

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) PARTE GENERAL

Por FRANCISCO CÁSTRO LUCINI

DERECHOS SOBRE EL PROPIO CUERPO. ESTADO CIVIL, TRANSEXUAL Artículos 10, 1, y 14 Constitución; 328 Código Civil; 41, 42 y 44 de la Ley del Registro Civil, y 21 de su Reglamento (SENTENCIA DE 25 JUNIO DE 1987).

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada en esta ocasión por 13 Magistrados, mantiene dos criterios opuestos. Según uno de ellos, que obtuvo mayoría de ocho votos, en ponencia del Magistrado don Juan Laotour Brotóns, se da lugar al recurso en base a los siguientes fundamentos de Derecho:

Primero.—1. La transexualidad es un problema de nuestro tiempo que ha sido posible gracias a los insospechados avances de la cirugía plástica. Esta realidad comporta un fenómeno sociológico que el Derecho no puede ignorar y que obliga a tomar posturas.

2. Así, en el Derecho Comparado, y dentro de nuestra misma área cultural, abordan este problema la Ley sueca de 21 de abril de 1972, la alemana de 11 de agosto de 1980, la italiana de 14 de abril de 1982 y la holandesa de 1 de agosto de 1985.

En nuestra patria, en cambio, no hay Ley civil que aborde el problema de la transexualidad.

Sin embargo, justo es destacar que con motivo de la reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se estimó propicio el momento para abordar tal problema, hasta el punto que la Exposición de Motivos justifica su postura acerca de la despenalización de las lesiones cuando mediar el consentimiento. Entiende el legislador en dicha Exposición que, sin perjuicio de futuras consideraciones en una regulación de las lesiones, *sí ha estimado de urgencia* introducir un nuevo párrafo al artículo 428 del vigente, de forma que el consentimiento, libre y expresamente manifestado, exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y *cirugía transexual* efectuados legalmente y por facultativos.

3. En cambio, en la práctica judicial ya se han producido diversos fallos abordando el problema y con solución favorable al cambio de sexo desde el punto de vista legal, previa la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento hormonal subsiguiente, catalogándolo entre los derechos de la personalidad, porque toda persona tiene derecho a un sexo bien determinado, por lo menos en lo que respecta a sus atributos psicológicos y características sexuales.

Este criterio se ha seguido por la Comisión Europea de Derechos Humanos, en relación con el informe emitido por la misma que junto con el Reino de Bélgica instaron el conocimiento del Tribunal de Estrasburgo con ocasión de la Sentencia de 4 de octubre de 1980, proferida en el *affaire Van Oosterwijk*, siquiera el Tribunal no entrará a conocer del fondo del asunto por motivos puramente formales.

La misma Comisión ha reiterado su criterio favorable en el informe emitido el 12 de diciembre de 1984 en el denominado *affaire Rees*, aun cuando no se haya hecho pública la Sentencia hasta ahora.

4. En nuestra patria existen algunos antecedentes que merecen ser citados.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Sevilla un transexual interpuso demanda contra el Ministerio Fiscal alegando que desde su infancia venía padeciendo un grave desequilibrio hormonal, que derivó en manifestaciones de desarrollo propios de una hembra y que siempre sus reacciones psíquicas y sentimentales habían sido las de una mujer, y que tras someterse en Holanda a una operación de transexualización para armonizar su forma genital física con la mental dio lugar a la estimación de la demanda. Impugnada la Sentencia por el Ministerio Fiscal fue revocada por la de la Audiencia. Interpuesto recurso de casación por el demandante, esta misma Sala, en Sentencia de 7 de marzo de 1980, desestimó el recurso por motivos puramente formales y sin entrar en el fondo del asunto.

Sin embargo, y con anterioridad, es curioso destacar la prosperabilidad de la transexualidad por avatares puramente procesales. Así, según se desprende de la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 15 de septiembre de 1980, un Juez de Primera instancia de Málaga dictó Sentencia el 29 de septiembre de 1979 favorable al transexual. En el supuesto enjuiciado en dicha resolución se trataba de una persona inscrita en el Registro Civil como varón, operada del síndrome de transexualidad en Londres, presentando, además, caracteres netamente psicológicos de índole femenina. El fallo quedó firme al no haber sido impugnada la Sentencia por el Ministerio Fiscal. Las pruebas médicas demostraban que la dotación cromosómica era normal del varón. Esa misma Memoria apunta que el fundamento de la Sentencia está en relación con los derechos de la personalidad, consagrados en la Constitución, que pueden llevar a la consecuencia de que nadie puede ser obligado a mantenerse dentro de los márgenes de un sexo que psíquicamente no le corresponde o que repele.

En la misma línea, y con iguales avatares, ha de inscribirse una Sentencia dictada en supuesto análogo por uno de los Jueces de Primera Instancia e Instrucción de Madrid.

Otro caso enjuiciado en nuestra patria es el de una persona, inscrita como varón en el Registro Civil, que a lo largo de su vida mostró una psiquis femenina, con una necesidad psíquica y física hacia el otro sexo y, en orden a evitar su deterioro mental, se sometió en Londres a una operación de transexualidad, asumiendo así el fenotipo del sexo femenino. El Juez de Primera Instancia de Zamora dictó Sentencia el 8 de noviembre de 1984 desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia de Valladolid lo estimó y dio

lugar a la demanda por Sentencia de 10 de mayo de 1986. Al consentir el Ministerio Fiscal el fallo, la transexualidad quedó legalizada.

5. En el ámbito gubernativo, la Resolución de la Dirección General de los Registros dio por supuesto que el expediente de rectificación de error en cuanto al sexo que posibilitaba el artículo 93, 2.º, de la Ley del Registro Civil era aplicable a situaciones de transexualidad, doctrina seguida y ampliada por las posteriores Resoluciones de 2 de marzo y 12 de junio de 1971.

Esta corriente fue abandonada por la Resolución de 17 de marzo de 1982, que rechaza la tesis de que la transexualidad pueda ser viable para la rectificación del asiento del Registro Civil y que se mantiene en las siguientes del mismo Centro de 17 de febrero de 1983 y 26 de abril de 1984, señalando todas ellas que la vía judicial es la apropiada para el cambio de sexo de un transexual.

Segundo.—1. Ya en tema de recurso, el primero de los motivos se articula por el cauce formal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos y que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, citando a tal efecto un informe pericial emitido por un Médico Forense y complementado por dos certificaciones, una emitida por la Psicóloga del Centro de Diagnóstico del Ministerio de Sanidad de Las Palmas y otra por el Médico de la Dirección Provincial de la Salud de la misma ciudad, que no dejan de ser pruebas pseudopericiales y que no pueden incluirse en el precepto procesal que se invoca, conforme a la doctrina de esta Sala que viene entendiendo por documentos tan sólo los catalogados en los artículos 1.216 y 1.225 del Código Civil y 596 a 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias de 23 de marzo, 17 de julio y 15 de septiembre de 1985; 30 de abril, 10 de junio y 25 de noviembre de 1986, y 15 de junio último).

2. Sin embargo, la desestimación de este motivo no debe conducir de por sí a una tesis negativa para el recurrente en cuanto al material probatorio que accede a la casación y que ha de destacarse en aras de un principio elemental de justicia y despojándolos de aquellos llamados juicios de valor, que son los que emite el Tribunal de instancia al valorar determinados hechos y que pueden ser revisables en casación.

Así, de la Sentencia de la Audiencia se deducen como hechos, entre otros, los siguientes probados: que el recurrente fue inscrito en el Registro Civil como varón y que se sometió en Londres el 21 de enero de 1985 a una operación quirúrgica para cambiar su sexo por el femenino, presentando una vagina artificial reconstituida con piel de los escrotos (*sic*), practicable y con una profundidad de diecisiete centímetros, terminando en forma de saco; que ha sufrido una transformación total de sus caracteres sexuales, tanto primarios como secundarios; que ha asumido un rol sexual y emocional femeninos prácticamente desde la infancia y que, socialmente, se comporta como una mujer, y que el tono y contenido de la conversación son femeninos; que tiene meato urinario femenino, que los cabellos del pubis y del cráneo son femeninos, careciendo de pelo en la cara y teniendo mamas y que se inyecta hormonas femeninas.

Estos hechos pueden enriquecerse, además, con aquellos otros que pertenecen al acervo cultural y que pueden aceptarse por la vía de reglas de la experiencia, como aquellos que caracterizan al transexual por el irresistible sentimiento de pertenencia al sexo contrario, rechazo del propio deseo obsesivo de cambiar la morfología genital.

Tercero.—1. Hay que tener en cuenta que las leyes positivas pueden subsistir intactas en el tiempo; pero hay que convenir también en que, bajo la presión de

los hechos y de las necesidades prácticas, se presentan, las más de las veces, situaciones nuevas imprevistas por el legislador que demandan una solución. Tal ocurre con la transexualidad: un problema de nuestros días, una realidad evidente que demanda una solución jurídica.

En una primera aproximación al problema justo es convenir que la solución que se adopte ha de ser netamente jurídica, pues la puramente biológica no puede aceptarse en tanto en cuanto a ésta no puede haber cambio de sexo, ya que continúan inmutables los cromosomas masculinos.

En este orden de ideas cabría preguntarse si el recurrente ha cambiado de sexo. Atendiendo a las llamadas máximas de experiencia y a lo que entiende el común sentir de nuestras próximas áreas culturales, es evidente que sí ha habido un cambio. Así se reconoce en la Sentencia impugnada y se han recogido los hechos que allí se dan por probados en esta misma de casación, siquiera el juicio de valor sentado por la Audiencia sea el que no ha habido cambio de sexo.

En este mismo orden cabría preguntarse sobre la posible *legalización*, según algunos; de la *despenalización*, según otros, y de la *permisibilidad* de los más, de la transexualidad, resulta hoy en día en nuestro Ordenamiento jurídico por el párrafo segundo del artículo 428 del Código Penal conforme a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, y cuya introducción en nuestro sistema positivo es justificado por el legislador como de *urgencia* en la propia Exposición de Motivos.

La transexualidad, en el caso que ahora se enjuicia, supone una operación quirúrgica que ha dado como resultado una morfología sexual artificial de órganos externos e internos practicables similares a los **femeninos**, unidos a una serie de caracteres de que ya se hizo mérito anteriormente.

Será una ficción de hembra si se quiere; pero el Derecho también tiende su protección a las ficciones. Porque la ficción desempeña en el Derecho un papel tan importante como el de la hipótesis en las ciencias exactas. Una y otra son meras suposiciones que hay que admitir para legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica o de la justicia o utilidad social. Sólo partiendo de una hipótesis es posible establecer en ocasiones principios y fundamentar teorías que expliquen todo un orden de hechos o fenómenos demostrados por la *experiencia*; y sólo aceptando una ficción se hace viable en ciertos casos establecer derechos que de otra suerte carecerían de base racional o jurídica en que apoyarse.

Así, y solamente en el Ordenamiento jurídico privado, cabría recordar los supuestos de ficción establecidos en los artículos 29, 124, 357, 440 y 466 del Código Civil.

Esta ficción ha de aceptarse para la transexualidad; porque el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y **presentar** unos órganos sexuales similares a los femeninos y caracteriologías psíquica y emocional propias de este sexo.

2. En tesis de recurso y de planteamiento de la problemática procesal se postula una Sentencia —que ha de calificarse de **constitutiva**— en la que se declare que el actor, por cambio ulterior de sexo, tiene en la actualidad el femenino, ordenando la rectificación del sexo en la inscripción de nacimiento.

La primera consecuencia, y habida cuenta los principios que rigen nuestro sistema **registral** civil, sería la que el transexual tiene un primigenio derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra; pero sin que tal modificación registral suponga una equiparación absoluta con la del sexo femenino para

realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de estos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto.

Si se tiene en cuenta que la transexualidad es un hecho reciente, pronto se advertirá que tanto la Ley del Registro Civil como su Reglamento no regularán la posibilidad de **rectificación** de la inscripción por supuesto cambio de sexo por opeación quirúrgica posterior.

Evidentemente no pueden entrar en juego los artículos relativos al error en la inscripción; pero también hay que convenir en que la inscripción no se corresponde con la realidad y el artículo 92 de la Ley ha de complementarse por vía jurisprudencial teniendo en cuenta los demás preceptos de la misma y de su Reglamento referentes a la inscripción **referida** al sexo, y sus posibles modificaciones y rectificaciones para, por vía de analogía de derecho y arbitrándola por el cauce establecido en el artículo 1, apartados 6 y 7, del Código Civil, porque en el supuesto que se estudia y enjuicia el transexual operado es morfológicamente una hembra, **caracteriológicamente** es femenina y se comporta social e individualmente como una mujer.

