensión al bien adquirido de los efectos; y, otros, que ceñían los efectos de la donación al precio de la adquisición; finalmente, la Compilación de 1960 mostraba una redacción, que acoge según expone la doctrina, ambos casos, de modo, en lo que al supuesto de autos se refiere, que si la mujer justifica la adquisición de los bienes —lo que en el caso presente y en atención a los documentos y escrituras existentes, no plantea dudas— lo que se presume donado por el marido es el precio y no los bienes adquiridos. Esta tesis ha sido sostenida por autores de reconocida autoridad en Derecho foral y explicitada en algunas decisiones judiciales. En efecto, la exclusión del mecanismo de la subrogación real, aplicado a las consecuencias de hacer valer la presunción derivada del controvertido texto de Pomponio, inserto en el "Corpus", se funda, justificado el título de adquisición, en la imposibilidad de comunicación de los efectos jurídicos al patrimonio de la mujer, en virtud del régimen de separación de bienes, más allá de lo que alcancen a la estricta donación del precio que quedaría sujeto a restitución.

SEXTO.—De la exposición se deduce la razón que asiste a la recurrente, al destacar la contradicción que entraña la declaración de inaplicabilidad al caso de las reglas sobre las presunciones mucianas, criterio, en principio razonable, que, sin duda se apoya en la eliminación de las discriminaciones que proscribía el artículo 14 de la Constitución y el resultado que se produce por aplicación aislada del artículo 20, aplicación que resulta indebida, por cuanto soslaya, aunque otra cosa se diga, como tendremos ocasión de indicar, las exigencias que dimanarían de la restitución de la carga probatoria al actor y de la dispensa, operada en favor de

la actora, en plenitud de coherencia por abolición de la inversión del "onus probandi" en los extremos necesarios, y amplía, además, los efectos jurídicos materiales de la declaración, sin distinguir lo que es la norma procesal que establece la presunción y la norma jurídico material que establece los efectos de la situación derivada, junto con las consecuencias del cambio de pretensión, sutilmente acontecido, como resultado del cambio legislativo, que transforman la que resta en insustentable, y producen, por haber sido estimada, la indefensión que acusa la recurrente. Por ello, procede acoger el motivo esgrimido. El examen del segundo motivo carece de virtualidad en atención a lo dicho.

SEPTIMO.—La estimación del recurso obliga de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1715 a que la presente sentencia resuelva conforme a Derecho, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según ordena el párrafo 3.º del citado precepto, a cuyos fines es menester considerar si el relato de hechos, que estima la sentencia impugnada como probados, en función de las exigencias del "onus probandi", y de las objetivas derivadas de los hechos —tipos a probar, si se quieren anudar las consecuencias jurídicas establecidas, alcanzan la plenitud necesaria ya que central el núcleo probatorio en la procedencia marital de los ingresos familiares de donde se sigue sin más la procedencia del precio para las adquisiciones y aunque se afirme nominalmente la irrelevancia de la presunción y se apunte la dificultad de probar las simulaciones, queda huérfana de cobertura probatoria, la zona relativa al posible patrimonio o peculio de la excónyuge que reclamaba un tratamiento más concreto, aún por indicios, que la mera referencia a la posibilidad admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de desvirtuar la veracidad intrínseca de las declaraciones hechas ante Notario, por otros medios de prueba, dado que en varias de las escrituras públicas se consigna expresamente el carácter parafernial de la procedencia de la mitad del precio, con aceptación del marido, lo que determina una mayor onerosidad del deber probatorio de este, al valorar también, en la duda, la presunción que ampara su naturaleza en favor de la mujer presunción de parafernality, mantenida asimismo por la nueva Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo. Estas razones demuestran la insuficiencia de la prueba practicada y las carencias de su valoración para verificar adecuadamente la correcta operación de subsunción entre elementos normativos del supuesto y datos fácticos probados componentes del hecho-tipo, lo que por sí mismo conduciría a la desestimación de la demanda.

OCTAVO.—No obstante, ni siquiera la suposición de que se tratara de donaciones podría de acuerdo con las reglas de Derecho intertemporal que rigen la materia llevar a otro resultado. En efecto, la Ley 13/1984, vigente pendiente la tramitación de este asunto y antes de dictarse la sentencia de primera instancia, rompe en su artículo 20 con el tradicional principio de prohibición de las donaciones entre cónyuges y suprime la regla general del sistema anterior, aunque sin llegar a una asimilación completa con las donaciones entre extraños, en línea con el deseo de poner al día el Derecho de familia, al lado de los países europeos, y con la inspiración doctrinal que entiende que la citada prohibición pertenece a una concepción periclitada del matrimonio y, en consecuencia, que debe permitirse la permeabilidad entre los patrimonios de los cónyuges; la incidencia de tal norma sobre el caso controvertido, conduce a ponderar, cual es el Derecho vigente aplicable al caso, de conformidad con la remisión que la Compilación reformada realiza a las normas de Derecho transitorio del Código Civil (RDL 1/1984, de 19 de julio, disposición transitoria séptima: "las demás cuestiones de carácter intertemporal que surjan por razón de las variaciones que la entrada en

vigor de la Ley estatal 40/1960, de 21 de julio, y de la Ley catalana 13/1984, de 20 de marzo, puede implicar para el régimen jurídico civil vigente en Cataluña se resolverán aplicando el criterio que informe las disposiciones del Código Civil"), en concreto, a la recogida con el núm. 3 de las "disposiciones transitorias".

NOVENO.—El análisis de la mencionada disposición transitoria que en conjunto es trasunto del principio del Derecho de gentes, con obligada acogida en Derecho Penal, pero al que no son ajenos otras manifestaciones del Derecho, en su vertiente sancionadora en sentido amplio, que considera siempre aplicable la ley sancionadora más benigna cuando el evento oscile, entre dos leyes, una que sustituye a la otra, lleva, en primer término, a valorar si, efectivamente, la nulidad de las donaciones entre cónyuges se producen a causa de una penalidad civil; y así es, en efecto, pues el negocio jurídico aunque reúne todos los elementos intrínsecos y formales necesarios para su validez, deviene nulo, no por carencia de sus elementos esenciales, sino a causa de la vulneración de una prohibición establecida "ex iure civile", obediente a razones foráneas al negocio mismo; de aquí, que el Código disponga que si estas transgresiones están penadas, por la legislación anterior se aplique la disposición más benigna, y ello, determina que desaparecida la prohibición, no puedan sancionarse con la declaración de nulidad estas donaciones.

F. C. L.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

HERENCIA YACENTE. LEGITIMACION PASIVA (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1991).

Admite la legitimación pasiva de la herencia yacente en demanda por reclamación de préstamo simple.

MEJORA CONDICIONAL O CARGA (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1991).

Ordenada en testamento la mejora a favor de un hijo con la obligación, a cuyo cumplimiento queda subordinada, de que éste mientras vivan sus padres, habrá de habitar en la casa y compañía de los mismos, comiendo con ellos a igual mesa y mantel, cuidándoles y atendiéndoles en todas sus necesidades, tanto en salud como en caso de enfermedad, sin que conste que la marcha de la casa de la madre haya sido debida al desamparo en que la tuviese su hijo, el Tribunal Supremo entiende cumplida la obligación, pues la carga de la prueba corresponde en este caso a quien aduce su incumplimiento.

MODO TESTAMENTARIO (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1991).

Declara que el modo testamentario ha de ser cumplido conforme a la voluntad del testador.

LEGADO (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1991).

Dispuestos unos legados para quienes tuviesen la calidad de "servidores particulares" del testador e interpretada esta expresión como sinónima de prestación de servidores mediante contraprestación, no corresponde tal condición a quien no acredite haber prestado tales servicios remunerados.

TESTAMENTO NOTARIAL ABIERTO. NULIDAD. TESTIGOS. CONOCIMIENTO DEL TESTADOR (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes y con el voto particular en contra de dos de los cinco Magistrados que componían la Sala, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que revocó la del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de esta capital, absolviendo a los demandados de los pedimentos contenidos en la demanda.

Los fundamentos de Derecho que dieron lugar a la sentencia mayoritaria del Tribunal Supremo, de los que resultan claramente los hechos, son los siguientes:

Primero.—La cuestión litigiosa, sometida hoy a examen casacional, se centró, esencialmente, en la nulidad o validez del testamento abierto otorgado por don J. L. E. el 27 de enero de 1967 ante el entonces Notario de Madrid don ... El Juzgado de Primera Instancia acogió la primera de dichas tesis, mantenida por los actores, y congruentemente dio validez al otorgado ante el propio Notario en 15 de diciembre de 1965. La Audiencia, por el contrario, revocó la sentencia del Juzgado y declaró válido el testamento impugnado, último de los otorgados por el testador. Contra esta resolución, de 29 de noviembre de 1988, recurren los demandantes.