Según el otro criterio, sustentado por los cinco Magistrados que disienten y **formulan** voto particular, procede desestimar el recurso conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

1. Al examinar el contenido de las pretensiones **objeto del juicio** se constata que no se ha ejercitado una acción de rectificación del Registro Civil, sino una acción sobre el estado civil a través de una petición que tiene por contenido la declaración, a todos los **efectos** legales, de que se ha cambiado o transmutado el sexo del demandante, cambiándose el sexo originario, reconocidamente masculino, al contrario sexo femenino. El escrito de la demanda habla, con efecto, de «cambio ulterior» y pide Sentencia «en la que se declare que mi representado (dice) por cambio ulterior tiene en la actualidad el sexo **femenino**». La modificación del Registro Civil sería una simple consecuencia de la declaración básica pretendida, que, al cambiar el estado preexistente para introducir otro, nuevo y en cierta manera opuesto al antecedente, atrae el haberse de calificar tal pretensión como verdaderamente constitutiva. El actor demandante acciona a partir del reconocimiento implícito de su originaria condición de varón, y el contenido de su pretensión es el de que, con la base suministrada por la operación quirúrgica a que fue sometido y que ha consistido sustancialmente en la ablación de los órganos reproductores masculinos y el establecimiento de una vagina artificial fabricada del modo dicho, se le constituya en el opuesto estado de hembra. No puede llegarse a otro planteamiento aun tomando en consideración las **referencias** que se hacen a que, ya con anterioridad a la operación quirúrgica, «el papel asumido en plenitud era el **femenino**» o, como hace el recurso en el primero de sus motivos, que el actor tiene asumido desde la **infancia** un rol sexual y emocional femenino, o que ha tenido hábitos **femeninos**, tanto en sus formas de expresión y trato como en su indumentaria. Fuera de ese rol, que en la lectura más favorable al intento se identifica con una creencia fija del actor de que pertenece o le conviene el sexo **femenino**, nada más se aduce sobre que hormonal, genética, gonádica o morfológicamente correspondiese al sexo **femenino**. Se trata, por lo tanto, de un sujeto de constitución sexual resueltamente masculina y en el cual no existieron nunca estigmas físicos o **funcionales** de los dos sexos que permitieran clasificarlo como intersexual y acreedor al discernimiento del sexo predominante, sino (siempre en el mejor de los casos) de una a la manera de falta de coherencia plena entre el sexo orgánico y funcional, absolutamente masculino,

y un sexo sicológico que le condujo a desear el sexo femenino y, en esa línea, a la práctica de la operación quirúrgica y a un tratamiento hormonal, a que dice estar sujeto, con éxito. Se trata, en suma, de un transexual, entendido dicho término como expresivo de una incongruencia entre lo síquico y lo orgánico y, en definitiva, en una determinación de su voluntad consistente en el cambio del sexo atribuido por la naturaleza por el que pretende agenciarse sobre la base, aparte los efectos de la operación quirúrgica, de una invocada manera femenina de concebir su personalidad.

Tal *ius variandi*, desde un sexo *a quo* masculino al sexo *ad quem* femenino, que se alcanzaría por el resultado de su ejercicio y la estimación de la pretensión constitutiva acogida en la Sentencia del Juzgado que confirma la que se disiente, no existe, por la imposibilidad de su objeto.

El estado de la cuestión en la ciencia es el de que, biológica y hasta ontológicamente, la diferencia del hombre respecto de la **mujer** (macho y hembra de la especie humana) radica fundamentalmente en el sexo que en semántica pura es la condición orgánica que distingue al uno de la otra, lo que viene determinado específicamente por los genes que están formados por secciones de moléculas de ácido **desoxirribonucleico**, constituyente principal de la cromatina y cuya denominación X ó Y se proyecta en la mujer en pares de cromosomas XX, en tanto que en el hombre los pares son XY, es decir, en aquella son homocromosomas, en tanto que en éste son heterocromosomas. De aquí, cabe partir con seguridad que si bien hasta determinada edad del individuo puede no aparecer bien definida su personalidad en orden al sexo predominante en él, muchas veces influido por la educación y el entorno en **que** se desarrolla, está ya en edad adulta bien cristalizada en cuanto que el examen cromosómico del ser humano nos da la **pauta** de su individualidad sexual hombre o mujer. Estructuralmente, ello es lo que enmarca su condición de varón o hembra y los demás caracteres como son los primarios (órganos sexuales) o secundarios (estatura, color, pilosidad, mamas, voz, etc.), no son sino simples coadyuvantes anatómicos, morfológicos o de hábito e incluso de comportamiento, que, por poder venir mezclados los de distinto signo, o de apariencia externa confusa o equívoca, no pueden estimarse como elementos paradigmáticos para la definición del ser en que se hallan y que los demás observamos y analizamos. En conclusión, el sexo es cualidad inmanente del ser humano, en tanto que la sexualidad, por referirse al comportamiento o conducta del individuo con relación a él, es contingente y versátil, no pudiendo constituir este último, por consiguiente, factor adecuado para cambiar aquél, pues el sexo, aun con componentes **sico-somáticos** tiene, incuestionablemente, un ingrediente de carácter físico-biológico, de trascendencia infinitamente mayor que el elemento síquico que lo complementa y adorna.

2. Entrando en el particularizado examen de los motivos, ha de rechazarse el primero, que, al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho basado en los documentos que señala. Se acepta sustancialmente el «fundamento» segundo de la Sentencia que se disiente y, abundando en el **razonamiento** que ofrece, consignamos que: a) Conforme a la **doctrina** de esta Sala los informes periciales no tienen la cualidad jurídico-procesal de tales, que sólo la revisten los **citados** en los artículos 1.216 y 1.225 del Código Civil, porque dichos informes, aunque vayan insertos obviamente en **documentos** de orden procesal, se rigen por las normas específicas de la condición que viene requerida en el artículo 1.242 del mismo texto **legal**. b) Los informes periciales están sometidos a la soberana **valoración** del Tribunal de instancia (art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), **por** cuanto no existen

normas legales que contengan las reglas de la sana crítica, por lo que, no incidiendo en ilogicidad o irracionalidad, ha de estarse a las declaraciones fácticas resultantes de la ponderación por la Sala *a quo* de dichos informes.

3. El motivo segundo del recurso, por el cauce del número 5.º del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción de los artículos 41, 42 y 44 de la Ley del Registro Civil y del 328 del Código Civil. En el fundamento de derecho primero se reveló que no es el objeto del juicio de que el recurso dimanara el rectificar directamente el Registro Civil sino que, primordialmente, se insta la declaración con efectos constitutivos de estado civil, de que el demandante es mujer y, por vía de consecuencia, la toma de razón del cambio de sexo operado, en el Registro Civil. Los preceptos invocados no autorizan, como parece se pretende, la rectificación de la mención del sexo según «un concepto aparential del cuerpo humano» conforme al cual «sólo basta observar los órganos genitales externos, es decir, el pene o la vagina», sin la exigencia de «análisis de hormonas o de cromosomas». Tal «concepto vulgar de sexo» es el que, según el motivo, debe prevalecer, determinando, por los efectos (al parecer) de la operación quirúrgica efectuada, la asignación del sexo femenino. En el fundamento primero se deja razonado lo bastante a la desestimación de este motivo segundo.

4. El motivo tercero es por infracción del artículo 10.1 de la Constitución, por cuanto la Sentencia impugnada está impidiendo al recurrente «el libre desarrollo de su personalidad». «Si todo mi ser se siente mujer (se lee en su desarrollo), en el cuerpo, en la tendencia, en el espíritu, porque, hipotéticamente, mis cromosomas sean masculinos, no podemos consentir el fraude a la propia personalidad». Se hace así referencia al pasaje de la Sentencia de la Audiencia en el que se consigna «que no se ha probado científicamente que su sexo sea el femenino, mediante la determinación del grupo de cromosomas, que, como es sabido, los del hombre se denominan '46 XY' y los de la mujer '46 XX', siendo impropio hablar de cambio de sexo, pues si éste está en todas las células del organismo no se puede cambiar y si alguno consiguiera, mediante un tratamiento hormonal y una intervención quirúrgica, una apariencia de mujer no por eso adquiriría el sexo femenino, ya que no se puede confundir sexo con sexualidad».

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, están consagrados efectivamente en el número uno del artículo 10 de la Constitución. Entre las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, merece destacarse el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y que España ratificó el 4 de octubre de 1979. En la perspectiva de dicho Convenio, aludido en el número dos del mismo artículo, ha sido invocado en los foros europeos el derecho del transexual a la mutación del sexo, con cita de sus artículos 8 y 12, si bien no nos consta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya reconocido ese derecho. Sorprende la cita de la Sentencia de dicho Tribunal de fecha 6 de noviembre de 1980, número 40 (Van Oosterwijk contra Bélgica), ya que en la misma se decidió por 13 votos contra 4, «que no podía entrarse a examinar el fondo del asunto por falta de agotamiento de los recursos internos». En cuanto al otro asunto a que se alude, por ser el informado por la Comisión Europea de Derechos Humanos el 12 de diciembre de 1984 (asunto Rees), debe advertirse que corresponde, no a un transexual, sino a un intersexual, según el informe médico, por lo cual el caso varía sustancialmente respecto del aquí justiciable.

Debe **partirse**, pues, de que, conforme a la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, todas las cosas se orientan al hombre. Justamente por ello no debe, sin embargo, perderse de vista la índole social del asunto por cuanto el provecho de la persona y el crecimiento de la sociedad se hallan ligados en relación de interdependencia. Firme el que el **principio**, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe seguir **siéndolo** la persona humana, plena de dignidad, debe añadirse que la vida social del hombre no es algo accidental sino que necesita en absoluto de la vida social. El estado de cada hombre en el todo en que **necesariamente** ha de estar, no es algo que arbitrariamente puedan fijar el mismo sujeto o el legislador, sino que se impone por las condiciones y características de cada individuo, que deben ser respetadas por imperativo del bien común que debe ser conseguido. El hombre recibe, al **nacer**, unas aptitudes en perspectiva de posibilidades que tiene el deber de realizar y sólo así su personalidad individual se podrá entender plenamente desarrollada. No es, pues, enteramente cierto el afirmar, como lo hizo el prudente e ilustrado dictamen fiscal y recoge ahora la Sentencia que se disiente, que se esté ante un hueco normativo. Los valores suprayacentes a la Constitución, en armonía con su texto, del que forma parte el precepto invocado por el motivo en examen, y el Convenio circunstanciado, que tiene entre nosotros la autoridad que le resulta del número 1 del artículo 96 de la Constitución formando parte de nuestro Ordenamiento jurídico, fundamentan la denegación de la pretensión de que se declare haberse operado el cambio de sexo y el reconocimiento de la condición de mujer. Ni el número 1 del artículo 8 del Convenio, según el cual toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, ni el 12, donde, más próximamente, establece que «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho», conducen al éxito de la pretensión. Justamente demuestra el texto transcrito que el derecho a casarse se reconoce a la pareja heterosexual verdadera («el hombre y la mujer») y no a una pareja ficticia. No está de más volver sobre el verdadero contenido de la pretensión del recurrente quien, al reclamar la condición de mujer que le reconoce la Sentencia del Juzgado cuyo fallo se confirma por la que se disiente, conlleva el *ius nubendi* (cualesquiera sean los fundamentos de Derecho, sin trascendencia al fallo), derecho si no explícitamente negado sí claramente reñido con los textos aquí citados.

El fallo del Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas número 1, emanado el 28 de julio de 1986, que se confirma por la Sentencia disidente, pronuncia (literalmente) «que el actor, por cambio ulterior, tiene en la actualidad el sexo femenino»; y ello lo declara, constituyendo al varón en hembra, sin limitaciones, ni matizaciones, temperamentos u otras cortapisas, absolutamente, excediendo, a juicio de este voto particular, los límites de la autoridad humana. El actor, a partir de la firmeza de tal pronunciamiento del Juzgado, podrá reclamar cuanto sea inherente a la condición de mujer. Tales consecuencias no pueden fundarse en el precepto constitucional que el motivo invoca.

5. Denuncia el motivo 4 «la inaplicación del artículo 14 de la Constitución Española, por cuanto «al no reconocer el cambio de sexo» del actor «está cometiendo una discriminación basada en el sexo». Se alega en el desarrollo del motivo que «el sexo no tiene relevancia ninguna en nuestro Ordenamiento jurídico, de forma que el varón y la mujer tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones», por lo cual «el título legal de varón o hembra, como una circunstancia del estado civil de la persona, tampoco debe tener relevancia alguna».