Segundo.—Sienta la Audiencia que ninguno de los tres testigos instrumentales conocía antes del otorgamiento al testador, pues fueron llamados por el Notario en tal momento y así lo manifestaron en las cartas que dirigieron a los actores, ratificándolo después a la presencia judicial y siendo esta intervención en los testamentos habitual, según constaba al folio 709 (en el año 1967, don Aurelio Martínez Ruiz figuró como testigo en 142 testamentos, don Cesáreo Cámara Casas en 72 y don Eutimio Pérez Colinas en 84; en 1968, el primero en 182, el segundo en 69 y el tercero en 2), pues eran, respectivamente, porteros del inmueble y del colindante y encargado del garaje sito en este, lo que facilitaba que los avisasen. No obstante la redacción de los artículos 685, 686 y 687 del Código Civil, partiendo de que la "ratio esendi" del conocimiento por los testigos es asegurar la identidad del testador y citando el artículo 23 de la Ley del Notariado, 184 y 185 de su Reglamento de 1944, llega a la conclusión de que "si el Notario

puede identificar y conocer a los otorgantes en el momento mismo de realización del acto o contrato por medio de documentos, no hay razón para que no lo puedan hacer los testigos instrumentales, bastando con ese conocimiento adquirido al ser llamados", aparte de que "los tres testigos instrumentales tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con certeza total y absoluta a la persona cuya última voluntad se recogía en aquel momento, sin que la ley exija un conocimiento anterior y pleno, de su vida y circunstancias", por todo lo cual y como "el suplico de la demanda lo que pide es no sólo la nulidad del testamento de 27 de enero de 1967, sino también que se declare la validez del otorgado 13 meses antes, el 15 de diciembre de 1965, precisamente ante el mismo notario, y con exhibición del mismo Documento Nacional de Identidad", sin que se pusiera en duda la identidad del testador, que es lo que persigue el requisito de los testigos, que considera desfasado, aplicando el artículo 3.1 del Código Civil y considerando más segura la identificación documental que la testifical, especialmente en las grandes ciudades, concede plena validez y eficacia al testamento impugnado.

Tercero.—De los cuatro motivos del recurso, el primero se incardina en el núm. 4 del artículo 1692 de la LEC y los restantes en su número 5.º; aquél denuncia error en la aseveración de que los testigos instrumentales tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con certeza total al testador y afirma que no consta si los emplearon, ni cuáles fueren, apoyándose en las cartas dirigidas por don E. P. C., don A. M. R. y don C. C. C. a los impugnantes, comunicándoles que "con referencia al testamento otorgado por su difunto padre don J. L. E. en 27 de enero de 1967, ante Notario que fue de esta capital don M. G. E. no conocían al señor L.E. y que si intervinieron fue a ruego del Notario don M. G. E. que conocía al testador", cartas reconocidas en período probatorio; los restantes acusan infracción, respectivamente, del artículo 23 de la Ley del Notariado, aplicada indebidamente, al regir para la materia lo dispuesto en los artículos 685 y 686 del Código Civil, que se interpretaron erróneamente, por ser los requisitos que recogen *ad solemnitatem*, y no aplicación del artículo 687, sancionador de la nulidad de los testamentos cuando no cumplan las formalidades establecidas para los mismos. El primer motivo tiene que fracasar, al basarse en declaraciones testificales que, aunque recogidas en unas cartas, no cobran valor hasta que se contesta a las preguntas formuladas dentro del proceso, y entonces se valoran por el Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica (art. 659 de la LEC), que es lo que ocurre también cuando las manifestaciones anteriores al proceso se recogen en acta notarial, que tampoco sirven como documentos de apoyo a efectos del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley Procesal, según tiene declarado esta Sala. No obstante, la casación ha de ser acogida, porque al establecer el artículo 685 del Código Civil que "el Notario y dos de los testigos que autorizan el testamento deberán conocer al testador, y si no lo conocieren, se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario y de los testigos instrumentales", se está exigiendo una forma concreta y determinada para la exteriorización de la voluntad, y si no se cumple con el medio señalado el testamento será ineficaz, nulo, cual sanciona el artículo 687 del propio texto legal; la forma es así requisito *ad solemnitatem* y no *ad probationem*, afecta a la propia sustancia del negocio, que si no se ajusta a ella no llega a nacer, según el tan conocido principio *dat esse rei*, y ni aún acreditándose más tarde que tal era la auténtica voluntad del testador cabe concederle efecto alguno, pues voluntad y forma de expresión marcada por la Ley forman unidad indisoluble, de imposible disociación. Ciertamente que la jurisprudencia ha ido

eliminando el rigorismo que ni racional, ni lógicamente, cabe admitir, cual el que no sirvan como testigos de conocimiento los instrumentales, según señalaron las Sentencias de 27 de mayo de 1914 y 12 de junio de 1926, extremo ratificado por la Ley de 1 de abril de 1939 (art. 2.º, "en los testamentos intervendrán los testigos exigidos por la legislación vigente pudiendo los instrumentales ser a la vez testigo de conocimiento. No será necesario que los testigos tengan vecindad o domicilio en el lugar del otorgamiento cuando aseguren que conocen al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos"), pero ni el artículo 23 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, redactado conforme a Ley de 18 de diciembre de 1946, ni los artículos 184 y 185 de su Reglamento de 1944, permiten desconocer que, según el artículo 29 de aquélla, "lo dispuesto en los artículos que preceden relativamente a la forma de los instrumentos y al número y calidad de los testigos y a la capacidad de adquirir lo dejado o mandado por el testador, no es aplicable a los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales regirá la Ley o Leyes especiales del caso", y conforme al artículo 143 de éste (Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944), que inicia su Título IV (en el que están contenidos dichos arts. 184 y 185), "a los efectos del art. 1.217 del Código Civil, los documentos notariales se regirán por los preceptos contenidos en el presente título" pero, "los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial, como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquéllos". Y tampoco cabe ampliar las declaraciones de una sentencia a supuestos de hecho no comprendidos en la misma, cual realiza la Sala de instancia, pues la Sentencia de 12 de junio de 1926 que cita se refiere a un caso en el que el Notario afirma que los testigos instrumentales, vecinos de esta corte —dice—, aseguran conocerse entre sí y responden de que también conocen al testador y que es el mismo de los nombres y apellidos, concurriendo las demás condiciones para la validez, y en la de 27 de mayo de 1914, que toma como antecedente y a la que ya hemos aludido, los testigos instrumentales eran conocidos del Notario y conocían previamente a la causante; pero en el litigio que nos ocupa, la propia Sala de instancia sienta como hechos probados que los testigos fueron llamados por el Notario sin que antes conocieran al testador, aunque luego afirme que tuvieron medios a su alcance para identificarlo previamente, supuesto que no se ajusta a ninguno de los tres contemplados en los artículos 685 y 686, que no pueden entremezclarse, lo que obliga a concluir que se dan cuantas infracciones jurídicas se denuncian y que si bien no existe error de hecho (basado sólo en declaraciones testificales) porque la sentencia impugnada recogió los datos que cita el primer motivo, si erró al subsumirlos en la norma y obtener consecuencias contrarias a ella, aparte de que tener al alcance medios de identificación no quiere decir que se empleen para establecerla, con lo que tampoco se habría cumplido el tercero de los modos contemplados en el artículo 686, resultando improcedente la referencia al artículo 3.1 del Código Civil, ya que la conclusión a que llega la Sala no se desprende ni del sentido de las palabras que emplea la norma, ni de su contexto, ni de los antecedentes históricos y legislativos, debiendo tenerse en cuenta, cual tiene advertido esta Sala, que el elemento sociológico exige prudencia y no dar trascendencia a estados o tendencias no fijados. Concluyendo: Es nulo el testamento de 1967; cual afirma el Juez, no tiene fuerza para revocar el anterior de 15 de diciembre de 1965, no impugnado; cae por su base la reconvención, al estar fundada en el uso indebido de la acción de nulidad; y la norma no puede derogarse por vía de interpretación.