Se trata de un razonamiento inatendible, ya que lo que el precepto constitu-

cional invocado proclama es la igualdad de derechos entre los individuos de los dos sexos, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por causa de la diferencia de sexo; pero, obviamente, no establece criterio alguno para la atribución de uno u otro de los dos sexos conocidos por la naturaleza.

Por otra parte, en manera alguna es cierto que la atribución de uno u otro sexo carezca de toda relevancia en el orden jurídico, ya que es uno de los datos caracterizadores o **conformadores** del estado civil. El recurso pretende desconocer la trascendencia jurídica del reconocimiento del cambio de sexo como hecho distinguible de la constatación de que el sexo se asignó erróneamente atribuyendo al sujeto otro que el sexo real. En otro lugar del recurso se atisba, sin embargo, no estar el recurrente ajeno a cuanto conllevará la tesis permisiva que la Sentencia disidentida comporta, pues, en efecto, abarca y comprende la adquisición de cuantas expectativas, **facultades** y derechos pudieran asistirle desde la sobrevenida condición de mujer. Se pugna así por ganar un nuevo *status* a partir del cual no podría menos que serle reconocido al actor calidad de mujer, el *ius nubendi*, pues tal es la consecuencia más propia que se sigue del cambio de sexo que se alega y pretende. «Evidentemente (se lee en el desarrollo del motivo segundo) la Sentencia está anclada en conceptos muy anticuados, pues hoy con el artículo 14 de la Constitución española entendemos que llegará a admitirse el matrimonio con otro varón». Por ello no es ocioso, al efecto de enjuiciar tal pretensión, el traer a consideración los efectos que aparea. El matrimonio a calidad de mujer, y aparte la nulidad por error en las cualidades esenciales en que podría incurrir el otro contrayente (73.4.º) sería con toda probabilidad nulo por ser el sujeto incapaz para prestar verdadero consentimiento matrimonial en el sentido de los artículos 44 y 45 del Código Civil, con la secuela de nulidad que señala el 73.1.º En la hipótesis de que hubiera estado casado (en la que hubiera sido indispensable demandar al cónyuge y a los descendientes) la declaración de sexo y reconocimiento del femenino aparejaría la disolución del matrimonio y el trastrueque de la relación **paterno-filial** antecedente por la materno-filial, alcanzándose así una situación familiar de hijos con dos madres, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad.

Acogida indiscriminadamente la facultad de cambiar de Sexo, no quedan excluidas ulteriores opciones, pues nada se dice sobre que el primer cambio sea de efectos consuntivos. Piénsese, en este aspecto de la inseguridad jurídica, en el despliegue temporal de los efectos de una declaración constitutiva del contenido de la que se combate; pues queda en aporía si tendrá efectos a partir del momento en que se emana *ex nunc* desde el nacimiento del transexual *ex tunc*, con incidencia, en esta hipótesis, sobre otras relaciones jurídicas atinentes al estado civil. Se abre así un amplio horizonte de labilidad en que primaría el arbitrio de los particulares, siendo que el estado civil ha estado siempre presidido por la indisponibilidad. No puede el sexo ser, dentro del estado civil, un dato proteico y cambiante.

Desde la óptica del motivo del recurso que se juzga, esto es, como se deja consignado en el comienzo, el de la irrelevancia del cambio de sexo y el principio de la igualdad entre ellos, ha de considerarse, por último, el fundamento de la Sentencia disidentida (sin trascendencia al fallo) de que no sobrevendrá (por efecto de la confirmada, emanada del Juzgado) «una equiparación absoluta» y que en el nuevo estado o con el nuevo sexo todavía para realizar determinados actos o negocios jurídicos «precisará la plena capacidad y aptitud en cada supuesto». Si la Sentencia del Juzgado que se confirma, declara que el actor «por cambio ulterior tiene en la actualidad el sexo femenino», dentro de tal declaración cons-

titutiva no es viable introducir limitaciones, las cuales, en presencia del invocado precepto constitucional, habrían de ser tachadas de discriminatorias por razón de sexo: si, principalmente, se negara a la parte actora el derecho de contraer matrimonio con varón. Esta consecuencia, a juicio del presente voto, se contiene en el fallo del Juzgado que la Sentencia disentida confirma, sin acudir a remediar consecuencia alguna. Más aún: sin posibilidad de preverlo ni de instalar, ni la especialmente considerada ni otras limitaciones que representarían, de hacerse, una desestimación parcial de la demanda y hasta vicio de incongruencia, dando otra cosa que la solicitada que es (dígase otra vez) el más pleno reconocimiento de la condición femenina en el orden del derecho.

El Magistrado don RAFAEL PÉREZ GIMENO se adhirió al anterior voto particular con las siguientes matizaciones en cuanto a su fundamentación:

1. Como dice la Sentencia recurrida, los machos difieren de las hembras por sus distintos órganos de reproducción que constituyen los caracteres sexuales primarios, así en el hombre se distinguen el pene y los testículos y en la mujer la vagina, el útero y los ovarios, distinguiéndose también, por los llamados caracteres sexuales secundarios que no están directamente relacionados con la reproducción y que generalmente no inciden en ella, como la estatura, pelosidad, voz, etcétera.

2. También cabe destacar de la Sentencia impugnada las siguientes afirmaciones básicas a los efectos que aquí interesan: Primera: La apariencia de vagina y mamas que presenta el recurrente son artificiales, formada aquélla por bolsas escrotales introducidas en el interior de la pelvis que termina en fondo de saco. Segunda: No se han encontrado en su anatomía los órganos que distinguen a la mujer del hombre, es decir, útero y ovarios. Tercera: Su estructura interna y el sexo genético y cromosómico son masculinos; y Cuarta: Tiene asumido un papel o rol sexual y emocional femenino, prácticamente desde la infancia.

3. Para la adecuada solución del tema debatido en el campo judicial, cambio de sexo, debe tenerse en cuenta en primer lugar que como dice unos de los informes emitidos en primera instancia, la intervención tuvo por finalidad «...situar la anatomía externa más cerca del sexo femenino...», lo que implica que si bien se aproximó a este sexo en cuanto a su morfología externa, no en la interna ni en el componente cromosómico y genético, ni siquiera llegó a ella (ni si) en esa apariencia exterior, lo que por sí solo llevaría, como consecuencia la negación del cambio pretendido. El simple componente psíquico, es decir, el hecho de haber asumido el rol femenino, sintiéndose emocionalmente mujer desde la infancia, unido a la aproximación en la anatomía externa producida por la extirpación del pene y testículos, no modifica tal conclusión, pues ni aquel rol femenino asumido altera los componentes determinantes del sexo, que, como dice la Sentencia recurrida, se encuentra en todas las células del cuerpo, no siendo tal rol más que una forma irregular de vivir su propia sexualidad, ni en tal hipótesis el desarrollo de los derechos de la personalidad puede llevar al cambio del sexo de naturaleza por el deseado, pues al ser el sexo una cualidad de la persona y pertenecer, como todo lo relativo a ella, al campo del derecho imperativo con importantes componentes de derecho público, sus manifestaciones están fuera de la esfera del Derecho dispositivo de la parte cuando, como aquí ocurre, sólo se ha producido una simple apariencia de cambio de sexo; sin que por mucha amplitud que se quiera dar al derecho de la persona sobre su cuerpo, le sea lícito al Tribunal decidir la cuestión planteada sobre la base de admitir la ficción del cambio de hombre a mujer, pues tal conclusión no tiene amparo en

nuestro vigente Derecho positivo, que es el que debe aplicar esta Sala, aparte de llevar consigo tal ficción, aplicada por el órgano jurisdiccional, un posible atentado al principio constitucional de seguridad jurídica.

4. Por otra parte, si lo que se pretende es elevar a suprema categoría definidora del sexo el «sentirse», el asumir sexual y emocionalmente el rol femenino, se debería llegar a la conclusión de la innecesariedad de la amputación de los órganos masculinos en cuanto, según se afirma, su rol femenino fue asumido desde la infancia, es decir, con mucha antelación a dicha extirpación, y *acontra-rio sensu* se debería autorizar el cambio de sexo femenino por el masculino cuando una mujer se «sienta» hombre y asuma emocionalmente dicho papel masculino. Consecuencias todas ellas inadmisibles que debieron determinar la desestimación del recurso interpuesto frente a la Sentencia denegatoria del cambio interesado. Esta fue, en términos generales, la decisión de los Tribunales de Casación de nuestro entorno europeo. Sin embargo, como el problema humano de estas personas existe y debe dársele solución, esta solución no puede venir más que por vía legislativa, como hicieron las naciones europeas en su mayoría, que crearon la ficción legal de considerarles, a ciertos efectos como del sexo psicológico asumido, disponiendo minuciosamente quiénes pueden y quiénes no pueden solicitar el cambio y qué efectos de todo orden llevan aparejadas la ficción en lo relativo a matrimonios existentes o futuros, a la paternidad o maternidad existente y a todas las relaciones jurídicas en que el sexo de la persona haya sido determinante de su celebración. La Sentencia de mayoría, al dejar incontestados todas estas cuestiones, va a crear más problemas que los que resuelve.

El presente litigio se debe a lo siguiente:

Don A. C. G. formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, con la intervención del Ministerio Fiscal, sobre rectificación de sexo, ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, estableciendo, en síntesis, los siguientes hechos:

- 1.º Que fue inscrito como varón en el Registro Civil de esta ciudad.
- 2.º Que en el mes de enero del pasado año fue sometido en Londres a una intervención quirúrgica de cambio de sexo, resultado de la cual su sexo actual es el femenino. Se acompañaba certificado médico oficial del Ginecólogo colegiado con el número 652 del Colegio de Las Palmas, don R. V. D., en donde se hacía constar que por intervención quirúrgica le fue cambiado el sexo a su representado. Que igualmente se acompañaba certificado de la Psicóloga doña T. V. F., de la Administración, Institución de la Sanidad Nacional del Ministerio de Sanidad y Consumo, donde se hacía constar el cambio de sexo de su representado, así como desde la infancia tenía asumido un rol sexual y emocional femenino. Que se acompañaba certificado médico expedido por el Psiquiatra don A. T. C., donde se hacía constar el pleno uso de las facultades mentales de su representado. Terminó suplicando se dictara Sentencia en la que se declarara que su representado, por cambio ulterior, tiene en la actualidad el sexo femenino, ordenando la rectificación del sexo en la inscripción de su representado.

Admitida la demanda y emplazado el Ministerio Fiscal en la calidad que ostenta, contestó a la demanda, oponiendo a la misma en síntesis el siguiente hecho: Que negaba lisa y llanamente los hechos objeto de la demanda, y en cuanto a los documentos negaba su autenticidad.

Por providencia dictada en enero de 1986, se tuvo por contestada la demanda,

se señaló día y hora para la comparecencia prevista en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la que tuvo lugar en su día, sin acuerdo, abriéndose en dicho acto el término de proposición de prueba, practicándose después las que propuestas por las partes fueron declaradas pertinentes.

Unidas a los autos las pruebas practicadas, se pusieron las mismas de manifiesto en Secretaría, convocando a las partes para que en el término de diez días presentaran escrito con resumen de las pruebas, y no habiéndose solicitado por ellas, en tiempo hábil, la sustitución del escrito de conclusiones para la celebración de vista pública, se unieron a los autos los escritos correspondientes y se ordenó traerlos a la vista para Sentencia, con citación de las partes.

El señor Juez de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria número 1, don R. L. E., dictó Sentencia con fecha 28 de julio de 1986, cuyo fallo es como sigue: Que estimo la demanda formulada a nombre de don A. C. G., teniendo por parte al Ministerio Fiscal, y declaro que el actor, por cambio ulterior, tiene en la actualidad el sexo femenino, ordenando la rectificación del sexo en la inscripción de nacimiento del citado actor.

2.º Interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia de Primera Instancia por el Ministerio Fiscal, en la calidad que ostenta, y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia con fecha 13 de enero de 1987, con la siguiente parte dispositiva:

Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de instancia, debemos revocar y revocamos la misma, sin costas en esta alzada.

3.º El día 16 de marzo de 1987, el Procurador don J. M. D. A., en representación de don A. C. G., formalizó recurso de casación contra la Sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria, con apoyo en los siguientes motivos:

Primer motivo: Al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto en la Sentencia de la Audiencia ha existido error en la apreciación de la prueba que basamos en documentos que obran en Autos y que demuestran la equivocación de la misma, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Existe error en la apreciación de la prueba al estimar la Sentencia que don A. C. G. sigue teniendo sexo masculino y por tanto sigue siendo varón, error que resulta de los particulares, que después señalaremos. Estos documentos demuestran la equivocación de la Audiencia, que ha entendido en la Sentencia recurrida que don A. C. G., no ha cambiado el sexo masculino que originariamente tenía.

El documento básico y demostrativo del error de la Sentencia que recurrimos es el informe pericial del Médico Forense don I. C. R., emitido a presencia judicial que además está reforzado y complementado por el certificado de la Psicóloga del Centro de Diagnóstico del Ministerio de Sanidad de Las Palmas y por el certificado de don J. C. H., Médico de la Dirección Provincial de la Salud, que conoce desde hace muchos años a mi representado. Y las conclusiones periciales son tan determinantes y contundentes que el desconocimiento de su valor y certeza implica una arbitraria decisión, según tiene reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Entendemos que el Tribunal debe aceptar las conclusiones que los técnicos y peritos le han proporcionado, no siendo legal contradecirlas por prejuicios y

repugnancias sin fundamento, ya que se trata de un hecho cuyo esclarecimiento corresponde a la técnica. Por tanto, debe ser acogido este motivo de casación, dando plena validez a los dictámenes que hemos referenciado y declarar, en consecuencia, que don A. C. G. ha cambiado su sexo, teniendo actualmente el femenino.

Segundo motivo: Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la Sentencia infringe normas de la Ley del Registro Civil y del Código Civil, que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

La Sentencia infringe, por interpretación errónea, los artículos 41, 42 y 44 de la Ley del Registro Civil, y artículo 328 del Código Civil, que contienen el auténtico concepto «legal y jurídico», de sexo, consistente en que la diferencia de sexos radica en aspectos externos del cuerpo humano, no exigiendo tales normas jurídicas, para la diferenciación, exámenes y análisis médicos de alta ciencia, bastando el concepto y sentir de la mayoría de la gente, apreciable casi a simple vista. Aunque el título del estado civil de las personas esencialmente radica en la posesión de dicho estado, los actos concernientes al mismo han de hacerse constar al Registro Civil. Nunca en nuestro Derecho ha constituido el sexo un estado civil, sino simplemente un atributo o una circunstancia de la persona. Sin embargo, antes de las últimas reformas del Código Civil el sexo constituía un elemento limitativo de ciertos derechos en el caso de la mujer, limitación que bien es verdad radicaba más que en el sexo en el matrimonio. En ese momento histórico del derecho de la persona existían razones más poderosas que en el Derecho vigente, para hacer constar la diferenciación de sexos, al objeto de que el estado salvaguardara los derechos de uno y otro sexo. Hoy ya no existe discriminación alguna, e incluso está totalmente prohibida por el artículo 14 de nuestra Constitución.

La Ley del Registro Civil nace precisamente en la época en que la discriminación de los sexos era más acusada y, sin embargo, cuando se trata de inscribir el nacimiento de un niño, aquella Ley y aquella época no exigía pruebas o análisis médicos para determinar el sexo del nacido. Bastaba simplemente la declaración de quien tuviere conocimiento del nacimiento, estando obligados en primer lugar los padres a declarar el hecho y las circunstancias del nacimiento, debiendo también el Médico o la Comadrona dar parte por escrito al encargado del Registro, no siendo, en absoluto «...necesaria la presentación del recién nacido al funcionario encargado del Registro para la inscripción del nacimiento, bastando la declaración de la persona obligada a hacerla». No se exigían ni se exigen análisis de hormonas o de cromosomas para asignar un sexo u otro al recién nacido. Basta la declaración de los padres.

Es evidente que la declaración exigida por la Ley del Registro y por el Código Civil la puede hacer cualquier persona sin conocimientos técnicos, por lo que sólo basta observar los órganos genitales externos, es decir, el pene o la vagina. Incluso la declaración del Médico o Comadrona que asisten al parto, tampoco se exige que hagan un análisis clínico.

Por tanto, el concepto *legal*, el concepto *jurídico*, del artículo 41 de la Ley del Registro Civil, del artículo 328 del Código Civil y de los otros artículos que hemos citado, es un concepto aparential del cuerpo humano, no es un concepto de alta ciencia. La Sentencia que recurrimos, basada totalmente en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1986, se opone a reconocer el cambio de sexo, basándose en que los machos difieren de las hembras por sus distintos órganos

de reproducción, y añade que no se puede prescindir del sexo genético ni del cromosomático.

En cuanto a la reproducción o **generación**, todos sabemos que muchas hembras no pueden concebir y generar hijos por tener atrofiados sus órganos reproductores o incluso por falta de alguno de ellos, pese a disponer de los restantes órganos genitales femeninos. Luego estos elementos diferenciadores no son esenciales para determinar el sexo, pues en algunas ocasiones fallan.

La Sentencia está vertiendo un concepto materialista del sexo, olvidando que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, encuadrado en la cultura occidental, el alma, el espíritu, informa al cuerpo y es primordial en el ser humano, por lo que si el alma, el espíritu, el sentir de la persona es femenino y tiene además órganos externos femeninos, por qué no va a tener el sexo femenino.

Por tanto, mantenemos que el sexo legal y jurídico es semejante al que entiende por sexo el vulgo, es decir, es lo que se dice el sexo anatómico o morfológico, el sexo psicológico y el sexo social.

La Sentencia que recurrimos se rasga las vestiduras al creer que el cambio de sexo va contra las normas del orden público, exponiendo las consecuencias a que a ello podría conducir, tales como que si se admitiera el referido cambio de sexo, el varón inscrito de nacimiento podría después contraer matrimonio con otro varón, podría convertirse en madre adoptiva, podría ser considerado heredero *ab intestato* de su *cónyuge*, etc.

Evidentemente la Sentencia está anclada en conceptos muy anticuados, pues hoy con el artículo 14 de la Constitución española, entendemos que llegará a admitirse el matrimonio con otro varón, y desde luego lo que no se puede sostener es que adopten sólo las madres, pues va en contra de dicho artículo 14, y es totalmente irrelevante que puedan ser herederos, pues no va en contra de ninguna norma jurídica. El legislador también ha previsto el cambio de sexo, y así el artículo 428 del Código Penal ha despenalizado totalmente las operaciones de cambio de sexo.

También la reforma del Registro Civil llevada a cabo por Real Decreto de 29 de agosto de 1986 ha introducido una modificación en el artículo 21 del Reglamento, prohibiendo dar publicidad a la rectificación del sexo, prohibición que no existía anteriormente en nuestro Derecho.

En definitiva, entendemos que el concepto de sexo que tiene nuestro ordenamiento jurídico es un concepto vulgar.

En consecuencia, debe ser acogido favorablemente este motivo de casación.

Tercer Motivo: Al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la Sentencia infringe normas de la Constitución Española, que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

La Sentencia infringe, por inaplicación, el artículo 10.1 de la Constitución española de 1978, por cuanto al negar y no admitir el cambio de sexo de don A. C. G. está impidiendo el libre desarrollo de su personalidad, ya que uno de los atributos fundamentales de la persona es el sexo que tiene; infringiendo la Sentencia el referido artículo al no reconocerle el sexo **actual**.

Como un derecho fundamental de la persona humana viene concebido *el libre desarrollo de la personalidad* en el artículo 10.1 de la Constitución Española, constituyendo este derecho uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, por lo que todas las instancias del Estado deben defender este derecho y crear las condiciones necesarias para que el mismo se mantenga a todos los niveles. ¿Qué se entiende, en la Constitución, por personalidad? La personalidad

es lo más propio de cada ser humano, aquello que le caracteriza como un ser único, individuo irrepetible, distinto a todos los demás seres humanos. La personalidad es lo que caracteriza a cada uno de nosotros, que nos vamos definiendo y haciéndonos a través de la vida.

Una de las cualidades de la personalidad es el sexo, es decir, sentirme hombre o mujer, desarrollar la propia personalidad, masculinidad o femeneidad, ser yo mismo.

Por ello, entendemos que se conculca abiertamente el artículo 10 de la Constitución Española, si no se me permite ser y manifestarme como me siento, si todo mi sentir y toda mi apariencia es de mujer y sin embargo mi tarjeta de identidad, mi pasaporte, manifiesta a todos que soy varón.

Esta falta de reconocimiento de mi propio sexo, aunque el mismo hubiere evolucionado y no fuera así originariamente, estaría impidiendo a todas luces el libre desarrollo de mi personalidad. Si, como afirma el dictamen psicológico, la naturaleza de mi representado es femenina, su rol, su papel, es el de mujer, el no reconocimiento legal de esta personalidad femenina puede incluso conducir a un desequilibrio mental, destructor de la propia personalidad, al estar viviendo continuamente el contraste de su ser, de su apariencia, con la titulación oficial de varón.

Otros ordenamientos jurídicos así lo vienen reconociendo, Francia, Inglaterra, etcétera, tienen ya abiertamente reconocido y legalizado el cambio de sexo.

Por todo ello ha de ser también acogido favorablemente este motivo de casación.

Cuarto motivo: Al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la Sentencia infringe normas de la Constitución Española, que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

La Sentencia infringe, por inaplicación, el artículo 14 de la Constitución española de 1978, por cuanto al no reconocer el cambio de sexo de don A. C. G. está cometiendo una discriminación basada en el sexo.

Los españoles somos iguales ante la Ley, y no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, ni por razón del sexo, según el artículo 14 de la Constitución.

Si el sexo no tiene relevancia ninguna en nuestro ordenamiento jurídico, de forma que el varón y la mujer tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones, el título legal de varón o hembra, como una circunstancia del estado civil de la persona, tampoco debe tener relevancia alguna.

Entendemos que la máxima discriminación es no permitir, no reconocer el cambio de sexo, pues se está impidiendo la igualdad ante la Ley. Asimismo el nacimiento como varón estaría condicionando y discriminando al ser humano, ya que éste no puede en un momento ulterior adquirir o pronunciarse por un sexo determinado, y ha de quedar fijado para siempre en el sexo originario. Supone una máxima discriminación aparecer ante todo el mundo como mujer y mantener en sus papeles identificatorios, por la inscripción registral, otro sexo distinto, el de varón.

Por estas razones ha de ser admitido el cambio de sexo, pues en virtud al sexo legal o registral estamos impidiendo el sexo posterior, el sexo real. En definitiva, estamos discriminando a una persona por razón de su nacimiento y por razón de su sexo, razones por las cuales debe ser acogido este motivo de casación.

Comentario.—La cuestión decidida por esta Sentencia, que puede estimarse controvertida a pesar de la misma, por cuanto el Juzgado y la mayoría de la Sala

del Tribunal Supremo mantuvieron una postura y la Audiencia y los votos particulares de cinco Magistrados de la misma Sala del Tribunal Supremo otra completamente opuesta, es sumamente delicada por mezclarse en ella no sólo consideraciones jurídicas, sino otras de tipo moral e incluso religiosas. La cuestión fundamental para resolver con acierto es la ya antigua de si el Derecho debe ajustarse a la moral, de suerte que nos quepa desconocer, permitir ni legislar en contra del mínimo ético, o bien si el Derecho es únicamente lo que está vigente en un pueblo y lugar determinados en virtud de criterios exclusivamente positivos.

Se afirma en el recurso que «se trata de un hecho cuyo esclarecimiento corresponde a la técnica». Frente a tal afirmación, cabe reflexionar:

Si, efectivamente, se trata de un hecho, no es revisable en casación la apreciación del Tribunal de instancia, sino en los estrechos límites que permiten el acceso de tales cuestiones de hecho y por vía distinta a la planteada en el recurso.

Que su esclarecimiento corresponda a la técnica parece correcto, pues ello implica colocar a la persona al mismo nivel que cualquier criatura irracional. No se trata de una cuestión de medida, sino de principios. Abierto el portillo, ¿quién va a impedir una ulterior apreciación de que el interés colectivo o la propia conveniencia del sujeto —apreciada por esa misma «técnica»— imponga la transformación?

El estado civil es una cuestión jurídica, no técnica. Aunque el sexo, según la autorizada opinión del profesor don FEDERICO DE CASTRO, «no tiene en nuestro Derecho la significación propia de un estado civil», sino que «es una *cualidad personal*, unida íntimamente a la persona, con primordial importancia identificadora y calificadora; como tal, la declaración del sexo masculino o femenino de una persona, su desconocimiento y petición de inscripción o rectificación en el Registro civil —por error de éste— originan acciones de personalidad». Y sabido es que la personalidad, atributo esencial de la persona, es indisponible por su propia naturaleza, no puede ser objeto de tráfico ni de cambio. Por igual razón a la posibilidad de cambio de sexo podría admitirse el suicidio. E incluso con trato más benévolo para ésta, pues corrientemente se dice que el suicida carece en este momento de razón, mientras que el cambio de sexo se realiza con plena conciencia y para conseguir en ocasiones fines inmorales. El propio autor citado enumera entre los estados civiles «la distinción de las personas conforme a su sexo» (tomo II del *Derecho Civil de España*, pág. 75).