De los cinco Magistrados que componían la Sala, dos formularon voto particular en los siguientes términos:

Muestran conformidad con el encabezamiento y fundamentos de hecho de la sentencia con la que se formula discrepancia, pero discrepan en cuanto a sus fundamentos de derecho, expresando los que suscriben como base de dicha discrepancia los siguientes fundamentos de derecho y fallo:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Con relación al primero de los motivos en que los recurrentes don A., don I. don E. y doña M. S. al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamentan el recurso de casación de que se trata, por pretendido error en la apreciación de la prueba efectuada por la Sala sentenciadora de instancia, basado en cartas de fecha once de febrero de mil novecientos setenta y seis, por las que don E. P. C., don A. M. R. y con don C. C. C. comunicaron a dichos recurrentes con referencia al testamento abierto, objeto de controversia, otorgado por don J. L. E. en veintisiete de enero de mil novecientos sesenta y siete ante el Notario que fue de Madrid don M. G. E., en la que habían intervenido como testigos, "que no conocían al señor L. y que si intervinieron fue a ruego del Notario don M. G. E., que conocía al testador", su inconsciencia y consiguiente desestimación surge de tener en cuenta que las referidas cartas, por su índole, naturaleza y contenido tienen el mero aspecto de manifestaciones de alcance testifical, y por tanto no pueden merecer el concepto de documentos a los efectos prevenidos en el invocado número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no venir provistos, ni por tanto merecer, el carácter de literosuficiencia, o veracidad "per se", preciso al respecto, y ser simplemente revelaciones con alcance meramente testifical, incluso producidas después del transcurso de nueve años del otorgamiento del mencionado testamento, de precisa constatación ante el órgano judicial, con las exigencias, requisitos y formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico procesal para tal medio de prueba.

SEGUNDO.—A efectos de decidir en orden a los motivos segundo, tercero y cuarto, formulados los tres al amparo del número 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y respectivamente fundamentados en infracción del artículo 23 de la Ley del Notariado, interpretación errónea del artículo 685 del Código Civil y violación del artículo 687 del mismo cuerpo legal sustantivo, es de tener en cuenta, de una parte, que en la sentencia recurrida, concretamente en su fundamento de derecho quinto, se establece y reconoce que los relacionados testigos intervinientes en el referido testamento "tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con certeza total a la parte cuya última voluntad se recogía en aquel momento", así como que en la misma sentencia, con el mismo aspecto vinculante en casación, se admite que al tiempo del otorgamiento del tan aludido testamento, el testador presentó su Documento Nacional de Identidad; y de otra parte, que la realidad de que don J. L. E., interviniente como testador en dicho testamento, fue la exacta persona que lo otorgó, y en consecuencia expresó en él su voluntad testamentaria, en manera alguna lo niega la sentencia recurrida, ni tan siquiera lo ponen en duda los demandantes, ahora recurrentes.

TERCERO.—Los aspectos fácticos expuestos en los precedentes fundamentos de derecho, y principalmente la singular circunstancia de que los mencionados

testigos intervinientes en el expresado testamento abierto hagan manifestación de no conocer al testador, después del transcurso de nueve años de haberse otorgado dicho testamento, hacen inconsciente, con base en sus solas manifestaciones, desdiciéndose de lo constatado notarialmente, la apreciación de falta de conocimiento del precitado testador por parte de aquellos testigos, puesto que habiendo afirmado conocerlo cuando el testamento fue otorgado, con la consiguiente secuencia del acto propio que implica, esa afirmación desdiciéndose no es por sí solo suficiente y eficiente, y más cuando al ser producida después de tan amplio período de tiempo como es el de nueve años, para alterar, con esa exclusiva tan ampliamente tardía manifestación posterior, lo que fue reconocido y constatado ante la fe notarial, dado el rigor que en todo momento es de exigir para que sea alterada, con la grave consecuencia, bajo un aspecto, de hacer ilusoria la real voluntad del testador, y bajo otro aspecto privar de sus normales efectos a un acto trascendente como es un testamento, reflejador de la voluntad testamentaria de quien realmente la manifestó, y cuya privación de normales efectos indudablemente debe venir basada en aspectos objetivos y plenamente ciertos, y no en meras rectificaciones subjetivas, con dudosa credibilidad, de lo que en su día fue solemnemente constatado en el acto de su otorgamiento, pues, aparte de suponer una evidente contradicción con actos propios personalmente manifestados, lo contrario, o sea el dejar sin eficacia a un testamento, contrariando lo en él expresado y notarialmente constatado, con simplemente desdecirse posteriormente de ello, y más después del transcurso de nueve años, sin otra base que negar lo anteriormente afirmado, cual sucede en el presente caso, llevaría al caos jurídico, y singularmente al de la actividad notarial, cuya garantía y trascendencia, precisamente por su carácter, requiere que para la declaración de ineficacia de los actos que de dicha actividad notarial emanen de la existencia de aspecto plena y objetivamente real, y no de significación dudosa, que como de tal índole viene falto de credibilidad, cual es, una vez más sea dicho, la expresión meramente subjetiva de quienes habiendo afirmado conocimiento, ante la fe notarial, posteriormente lo niega, incluso después de haber transcurrido nueve años.

CUARTO.—En consecuencia, al producirse, en virtud de lo expuesto en los precedentes fundamentos de derecho, la no acogida de los motivos en que los recurrentes fundamentan el recurso de casación de que se trata, procede declarar no haber lugar al recurso, con imposición a dichos recurrentes de las costas en él causadas, y sin pronunciamiento sobre depósito al no haber sido constituido por no ser preceptivo al ser disconformes las sentencias de primera y segunda instancia; y todo ello a tenor de lo normado en el párrafo segundo del número 4.º del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don A., don J., don I., don E. y doña M. de la S. L. A., contra la sentencia dictada, con fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, por la entonces Sala Segunda de lo Civil de la también entonces Audiencia Territorial de Madrid, en las actuaciones de que se trata, con imposición a dichos recurrentes de las costas causadas en el mencionado recurso.

Es el voto particular que formulan los Magistrados que suscriben, respetando en todo momento el criterio mayoritario de la Sala que dictó la expresada sentencia con relación a la cual formulan disenso.

Y, a continuación, el siguiente breve:

COMENTARIO.—Habiendo sido objeto de comentario en esta misma Revista la Sentencia de 27 de junio de 1977 (número 524, enero-febrero 1978, pp. 113-126), sobre supuesto análogo al de la presente, este comentario será por ello breve. Resulta ciertamente extraño el excesivo rigor formalista mostrado por tres de los Magistrados que componen la Sala, sobre todo cuando desde hace años ya no se exigen testigos en los testamentos notariales en Aragón, salvo que expresamente lo requieran al testador o Notario autorizante (art. 90 Compilación) y desde hace tiempo existe el proyecto modificando igualmente el Código Civil en este punto. La sentencia mayoritaria confunde conocimiento con identificación, pues el llamado "conocimiento" por dos (y no por todos) de los testigos instrumentales va dirigido a la identificación del testador. Es un conocimiento impropio, que no exige, como bien advierte la sentencia discrepante de los otros dos Magistrados, en congruencia con lo manifestado por la de la Audiencia, que "los relacionados testigos tuvieron medios a su alcance para identificar plenamente y con certeza total a la parte cuya última voluntad se recogía en aquel momento". Y esta interpretación, consistente en que se trata de que los testigos se aseguren de la identidad del testador, se corrobora por el artículo 686 al expresar: "Si no pudiese *identificarse* la persona del testador en la forma prevenida en el artículo precedente ...". Luego está claro que se trata de un conocimiento exigido en orden a la identificación del testador, sin que sea preciso un trato continuado desde algún tiempo atrás entre testador y testigos.

Semejante entendimiento se refuerza porque el Proyecto de 1851 no empleaba el término "conocer", sino que su artículo 565 sólo exigía la domiciliación y que los testigos vean y entiendan al testador, debiendo firmar al menos uno de ellos.

Por otra parte, la sentencia mayoritaria concede más valor a la manifestación "a posteriori" hecha en documento privado transcurridos nueve años que a la efectuada por las mismas personas a presencia notarial. En la fórmula corrientemente utilizada por los Notarios son precisamente los testigos quienes declaran que conocen, ven, oyen y entienden al testador, al que estiman también con capacidad para testar. Entonces, ¿qué valor hay que atribuir a esa declaración hecha a presencia notarial? Este es otro de los extremos en que advierte la sentencia minoritaria: supone una evidente contradicción con actos propios personalmente manifestados ... viene faltar de credibilidad la expresión meramente subjetiva de quienes habiendo afirmado conocimiento, ante la fe notarial, posteriormente lo niega, incluso después de haber transcurrido nueve años.

Se me ocurre preguntar: ¿Quiénes fueron los testigos del primer testamento otorgado en 1965 ante el mismo Notario autorizante del que la sentencia declara nulo? Porque si todos o alguno fueron los mismos que los del segundo, sería ciertamente irritante y paradójico mantener la validez de ese primer testamento.

Esta sentencia nos pone sobre aviso de los inconvenientes a que puede llegar una interpretación rígidamente formalista y literal de la ley, desviada de su verdadero espíritu y finalidad. Por ello, es importante que el legislador se percate de tales inconvenientes y apresure aquellas reformas legislativas que, como ésta, son necesarias.