El cambio de sexo vulnera el orden público (v. gr.: exención del servicio militar). Las distinciones que se advierten en la Sentencia son correspondientes a una época en la que pocos quieren llamar a las cosas por su verdadero nombre: en vez de reclusos o penados se habla de «internos»; los concubinatos son «uniones de hecho»; los mendigos son los «económicamente débiles»; los vagos son «inadaptados»... y para qué seguir. Así se habla de sexo anatómico u orgánico, el manifestado por los atributos externos; el genético; el cromosomático; el sexo psicológico, en fin, derivado de la propia conciencia de la persona, que se siente hombre o mujer, etc., para justificar lo que no es sino una aberración, que no se trate de corregir, sino de fomentar, que es lo grave.

F. C. L.

PERSONALIDAD. DERECHOS SOBRE EL PROPIO CUERPO. TRANSEXUAL
(SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Mariano Martín-Granizo y Fernández, y con voto particular contrario que formula el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, admite el recurso de casación por infracción de la doctrina establecida en la anterior Sentencia de 2 de julio de 1987 y basado además en error en la apreciación de la prueba, interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de dicha ciudad y, en consecuencia, declara que debe rectificarse la inscripción de nacimiento en el sentido de hacer figurar en ella en lugar del nombre que en la misma aparece —Francisco Javier— el de Marta, y en vez de sexo varón, el de hembra, por los siguientes fundamentos:

1. Aparece integrado este recurso por dos motivaciones: la primera, inserta en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega error en la apreciación de la prueba basada en documentos obrantes en autos que demuestran, según el recurrente, la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, documentos que «son los informes periciales de los forenses don Angel Calcedo Ordóñez y don Juan Antonio Cobo Plana»; en la segunda, y al amparo del número 5.º del mismo precepto procesal, se estima la infracción de «la doctrina establecida por la Sala a la que me dirijo en Sentencia de 2 de julio de 1987».

2. Sobre tales motivaciones es más que conveniente, necesario, distinguir en este recurso dos aspectos: en primer lugar, si la argumentación que en los mismos se contiene es o no adecuada para la finalidad perseguida; en segundo lugar, y tanto para el caso de que lo sea como de que fuere equivocada, si habida cuenta el ámbito casacional del primer motivo puede ser o no obstáculo su argumentación para la entrada en el examen y estimación o, en su caso, desestimación del recurso.

3. En lo que a la primera cuestión se refiere, o sea, al acierto o no tanto del asiento formal de la primera motivación como a las argumentaciones vertidas en una y otra, debe señalarse: en cuanto al aspecto estricto de la validez casacional del primer motivo, dado que en él se denuncia por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley ritual un error en la apreciación de la prueba basada en informes periciales, es de indicar que: a) como tiene declarado reiteradamente esta Sala, los testimonios de los peritos no constituyen prueba pericial, sino instrumentalizada, por lo que su denuncia en casación debe hacerse después de la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento el año 1984, por la vía del ordinal 5.º del citado artículo de la Ley de Ritos; b) aunque la antinomia existente entre el número 4.º del indicado artículo 1.692, «error en la apreciación de la prueba, basado en documentos...»; y el párrafo segundo del 1.707 que alude a los «informes aducidos en demostración del error» podían conducir a una interpretación extensiva de las pruebas incluibles en el citado número 4.º del 1.692, dicha contradicción ha de ser resuelta en favor de este último precepto, habida cuenta el carácter extraordinario y, por tanto, de exégesis restrictiva de la casación; c) sin embargo, es lo cierto que la sentencia impugnada sienta en sus considerandos unos presupuestos fácticos respecto de los cuales emite su juicio de valor y atribuye unas consecuencias jurídicas, aspectos ambos que, como tiene dicho esta sala en su Sentencia de 2 de julio de 1987, son susceptibles de revisión o de confirmación en casación.

4. A su vez, en la segunda motivación el recurrente estima que el Tribunal *a quo* ha infringido la doctrina establecida por esta Sala en la citada Sentencia de 2 de julio de 1987, aspecto que requiere una especial atención, dado que si bien al hacer tal afirmación el recurrente no tuvo en cuenta que, como tiene declarado este Tribunal de modo reiterado, la existencia de una sola sentencia del mismo no crea jurisprudencia, no se puede olvidar y así debe ponerse de relieve que en el caso resuelto por referida resolución actuó la Sala Primera de este Alto Tribunal en pleno, lo cual atribuye a la misma una especial fuerza en lo que a constitución de doctrina jurisprudencial se refiere. Por último, y para concluir esta especie de preliminares casacionales, ha de señalarse otro aspecto de extremo interés en este tipo de cuestiones y es que en supuestos como el presente, en los que juega primordial papel en orden a su solución tanto la esfera ambiental en que se hayan podido desarrollar las vivencias familiares y psicológicas del individuo como su propia psique, cada caso a resolver ha de ser contemplado y valorado con una muy especial atención a sus particulares circunstancias.

5. Mas como se **apuntaba** en el tercero y cuarto de estos fundamentos, una cosa es que la ubicación procesal de la primera y la argumentación de la segunda motivaciones sean más o menos acertadas y otra, la de que si aun pudiendo ser equivocadas, esta Sala, con apoyo en la interpretación de los presupuestos fácticos que se contienen en los informes periciales que a indicado motivo primero sirven de fundamento puede adentrarse en el estudio del recurso, extremo que ha de ser resuelto en sentido afirmativo, toda vez que constituyendo la base de referida motivación la imputación a la sentencia impugnada de un error en la valoración de la prueba pericial indicada en relación con el criterio marcado por la tantas veces citada Sentencia de 2 de julio de 1987, este Tribunal no sólo puede, sino que debe, en uso de sus facultades y dentro del estricto marco de la casación, comprobar si la labor hermenéutica de la Sala *a quo* es o no la adecuada.

6. Dicha sentencia, confirmatoria de la dictada en primera instancia, desestima la acción ejercitada por don Francisco Javier Aguirre Cortés que solicitaba la rectificación de su inscripción de nacimiento, a fin de que su nombre fuere sustituido por el de Marta, de sexo mujer. Los presupuestos fácticos de que se parte para la indicada desestimación, señalados en la resolución de primera instancia cuyos considerandos se aceptan por el Tribunal de Apelación, son los siguientes: «Que de la prueba practicada, más concretamente de los informes periciales emitidos, se hace preciso ante todo constar lo que de modo inequívoco ha quedado justificado: que la persona promotora de estas actuaciones ya no sólo reviste una apariencia femenina completa, sino que **además**, lo que es más importante —o por mejor decir, viene a completar aquella imagen externa—, 'se siente mujer', actuando social e incluso humanamente como mujer; pero también los mismos dictámenes no pueden por menos que resaltar lo que a todas luces constituye un hecho cierto, que es que, no obstante esa apariencia, no obstante incluso ese psiquismo propio del sexo femenino, no es ni cromosómicamente ni genitualmente una mujer», terminando por declarar, lo que ha de insistirse acepta la sentencia impugnada, que «de este antagonismo deviene, sin duda, no sólo un gravísimo problema personal y humano —lo que ya es extraordinariamente **importante**—, sino incluso un problema social, ante el cual la misma sociedad no puede adoptar una posición pasiva, y ante el cual por lo mismo la ciencia del Derecho ha de reaccionar creando una normativa que lo admita —como lo tiene que **admitir**— y regule», la cual actualmente no existe.

7. A lo anteriormente señalado, y dado el fundamento procesal del primer motivo, ha de agregarse lo siguiente: a) que en el informe pericial de don A. C. O., médico forense, además de las indicaciones que se reflejan en el considerando precedente y recoge la sentencia impugnada, se dice también: «pero lo que provoca más antagonismo es el sexo psicológico, basado en tres datos: 1) sentido irreprimible de pertenecer al sexo legal opuesto; 2) repugnancia hacia los atributos de su sexo —los suprime quirúrgicamente—, y 3) deseo obsesivo de un cambio de su morfología genital», agregándose: «Es evidente que el sujeto cuyo caso dictaminamos se considera literalmente víctima de un error de la naturaleza, o más gráficamente, como "un alma femenina dentro de un cuerpo masculino", lo que nos lleva a considerar una gran divergencia entre el sexo en sí y la identidad sexual, concepto éste de un total contenido psicológico, que no sólo se mitiga con un simple cambio de nombre»; b) a su vez, en el informe médico presentado por el otro perito don J. A. P., especialista en Medicina Legal, además de lo que quedó indicado en el anterior fundamento y recoge la sentencia de primera instancia, se expone que el recurrente: «ya no es un hombre socialmente hablando, pero tampoco es mujer a pesar de su apariencia femenina, por lo que en realidad existe un grave problema y un drama vital de difícil solución».

8. Sobre la base de tales postulados y teniendo en cuenta los argumentos contenidos en la sentencia impugnada, es evidente que son dos los principales problemas que el tema planteado ante esta Sala representa: el de la competencia de los Tribunales para resolver estas cuestiones, al no existir una específica regulación de la misma que permita cuando menos sea susceptible de ser interpretada en uno u otro sentido; y el relativo a la seguridad jurídica representado por las consecuencias que en ella pudiera tener la resolución de unas cuestiones no legalmente reguladas.

9. Por lo que al primero de estos aspectos se refiere y sin entrar en los problemas que ello ha suscitado en el marco tanto de la doctrina científica como jurisprudencial de los distintos países europeos, sí merece poner de relieve: 1) que el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional de Alemania Federal), ya antes de la promulgación de la Ley de 10 de septiembre de 1978 que reguló en dicho país esta materia, había admitido por Sentencia de 11 de octubre de 1978 la competencia de los Tribunales para colmar las que en su opinión no son lagunas legales y sí únicamente *iuris*; 2) a su vez, el Tribunal Constitucional español tiene reiteradamente declarado, no sólo que las leyes deben ser interpretadas conforme a la Constitución, sino también que los preceptos de ésta, salvo excepciones que aquí no concurren, no tienen un valor puramente programático, sino que son de obligatoria observancia por los órganos judiciales, como así establece a su vez el artículo 5.º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

10. Siguiendo con este *iter* argumental, se entra en el segundo de los aspectos que presenta el tema objeto de este recurso y quedó señalado en el segundo de estos fundamentos; el de si la seguridad jurídica podría verse afectada por el hecho de que no obstante mantener el recurrente su genotipo masculino, los órganos judiciales en ausencia de una específica regulación legal pueden sacralizar el cambio de sexo. Así centrado este segundo aspecto de la cuestión, en extremo interesante toda vez que es uno de los que sirven de inspiración a la sentencia impugnada para rechazar la acción ejercitada por el recurrente, es de señalar, que el artículo 10.1 de la Constitución Española establece como derechos fundamentales de la persona, entre otros, el del «libre desarrollo de la personalidad», término éste que en una proyección hermenéutica amplia autoriza a incluir los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no impli-

que o suponga delito o cuando menos ilícito civil, supuestos que en este caso no concurren, tanto por razón de la despenalización de ciertas mutilaciones (art. 428 del Código Penal) como de no estar expresamente prohibido por la normativa sustantiva ni procesal civil. Pero es que, además, no puede olvidarse: a) que la finalidad primordial del derecho positivo es regular las relaciones sociales con criterios de realidad y de justicia, acomodando el mismo a las exigencias y necesidades de cada concreto supuesto; b) que aun cuando conveniente sea la regulación de la transexualidad (juntamente con la de la intersexualidad), la ausencia de una concreta reglamentación de dichas figuras no puede impedir que las situaciones que vayan surgiendo no puedan ser resueltas, acudiendo para ello al sistema de fuentes que contiene el artículo 1.º del Código Civil; c) que en dicha función desempeña un muy interesante papel la *jurisprudencia*, en cuanto si bien no es fuente directa, creadora de normas, sí cumple una muy interesante función en lo que a la aplicación del Derecho se refiere, la de complementadora del ordenamiento jurídico, función que se cumple, fundamentalmente, no colmando lagunas normativas en cuanto las mismas no puede existir, sino en base de realizar una labor de sincronización entre el Derecho positivo y la realidad social vigente, a través de una adecuada exégesis de la norma, cuando ésta existiese, o de la costumbre y de los principios generales del Derecho en defecto de aquélla; d) por último, y en conexión con todo lo hasta aquí expuesto, de insistir es en que la norma, aun cuando muy general, existe en este caso y está representada por ese artículo 10.1 de la Constitución Española; y en que, igualmente, la citada exégesis puede ser realizada por esta Sala a través del artículo 1.º6 en relación con el 3.º1 del Código Civil.