TRANSEXUALCAMBIO DE SEXO. ARTICULOS 32, 1, DE LA CONSTITUCION Y 1.6 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1991).

El Tribunal Supremo, en sentencia de que la ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apeladora contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ibiza, aceptando esta última íntegramente, el más Alto Tribunal, según los siguientes fundamentos:

PRIMERO.—En la demanda que inició la litis de que dimana este recurso de casación, dirigida como demandado contra el Ministerio Fiscal, se suplica se dicte sentencia en la cual se declare el cambio de sexo de don P. R. E. y que a partir de su firmeza tenga la consideración de mujer y que se declare que el nuevo nombre de la demandante es doña V. R. E., ordenando la inscripción de dicha resolución judicial en el Registro civil correspondiente. La sentencia ahora recurrida, revocó la sentencia de primera instancia que había estimado la demanda y no da lugar a ninguna de las pretensiones postuladas en dicha demanda. Son hechos acreditados de los que parten ambas sentencias de instancia (la impugnada en casación aceptó el fundamento de derecho primero de la apelada) sintéticamente los siguientes: El demandante, nacido el 2 de febrero de 1952, desde su infancia, adolescencia y madurez ha asumido el comportamiento social, personal y emotivo correspondiente a una mujer, siendo su sexo el de varón. b) Iniciada la década de los ochenta se sometió a una operación quirúrgica de vaginoplastia. c) De la prueba practicada deduce la Sala "a quo" que el demandante en su trato social y familiar ha sido tratado como mujer, y que es aceptada como una amiga, y su propia madre manifestó haber tratado siempre a la demandante como una hija y que desde que nació solamente ha querido jugar con las niñas y nunca vio a los niños. d) Ya a partir de sus dieciocho años ha convivido sucesivamente con dos hombres llamados V. C. y A. D., con los que tuvo relaciones sexuales; con A. D. convivió desde 1982 a 1984, y tras una interrupción de la convivencia en este período en que no había conocido el sexo de P. R. E., se relacionó nuevamente con aquél a partir de 1985 y hasta la actualidad, toda vez que había operado de su sexo genético. e) Se acreditó en autos la operación quirúrgica aludida a través de informe del doctor T. J., que certifica desde un punto de vista ginecológico la distribución ginecoide en la parte actora del vello pubiano, la existencia de unos labios mayores cuya separación revela introito vaginal con neovagina de fondo ciego de unos seis centímetros, también existe una glándula mamaria y unas características femeninas de pezones con aureola mamaria. Otro informe forense se manifiesta en sentido análogo, añadiendo la implantación de pezones protésicos para adaptar su cuerpo al sexo psicológico sentido y rechazando el sexo genético inicial.

SEGUNDO.—El recurso de casación, aceptando esa exposición fáctica, se apoya en dos únicos motivos, el primero de ellos por "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios". En su breve desarrollo se basa el recurrente en la prueba pericial, la que confirma, en su criterio de forma plena, que la parte demandante es una mujer. Mas desde el punto de vista estricto del recurso de casación, que es lo único que se puede ahora considerar, los documentos que cita han sido ya examinados por la Sala de instancia, sin dejar de estar contradichos por la única prueba solicitada por el Ministerio Fiscal

que revela composición cromosómica del recurrente, ajustada al sexo genético varón, con fórmula cromosómica "46 XY", que es la correspondiente a un "varón normal". Por consiguiente, este motivo primero que, aunque no se cita expresamente, aparece formulado a través del núm. 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de ser desestimado por dichas consideraciones: En primer lugar, porque se trata de documentos ya tenidos en cuenta por la sentencia recurrida, y en segundo lugar, los documentos periciales que le sirven de apoyo se hallan contradichos por otras pruebas que revelan que el recurrente posee el sexo genético o físico de varón. Todo ello sin dejar de observar que, según muy reiterada doctrina de esta Sala, los dictámenes periciales no tienen el carácter de "documentos" a los efectos del artículo 1.692, núm. 4.º, de la Ley procesal civil.