11. Tampoco puede ser obstáculo a lo que se acaba de indicar el que, como dice la sentencia de Primera Instancia y acepta la aquí impugnada, el artículo 21 del actual Reglamento del Registro del Estado Civil de las personas disponga que «no se dará publicidad sin autorización especial porque de ello puede resultar perjuicio para tercero... 2.º De la rectificación de sexo»; y no puede serlo, en primer lugar, porque dicha publicidad siempre será posible a través de esa especial autorización; en segundo lugar, y en orden a la frase «de modo especial frente a futuros matrimonios», que se contiene en el citado precepto reglamentario, porque en la actualidad y por virtud de lo dispuesto en el artículo 73.4.º del Código Civil, tales matrimonios serían nulos; por último, porque la rectificación de este tipo de errores, como tiene establecido el artículo 92.1 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, sólo puede obtenerse por vía de la sentencia firme recaída en el correspondiente juicio ordinario, que es precisamente el supuesto que aquí aparece.

12. Otro aspecto interesante en este tema de transexualidad —que no de intersexualidad—, acaso el más trascendente en orden a la resolución de cada concreto caso, es el relativo a las causas que hayan podido provocar en el individuo el acceder a las intervenciones quirúrgicas provocadoras del cambio exclusivamente externo de su estructura genital para convertir bien su aspecto masculino en femenino, bien al revés, dado que el genético sigue siendo el mismo. A tales efectos, debe de tenerse en cuenta el juego de los factores psíquicos, puestos de relieve en este supuesto en los fundamentos 5 y 6, aspecto de una enorme trascendencia en estos casos, dada la circunstancia de que por razón de una acreditada personalidad psíquica de naturaleza femenina, traducida en dificultades para la inserción tanto en el sexo al que se pertenece genéticamente como en aquel otro hacia el que tiende su psique y que se ha puesto de relieve en los informes periciales, autorizan a dudar de lo que para ciertos sectores

doctrinales pudiera ser causa de rechazo del cambio jurídico de sexo aquí solicitado; el que éste, al fin y al cabo, se ha producido por la voluntad del recurrente; y autoriza la duda, puesto que no debe olvidarse y menos los órganos judiciales, la influencia de la mente en la conducta humana que puede llegar no sólo a disminuir, sino incluso a eliminar esa voluntad.

13. Por último, y como cierre a este conjunto argumental, debe señalarse para concluir: a) que el recurrente, aunque cromosómicamente varón, ofrece en la actualidad, y en lo que a su proyección morfológica se refiere, el sexo femenino; b) que a su vez y psíquicamente considerado, pertenece también a dicho sexo; c) que no se trata ahora como tampoco en las tantas veces citada Sentencia de 2 de julio de 1987, de que los Tribunales operen o puedan operar un cambio genético de sexo (en cuanto éste sigue siendo en los momentos actuales inmutable), sino de resolver la cuestión humana y social que ante ellos se presenta bajo las circunstancias que se han dejado expuestas; d) que a tales efectos, resulta conveniente recordar la idea que contribuyó a dar entrada en el mundo del derecho a las llamadas «personas jurídicas», efectuando a través de los argumentos que se han dejado expuestos lo que bien puede ser considerado como «la traducción jurídica de un fenómeno empírico», acudiendo para ello a una interpretación extensiva del artículo 10.1 de la Constitución Española, y dando a la jurisprudencia su papel de complementadora, que no creadora, del ordenamiento jurídico, a fin de permitir el adecuado asentamiento social a quien siendo cromosómicamente de sexo masculino, por las razones de tipo psicológico y extra voluntario que se han dejado expuestas, dado su psique, sus formas externas y hasta cierto punto hoy también internas, no es ya física ni socialmente varón.

Por su parte, el voto particular se articula en el sentido de que no procede estimar técnicamente el recurso en virtud de los documentos periciales; y el rechazo de este motivo conlleva el del segundo, conforme se pase a exponer, por lo que no ha lugar, en opinión de este Magistrado, al recurso de casación.

Los fundamentos de Derecho son los siguientes:

1. En el primer motivo del recurso, con amparo procesal en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se tacha a la sentencia recurrida de haber incidido en error en la apreciación de la prueba, señalando textualmente que «los documentos básicos y demostrativos del error de la sentencia que recurrimos son los informes periciales médicos de los Forenses don A. C. O. y don J. A. P., emitidos a presencia judicial y a solicitud de las partes».

2. Como expresó la Sentencia de esta Sala de 8 de diciembre de 1985: «Ni la antigua regulación del recurso de casación ni la nueva sancionada por la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en los correspondientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, autoriza a convertir lo que el remedio extraordinario que el meritado recurso significa en una tercera instancia, atacando la resultancia probatoria establecida por el Juzgador de instancia sin atenerse a los límites que para efectuarlo señalaba de manera concreta el número 7 del artículo 1.692 de la Ley anterior y lo hace hoy el número 4 del propio precepto, pues éste exige que el error en la apreciación de la prueba que se denuncie esté fundado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, triple condicionamiento del que resulta que de los medios de prueba enunciados en los artículos 1.215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo el que merezca el calificativo de "documento" en sentido técnico es hábil para

servir de apoyo a la censura en casación que la norma —el citado núm. 4 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— autoriza, no estando adornados de esta cualidad las actas por las que se documenta la práctica de otros medios probatorios que cual la confesión, reconocimiento judicial, pericial y testifical se hallan sujetas en cuanto a la apreciación de su resultancia a las correspondientes normas de valoración, cuya infracción después de la reforma ha de acusarse por la vía del número 5 del repetido artículo 1.692 de la Ley procesal, no siendo lícito, por demás, establecer hechos con **fundamento** en deducciones o hipótesis que traten de extraerse de datos aislados de las mismas, sustituyendo al respecto por el criterio propio del recurrente el más autorizado e imparcial del Juzgador, pues, en principio, no se pueden menospreciar las conclusiones de apreciación de las pruebas que fueron practicadas con su intervención directa».

3. La aplicación de la doctrina consignada en el fundamento de derecho que antecede determina el decaimiento del precedentemente enunciado primer motivo del recurso, ya que, no obstante la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en la regulación del recurso de casación, lo que con respecto a la prueba pericial venía sancionando la jurisprudencia de esta Sala en los términos concretados en el segundo considerando de su Sentencia de 7 de marzo de 1980, no ha perdido vigencia en los extremos en que expresa que los dictámenes periciales no son los «documentos» a que la preceptiva entonces contenida en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y hoy 4.º del propio artículo, reputa hábiles para evidenciar un error del Juzgador en la valoración de la prueba, al carecer la apreciación personal del perito del concepto de documento en el sentido de la veracidad indiscutible que se requiere para utilizarlo a los fines de enervar la apreciación de las pruebas hecha por el Juzgador de instancia, al constituir el dictamen de los peritos un medio de prueba cuyo análisis y valoración, según las reglas de la sana crítica, corresponde al Tribunal sentenciador, de conformidad a las facultades que le otorga el artículo 632 de la citada Ley procesal.

4. El rechazo del **primer** motivo conlleva al decaimiento del articulado como segundo, pues las conclusiones fácticas sentadas por la resolución impugnada en el sentido de que el demandante y aquí recurrente, que pretende se le tenga por mujer, «no es persona del sexo femenino» y que, por tanto, no existe discrepancia entre la realidad y la inscripción en el Registro Civil, quedan inalteradas en este trámite de casación y no pueden ser removidas por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que la infracción de la doctrina establecida por la Sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1987 que acusa carece de base fáctica que le sirva de apoyo.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

NO ES LICITO ALEGAR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER QUE SOLO AL PROPIO ALEGANTE INCUMBIA (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—No es lícito a una parte alegar el incumplimiento de un deber que sólo a ella incumbía, para en base a ello intentar la nulidad de lo pactado (*nemo auditur turpitudinem suam alegans*). Valor y eficacia de lo pactado que ha de mantenerse en virtud de la fuerza vinculante de lo acordado (*pacta sunt servando*).

Según reiterada doctrina de esta Sala, la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad de tal Derecho vigente, sino también su alcance y acreditada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite duda razonable a los Tribunales españoles.

EL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL, EN LO QUE RESPECTA A RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO, FUE MODIFICADO POR LA LEY DE 26 DE JULIO DE 1957 (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.903 dice que «El Estado es responsable de responsabilidad extracontractual directa por actos u omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder (culpa *in vigilando* o culpa *in eligendo*) cuando obra por mediación de un agente especial, pero no cuando el daño hubiera sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada, en cuyo caso es aplicable el artículo anterior». Esta distinción entre agente especial u ordinario de la que habla este párrafo 5.º del artículo 1.903 ha desaparecido en la Ley de 26 de julio de 1957, la que en todo caso considera los actos como propios de la Administración, y así determina el artículo 41 que «cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por las autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios»; siendo esto así y entendiendo que el expresado párrafo quinto del artículo 1.903 del Código Civil hay que entenderlo modificado en el sentido señalado y en verdad sustituido por dicho artículo 41.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: AL COMPENSAR CONDUCTAS PUEDEN TENERSE EN CUENTA LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Se ha venido postulando por la doctrina la tesis de que la conducta del perjudicado cobra una importancia destacada cuando incida en el nexo causal, toda vez que no se trata de compensar culpa con culpa, lo que conduciría a criterios subjetivos, sino que lo que en realidad se pretende es

compensar conductas mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos, y valorada su incidencia en el nexo causal deducir, por vía de compensación, la disminución en el *quantum* de la indemnización. De ahí que al compensar conductas puedan tenerse en cuenta los movimientos reflejos, incontrolados o irreflexivos que incidan en la relación causal. Ya la Sentencia de 13 de marzo de 1953 postuló la tesis de que en caso de concurrencia de conductas era obligado discernir la causa predominante con el fin de declarar la responsabilidad total o compartida que pudiera haberse irrogado. Posteriormente, la Sentencia de 14 de octubre de 1957, siguiendo precedente de anteriores, entendió que cuando concurriera la culpa del agente y la del perjudicado, los Tribunales deben moderar la responsabilidad del primero y reducir en proporción su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado.

LA COMPENSACION JUDICIAL NO EXIGE TODOS LOS REQUISITOS DE LA LEGAL (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el número 3 del artículo 1.196 exige como requisito para apreciar la compensación la liquidez y exigibilidad de las deudas, también lo es que esta Sala, en interpretación de tal precepto, tiene declarado que en la compensación judicial no se exigen todos los requisitos que la normativa del Código Civil fija para que proceda la compensación legal, entre ellos que las dos deudas compensables sean liquidadas y exigibles en el momento de plantearse el litigio, ya que este extremo puede referirse en la concreción del montante de la deuda compensable a la decisión judicial que establezca en el correspondiente procedimiento de condena los conceptos claros de lo que la demandada adeuda a la actora, aunque la determinación de su importe cuantitativo quede para ejecución de sentencia (S. 24 octubre 1985).

LA PREVISION EXIGIDA AL ARQUITECTO NO ES LA SIMPLE DILIGENCIA DEL HOMBRE CUUDADOSO (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Como ya hubo de sancionar la Sentencia de esta Sala de 29 de marzo de 1966, la normal previsión exigible al Arquitecto director de obra, no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe serle exigida, incluyendo, claro está, en sus deberes el conocimiento y estudio de las particulares condiciones del terreno sobre el que se edifica y el estudio de la carga no excesiva que el suelo debe soportar, para evitar desplazamientos.

EL PRINCIPIO «ALTERUM NON LAEDERE» ES APLICABLE INCLUSO CUANDO MEDIA RELACION JURIDICA PREVIA (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—El principio de congruencia, prohibitivo de toda resolución *extra petita*, lo único que impone es una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos en que las fundamentan, pero ni condena el *da mihi factum*, *dabo tibi ius*, ni puede prescindir del *iura novit curia*,

según jurisprudencia reiterada, de la que son ejemplos las Sentencias de 10 de mayo y 17 de junio de 1986.

El principio *alterum non laedere* es aplicable incluso cuando media una relación jurídica preexistente entre partes, de la naturaleza jurídica que fuere, ya que, cual señalan Sentencias como la de 5 de julio de 1983, si bien la responsabilidad contractual y extracontractual tienen su punto de arranque en la existencia o no de una relación negocial, con puntos de coincidencia comunes como son la producción de un daño o lesión, atribuibilidad del mismo a un sujeto, y deber de indemnizar o resarcir/ tienen sus diferencias en que mientras la contractual nace como consecuencia lógico-jurídica del incumplimiento o infracción de los términos de un negocio, la extracontractual tiene su origen en un ilícito civil productor del daño, al margen o además de todo incumplimiento o infracción, todo lo cual determina que en ambas clases de culpa su finalidad sea reparadora, sin perjuicio de las específicas que puedan derivar del incumplimiento del contrato.

PROPIEDAD HORIZONTAL: TODA LIMITACIÓN A LA PROPIEDAD INDIVIDUAL HA DE SER INTERPRETADA DE MODO RESTRICTIVO (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Toda limitación a la propiedad individual, al derecho singular, ha de interpretarse de modo restrictivo, salvo que afecte, en esta especial institución y yuxtaposición de propiedades, a los elementos comunes.

USURA: UN 28 POR 100 DE INTERESES CIFRA EXAGERADA (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Un 28 por 100 es cifra exagerada cuando la garantía real, ajena a avatares mercantiles, asegura el cumplimiento de la obligación sin riesgo para el prestamista.

LA FACULTAD MODERADORA PUEDE EXTENDERSE A TODOS LOS SUPUESTOS DE CLAUSULA PENAL (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—Es cierto que entre la variedad de funciones o finalidades que la doctrina asigna a la denominada por nuestro ordenamiento jurídico «cláusula penal», son de resaltar las de «coercitiva o de garantía», «penal en sentido estricto» y «sustitutiva o liquidatoria de los perjuicios». Pues bien, la redacción del artículo 1.154 del Código Civil permite extender la eficacia de la facultad moderadora a cualesquiera de los supuestos de funcionamiento de la cláusula penal: «correctivo», «penal» y «sustitutivo», sin que deba estimarse excluido el tercero de ellos, «sustitutorio o liquidatorio».

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TIENEN UN SIGNIFICADO EMINENTEMENTE PERSONALISTA (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1989).

Hechos.—El dueño de un coche Ford-Fiesta escribió una carta al periódico *El Diario de Cuenca*, formulando acerbos críticas sobre los servicios y reparaciones

prestados por la empresa concesionaria de Ford. Dicha empresa demanda al quejoso usuario y al periódico por intromisión ilegítima en su honor. El Supremo declara, casando anteriores sentencias, no haber lugar a la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—~~Vien~~siendo doctrina pacífica la que entiende que los derechos fundamentales establecidos en el artículo 18.1 de la Constitución tienen un significado eminentemente personalista, en el sentido de estar referidos a la persona individual. Tal interpretación está avalada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que desarrolla el precepto constitucional **indicado** y regula el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y así se deduce del empleo de la palabra persona en el artículo 2.º; vida íntima de las personas, en el artículo 7, 1 y 2; vida privada de una persona o familia, datos privados de las mismas o imagen de una persona, números 3, 4 y 5 del mismo precepto.

Así, con **referencia** al honor, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988 declaró que tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor **referible** a personas individualmente consideradas, tesis que en esencia **fue** postulada por la Sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 1988.

Asimismo, y con respecto a la imagen, la Sentencia de 11 de abril de 1987 la definió como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquella, a los efectos de protección civil por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, la representación **gráfica** de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, y en sentido jurídico habrá que entender que es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen, y por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad, criterio seguido por las Sentencias de 29 de marzo y 9 de mayo de 1988.

LA NATURALEZA IUSPRIVATISTICA DEL CONTRATO DE ARQUITECTO NO IMPIDE QUE EN SU CELEBRACION HAYAN DE CUMPLIRSE CIERTAS FORMALIDADES (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—En los denominados contratos de arquitecto y cualesquiera que fuese su específica **cualificación** de obra o de servicios (según sea el contenido y fines del convenio), cuando el objeto de la discrepancia es una reclamación de honorarios, si bien se rige fundamentalmente por la normativa contractual general del Código Civil, no es menos cierto que, como tiene ya declarado esta Sala en alguna resolución (Sentencias de 29 de septiembre de 1983, 29 de junio de 1984 y 3 de mayo de 1988), su naturaleza iusprivatística no impide que en su celebración hayan de cumplirse ciertas formalidades de carácter administrativo, de las que son muestra el precio, predeterminado por las tarifas oficiales y las normas contenidas en los Estatutos de los Colegios de Arquitectos que tienen a su cargo la organización de los servicios necesarios para el cobro de los honorarios.

La obligación que los colegiados tienen de comunicar el encargo a su respectivo Colegio no pasa de ser un deber u obligación colegial, cuyo incumplimiento no puede provocar la nulidad radical, ni siquiera la **anulabilidad** del negocio; consiguientemente, la falta del referido requisito no provoca la invalidez del contrato, en cuanto en realidad y cual se ha dicho, no es sino una simple comunicación a efectos puramente corporativos.

ARRENDAMIENTOS: LA RENTA QUE SIRVE DE BASE PARA APLICAR EL INCREMENTO NO ES LA INICIAL, SINO LA ACUMULADA (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la sentencia.—En la Sentencia de 9 de marzo de 1988 se dice que la renta que ha de servir de base para aplicar los incrementos en las revisiones a realizar no es en modo alguno la contractual inicial, salvo pacto expreso en este sentido, sino la acumulada, exigible, según los términos del apartado 2 del artículo 1º del Real Decreto-ley 2/1985, de 3 de abril, abstracción hecha de que el arrendador hubiese aplicado o no los incrementos procedentes, no obstante estar en situación contractual de hacerlo, quedando a salvo siempre los límites de actualización, que por voluntad de las partes se hayan producido ya en cada caso.

Y ello es así porque realmente el índice de precios o de costo de la vida se pergeña a partir y con base del producido en el ejercicio anual precedente, por lo que la actualización, en función del equilibrio de contraprestaciones, ha de operar paralelamente sobre la renta revisada del período anterior, para ser coherente, que asimismo lo exige su condición de ser esa renta revisada, renta tan pactada y vinculante como la inicial contractual.

PARA QUE EXISTA OBLIGACION SOLIDARIA NO ES PRECISO QUE SE EMPLEE ESE TERMINO (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1989):

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia ha impuesto una atenuación al rigor del último inciso del artículo 1.137 del Código Civil, de suerte que para la existencia de la obligación solidaria no es preciso que se emplee precisamente ese término, bastando para ello que el conjunto de antecedentes y circunstancias en que el negocio o negocios jurídicos se haya originado, por haber en ellos comunidad jurídica de objetivos al manifestarse una interna conexión entre ellos, demuestre la existencia de esa voluntad que es garantía para los perjudicados como factor estimulante del concierto y cumplimiento de los contratos (Sentencias de 2 de marzo de 1981, 7 de octubre de 1982, 26 de abril de 1985 y 12 de mayo de 1987, entre otras).

SON APLICABLES LAS REGLAS DE LA COMPRAVENTA A LA ADIUDICACION EN PAGO DE DEUDA (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Es de considerar y determinar el concepto, naturaleza, carácter y efectos atribuibles jurídicamente a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto* y la adjudicación para el pago de deudas o *datio pro solvendo*, y en tal sentido es de entender que la primera, o sea, la *datio pro soluto*, significativa de adjudicación en pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en el contrato de compraventa, dado que, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de

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

**TERCERIA DE DOMINIO: NO PUEDE BASARSE EN UN DOCUMENTO PRIVADO
CUYA FECHA FRENTE A TERCEROS SEA POSTERIOR AL EMBARGO**
(SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo enseña que la demostración cumplida y patente de la propiedad que al tercerista corresponde en virtud de la distribución del *onus probandi* entre los litigantes, no puede basarse en un documento privado que por sí solo no acredite la efectiva transmisión patrimonial pretendida y cuya fecha frente a terceros resulta posterior a la realización del embargo, que según lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil clara e inequívocamente subordina la eficacia del documento privado, por sí solo, frente a terceros, a que sobrevenga alguno de los tres eventos a que se refiere explícitamente dicho artículo: la incorporación o inscripción en un Registro público, la muerte de cualquiera de los que lo firmaron o la entrega a un funcionario por razón de su oficio.

EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA HA SIDO INCORPORADO A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO POR LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—La figura del reconocimiento de deuda ha sido acogida por la doctrina de esta Sala y así en la Sentencia de 8 de marzo de 1956 se define como contrato por el cual se considera una deuda como existente contra el que la reconoce, dando lugar a una obligación independiente con sustantividad propia, o sea, desligada y libre de la propia existencia de la deuda reconocida, bastando la inexpressión de la causa para que, conforme al artículo 1.277 del Código Civil, ésta se presuma como existente y lícita, mientras no se demuestre su verdadera inexistencia o ilicitud, corroborada por la de 13 de junio de 1954, en la que se reconoce su eficacia en Derecho a una escritura de reconocimiento de deuda, por la que quedaron inutilizadas y canceladas unas cam-

biales, ante la voluntad de las partes de concluir un negocio abstracto de reconocimiento de deuda, como no menos por la de 26 de octubre de 1962, en la que se afirma que el reconocimiento de deuda es un contrato abstracto cuya validez no está subordinada a la existencia de la causa, que admite nuestro Derecho positivo al amparo del artículo 1.277 del Código Civil, luego si en efecto el reconocimiento de deuda no es figura típica dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ha sido incorporada al mismo por nuestra doctrina jurisprudencial, encontrando cobijo al amparo del artículo 1.277 del Código Civil.

EL PROMOTOR-CONSTRUCTOR, CUANDO DESTINA LAS VIVIENDAS AL TRAFICO CON TERCEROS, NO ESTA EXCLUIDO DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—La Sentencia de 11 de febrero de 1985 dice que siquiera sea cierto que la responsabilidad decenal alcanza únicamente al contratista y al Arquitecto, y deja al margen al mero dueño de la obra, con todo debe matizarse esa delimitación a presencia de un *corpus* de doctrina en torno a la figura del promotor (Sentencias de 28 de noviembre de 1970, 11 de octubre de 1974 y 13 de junio de 1984, entre otras), esclarecedoras de que la construcción de un edificio para su enajenación en régimen de propiedad horizontal no determina, aun cuando exista otra persona o sociedad que ejecutara la obra materialmente y por encargo de la promotora, la exoneración de aquella de la responsabilidad decenal en el concepto de contratista, pues esta expresión comprende al promotor-constructor y ostenta tal cualidad el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero; intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico que falta en la cooperativa, cuyo objeto era la promoción de viviendas para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados, siendo la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora, que lo ha sido la misma cooperativa; se configura ésta, en consecuencia, como mera dueña de la obra, legitimada frente al contratista y técnicos a que intervinieron en la construcción para exigir frente a ellos la responsabilidad nacida al amparo del artículo 1.591 del Código Civil.

NO PUEDE ESTABLECERSE UNA PRESUNCION SOBRE OTRA PRESUNCION (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Como tiene declarado esta Sala respecto a la prueba de presunciones, es preciso distinguir el hecho o los hechos demostrados y aquel que se trata de deducir, entre los que es indispensable que haya enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que la jurisprudencia ha puntualizado con rigor, exigiendo que entre los dos exista conexión y congruencia, muestras de una relación concordante, teniendo en cuenta unas reglas, que son las de la lógica o raciocinio lógico que no autorizan a realizar deducciones que la ley no permite, ni dar a los hechos significación de la que carecen. Conforme al artículo 1.253 del Código Civil, es exigencia primaria para el funcionamiento de la prueba de presunciones que el hecho del que se obtiene ha de estar

completamente acreditado, no pudiendo establecerse una presunción sobre otra presunción o conjetura.

DEBEN INDEMNIZARSE TODAS LAS CONTRAVENCIONES A LA OBLIGACION
(SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.101 del Código Civil no atiende solamente, como causa de indemnización de daños y perjuicios, al dolo, negligencia o morosidad, sino que atiende además a la contravención de la obligación «de cualquier otro modo»; expresión donde el Código Civil, de una manera progresiva para la época de su promulgación, permite incluir hasta las contravenciones debidas no a negligencia ni a dolo o mora, sino a otras causas que pueden tener lugar, aunque se haya prestado la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación.