TERCERO.—El segundo y último motivo de casación, que tampoco expresa el número del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se basa, alega "infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, que fuere aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". Es decir, que implícitamente se apoya en el núm. 5.º del citado artículo 1.692. El motivo se insta distinguiendo, por un lado, infracción del ordenamiento jurídico, y, por otro, infracción de jurisprudencia. En cuanto al primer punto señala que el precepto del ordenamiento jurídico infringido es el artículo 10.1 de la Constitución, principalmente en cuanto dice que es fundamento del orden político y de la paz social, entre otros derechos, "el libre desarrollo de la personalidad". El recurrente basa su motivo segundo, en este ámbito, en la prevalencia que tanto la medicina como la jurisprudencia española confieren al sexo psicológico sobre el cromosómico. Esta preferencia, en efecto, se ha mostrado ya reiteradamente a través de las Sentencias de esta Sala de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988 y 3 de marzo de 1989, en casos de notoria analogía con el ahora debatido; criterio jurisprudencial que, en defecto de norma positiva directamente aplicable, sirve, conforme al artículo 1.6 del Código Civil, para complementar el ordenamiento jurídico, y es de aplicación, por consiguiente, a este supuesto. En consonancia con tal criterio, que no puede ser eludido, ha de tenerse en cuenta: a) Que el transexual recurrente puede aceptarse por vía de reglas de experiencia y de hechos probados, y se caracteriza por el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio y deseo obsesivo de cambiar la morfología genital. b) Por lo tanto, la resolución que ha de adoptarse ha de producir efectos jurídicos, pues el punto de vista puramente biológico no puede aceptarse en tanto en cuanto respecto del mismo no puede haber cambio de sexo, ya que continúan inmutables los cromosomas masculinos. c) Y en esta dirección puede decirse que en el ambiente en que se mueve el recurrente (tanto social como familiar o personal) es evidente que ha habido un cambio social de sexo, como se deduce de los hechos probados. d) Tal fenómeno incluso ha transcendido, hasta ahora tímidamente, en el derecho positivo a través de la reforma del Código Penal por Ley orgánica 3/1983, de 25 de junio, en su artículo 428, al excluir del delito de lesiones las operaciones tendentes a la alteración somática del sexo. e) Todo ello no obsta a que, conforme a la naturaleza de las cosas, la supresión o extirpación de los caracteres primarios y secundarios característicos del varón conviertan a este en persona de sexo femenino; pero en vías del desarrollo de la personalidad que sanciona el artículo 10.1 de la Constitución ha de permitir al menos ejercitar su derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra; mas sin que tal modificación en el Registro civil suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para determinar actos o negocios jurídicos, especialmente contraer matrimonio como tal transexual, toda vez que cada

uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto. *f)* En estos casos no serían aplicables las normas sobre error en la inscripción registral; pero esta no se correspondería con la realidad, siendo entonces necesario complementar por la jurisprudencia el artículo 92 de la Ley del Registro Civil, teniendo en cuenta los demás preceptos de la misma y de su Reglamento referentes a la inscripción del sexo y sus posibles modificaciones y rectificaciones para, por vía analógica, atenerse a los artículos 1 apartados 6 y 7, del Código Civil; ya que, aunque de manera un tanto aparente, el transexual operado es morfológicamente una hembra, por su carácter y comportamiento social e individual. *g)* En definitiva, el artículo 10.1 de la Constitución, al establecer como derecho fundamental el del "libre desarrollo de la personalidad", implica una proyección hermenéutica amplia que autoriza para incluir en tal desarrollo los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no suponga acto delictivo o acto ilícito civil, como no lo es ni por la despenalización de ciertas mutilaciones, según el citado artículo 427 del Código Penal, ni entrando en la esfera del artículo 1.902 del Código Civil. *h)* Sin embargo, como ya se apuntó, el libre desarrollo de la personalidad del transexual tiene el límite de no poder, al no ser ello posible, contraer matrimonio, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, ya que tales matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los artículos 44 y 73 núm. 4, del Código Civil y 32.1 de la Constitución. Pero la actual inscripción como varón contribuye a los efectos pretendidos en la demanda a no impedir el libre desarrollo de la personalidad del recurrente según las tendencias de su sexo psíquico, que es de mujer, por lo que la resolución en que así no se concrete violaría el artículo 10 de la Constitución. Por consiguiente, el segundo de los motivos ha de ser estimado y acceder a los pedimentos de la demanda ordenando la inscripción de esta sentencia en el Registro civil correspondiente, tal como se acordó en la sentencia de primer grado jurisdiccional dictada por el Juez de primera instancia, debiendo en consecuencia ser anulada la recurrida en casación.

F. C. L.