EL JUEZ PUEDE INTERPRETAR LA SENTENCIA QUE EJECUTA (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—De igual modo que no puede sostenerse que es incongruente el fallo que resuelve las pretensiones deducidas, aunque a ellas no se ajuste literalmente, tampoco contradicen lo resuelto las resoluciones judiciales encaminadas a llevar a cabo una sentencia firme, pues asiste a los Tribunales la indeclinable facultad de interpretarlo, valiéndose para ello, si necesario fuese, y como elemento de auténtica interpretación, de las consideraciones que sirvieron de base y fundamento jurídico al mismo, y razón por la cual, cuando se trate de declarar si una decisión recaída en ejecución de sentencia resuelve o no puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia principal, no sólo habrán de tenerse en cuenta los términos de la sentencia de origen, sino todos los que sean consecuencia natural, ineludible, de la esencia jurídica de la situación que resuelven.

LA FACULTAD RESOLUTORIA DE LOS CONTRATOS PUEDE EJERCITARSE EXTRAJUDICIALMENTE. NO CABE APLICACION ANALOGICA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—La facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, bien negando el incumplimiento; bien rechazando la oportunidad de extinguir el contrato, impugnación de la resolución extrajudicial que ha de ser examinada a la luz de la reiterada doctrina jurisprudencial que exige para la viabilidad de la acción resolutoria la prueba de los siguientes requisitos: 1.º La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron; 2.º la reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad; 3.º que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia; 4.º que semejante resultado se haya producido como con-

secuencia de una conducta de éste que de un modo indubitado, absoluto e irreparable lo origine, actividad que, entre otros medios probatorios, puede acreditarse por la prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante, y 5.º que quien ejercita esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y lo libera de su compromiso (Sentencias de 21 de junio de 1966, 8 de febrero de 1980 y 21 de marzo de 1986).

La analogía es un procedimiento integrador del ordenamiento positivo y, en consecuencia, sólo puede realizarse a partir de los principios informadores de la norma jurídica, así dijo la Sentencia de 28 de septiembre de 1957 que «la aplicación de la ley por analogía sólo es viable para llenar una laguna de la misma ley, aplicando extensivamente los principios de ésta a un caso no previsto por ella»; no cabe, pues, la aplicación analógica de la doctrina jurisprudencial.

EL TERCERO PUEDE ACEPTAR TACITAMENTE LA ESTIPULACION HECHA EN SU FAVOR (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—La aceptación por el tercero de la estipulación hecha en su favor, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.257 del Código Civil, que no constituye una auténtica y propia aceptación, ni una ratificación, sino una adhesión elevada por la ley a verdadero y propio requisito a *conditio iuris* (Sentencia de 10 de diciembre de 1956), puede hacerla el tercero beneficiario en forma expresa o tácita, por palabras o por hechos.

REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA ACCION PAULIANA (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Los dos requisitos esenciales que condicionan el éxito de la acción revocatoria o pauliana del artículo 1.111 del Código Civil son: a) que el deudor carezca de bienes suficientes para atender al pago del crédito en cuestión, lo que en definitiva integra el llamado requisito de la subsidiaridad de esta acción, que establecen el citado artículo 1.111 y de manera más explícita el artículo 1.294 del mismo Código, y b) que la transmisión que se impugna sea fraudulenta; la no concurrencia o falta del primero de los apuntados requisitos (por tener el deudor bienes suficientes —además del transmitido a título gratuito— para atender al pago de sus deudas) lleva lógicamente aparejada también la ausencia del segundo, pues al no entrañar perjuicio para el acreedor la transmisión impugnada, no puede ésta ser calificada de fraudulenta, como establece el artículo 643 del Código Civil, que sólo presume que la donación ha sido hecha en fraude de acreedores «cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella».

LAS ACTAS NOTARIALES NO MERECEAN EL CONCEPTO DE DOCUMENTOS A LOS FINES DE LA CASACION (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Las actas notariales reguladas en los artículos 197 a 208 del Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944, no merecen

el concepto de documentos en el sentido y a los fines de la casación (Sentencias de 19 de enero de 1984, 1 de junio de 1985 y 29 de junio de 1988), pues aun cuando formalmente el **acta** notarial de notificación y requerimiento tiene tal carácter documental, no lo reúne en cuanto a su contenido, si se tiene en cuenta que lo documentado es el resultado de una prueba puramente testimonial, lo que igualmente puede predicarse de las actas de presencia.

LA REGLA GENERAL ES LA NO PRODUCCION DE EFECTOS JURIDICOS DEL SILENCIO. DEFINICION DE LA «PRESTACION DIVERSA» (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Para que el silencio pueda tenerse positivamente en cuenta es necesario que se trate de situaciones muy específicas, y que tal silencio sea muy cualificado; la regla general debe inclinarse a la no producción de efectos jurídicos, ya que el silencio no constituye una declaración de voluntad propiamente dicha, y sólo cuando exista un concreto deber de hablar no cumplido, puede entenderse, en aras de la buena fe, que se ha consentido.

Hay que definir la existencia de la «prestación diversa», como la entrega de una cosa distinta a la pactada, y como el incumplimiento por inhabilidad del objeto, o por insatisfacción del comprador.

El primer supuesto concurre cuando la cosa entregada contiene elementos diametralmente diferentes a los de la pactada; para el segundo caso se hace necesario que el objeto entregado resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinado, o que el comprador quede objetivamente insatisfecho; inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato, o insatisfacción objetiva del comprador que no constituye un elemento aislado, ni puede dejarse a su arbitrio, debiendo estar referido a la propia naturaleza y al uso normal de la cosa comprada, que haga de todo punto imposible su aprovechamiento (Sentencias de 20 de octubre de 1984 y 6 de marzo de 1985).

ES VALIDO EL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR MANDATARIO VERBAL, SEGUIDO DE RATIFICACION (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—En el presente recurso la cuestión planteada se centra en decidir si es válido un contrato de compraventa del inmueble celebrado por mandatario verbal, en el lugar del comprador, cuando la ratificación se presta por el mandante con posterioridad al embargo del bien y a la anotación registral del mismo. Se sostiene por el recurrente que sin justificar la existencia del poder falta absolutamente el consentimiento, que es requisito esencial del contrato.

El motivo no puede prosperar porque declarado hecho probado en las dos instancias que el mandato verbal de los compradores fue real y que el mandatario adquirió el inmueble para ellos, falta el soporte fáctico del motivo. Nuestro derecho, por lo demás, admite el consentimiento prestado por mandato verbal, seguido de ratificación (art. 1.259).

LITISCONSORCIO PASIVO: NO ES NECESARIO TRAER A JUICIO A LA ESPOSA, CUANDO NO HA INTERVENIDO EN EL CONTRATO (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—El principio general de derecho que establece que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, hoy de rango constitucional, en virtud del artículo 24.2 de la Constitución, el de veracidad de la cosa juzgada y la necesidad de evitar fallos contradictorios, exigen que la relación procesal se constituya válidamente mediante la llamada a juicio de cuantos elementos subjetivos estén vinculados frente al actor, de forma conexa e independiente en el negocio sustantivo del que nace la acción que se hace valer ante los Tribunales y que puedan resultar afectados por el fallo judicial, debiendo los Tribunales velar por esa correcta constitución de la relación procesal, lo que encarna la institución del «litisconsorcio pasivo necesario».

Respecto a la falta de presencia en el proceso de la esposa del hoy recurrente, la doctrina de esta Sala, en relación con el litisconsorcio pasivo, proyectada a la sociedad conyugal, incluso con posterioridad a la reforma de 1981, se caracteriza por una interpretación amplia para aquellos casos en que se trata de acciones personales derivadas de obligaciones o contratos en los que la esposa no ha intervenido (Sentencias de 9 de julio de 1984, 10 de junio de 1985 y 4 de abril de 1988), no siendo necesario, en consecuencia, traer a juicio a aquella para que la relación procesal quede bien constituida en estos supuestos.

TRANSACCION: SERA SOLO ELLA QUIEN REGULE LAS RELACIONES FUTURAS INSITAS EN LA MATERIA TRANSIGIDA (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Como ya hubo de proclamar la Sentencia de esta Sala de 26 de abril de 1963, aunque la transacción haya de entenderse e interpretarse sin mengua de la naturaleza contractual que le es propia, no será lícito con motivo de dicha interpretación exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre dio lugar a su conclusión, sino que será ésta y sólo ella quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, y bien integren esta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en el pacto transaccional.

NO ES UN REQUISITO ESENCIAL EL PEDIR LA CANCELACION DE LOS ASIENTOS REGISTRALES CONTRARIOS A LO SOLICITADO (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—La más reciente doctrina en torno a la aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en cuanto a la necesidad de pedir la anulación o cancelación de asientos registrales contrarios a la declaración pretendida, señala el carácter no esencial del requisito, que no es un óbice a la acción y que viene a ser consecuencia natural de la constitución o declaración de la realidad extrarregistral que incluso se puede subsanar en ejecución de

sentencia, en tanto en cuanto todos los interesados en mantener la presunción propia del principio de legitimación registral, han sido parte en el proceso (Sentencias de 4 de febrero de 1986, 6 de julio de 1987 y 27 de noviembre de 1987, entre otras).

DEFINICION DE COSA JUZGADA (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Comodice la Sentencia de 30 de mayo de 1925, es cosa juzgada la decidida en juicio contradictorio por una sentencia válida, no susceptible de recurso alguno o que se haya expresa o tácitamente consentido, constituyendo la principal especie de las presunciones *iuris et de iure*, por lo que vincula el pronunciamiento de primer grado no sólo a quien no interpuso recurso de apelación oportunamente, sino al Tribunal que conozca de éste por la interposición de algún disidente.

CARACTER RESTRINGIDO DEL RECURSO DE REVISION (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—Recopilando la reiterada doctrina mantenida por esta Sala acerca del recurso de revisión, conviene decir que por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de la irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que la integren, haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada (Sentencias de 3 de mayo de 1968, 2 de diciembre de 1983 y 19 de mayo de 1987), y que la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismo, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término «maquinaciones fraudulentas» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio, con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda (Sentencias de 23 de noviembre de 1983, 30 de enero de 1984 y 3 de marzo y 7 de abril de 1987).

SEGURO DE ROBO: EL CONCEPTO DE ROBO NO DEBE SER EL JURIDICO, SINO EL NORMAL (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de seguro contra robo recibe su regulación de la ley y del pacto contractual, debiendo interpretarse los conceptos de robo y hurto no en el sentido técnico-jurídico con el que aparecen definidos y regulados en la legislación penal (como acertadamente señala la sentencia recurrida), sino más bien en un concepto amplio y más vulgar o normal, que bien puede ser el de «sustracción o apoderamiento ilegítimo», que señala el Código de Comercio.

LA RESPONSABILIDAD PURAMENTE OBJETIVA ES INCOMPATIBLE CON NUESTRO SISTEMA JURIDICO (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1989).

Hechos.—Un ingeniero de la Central Nuclear de Ascó cayó a la piscina del reactor, ocasionándose la muerte instantánea. El Supremo desestima la demanda de la viuda, considerando que el accidente se produjo por culpa de la víctima.

Doctrina de la Sentencia.—No es posible aplicar al caso que estudiamos las conocidas doctrinas de esta Sala relativas: a la valoración objetiva o cuasiobjetiva de la responsabilidad, la inversión de la carga de la prueba, o la teoría de la creación del riesgo, ya que la situación de peligro fue creada por el accidentado, que por su formación y jerarquía tenía necesariamente que conocer la peligrosidad del camino que atravesaba, sin que, por otra parte, pueda tenerse en cuenta la falta de unos más cuidados medios de protección, pues tales precauciones eran de la competencia directa del propio accidentado, así como el deber de vigilar que el personal a sus órdenes las cumplieran también. La posible moderación y concurrencia de responsabilidades, que la parte recurrente pretende deducir de ciertos preceptos reglamentarios, no es posible tenerla en cuenta, pues la culpa *in vigilando* o *in eligendo* correspondía en este caso a la persona que desempeñaba en la empresa funciones directivas y técnicas, a la cual es imputable la posible infracción en materia de seguridad, no pudiendo compartir la responsabilidad con la empresa, que precisamente tenía confiada a la propia víctima la dirección y consiguiente vigilancia de la obra, al haber sufrido esta misma persona las consecuencias de su propia infracción, pudiendo dar lugar la pretensión del recurrente en otro caso, a la existencia de una responsabilidad puramente objetiva, incompatible con nuestro sistema jurídico.

COMPRAVENTA FIDUCIARIA: EL NEGOCIO DE GARANTÍA PREVALECE SOBRE LA TRANSMISIÓN DE DOMINIO (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1989).

Doctrina de la Sentencia.—De conformidad con la doctrina de esta Sala (Sentencias de 6 de abril de 1987, 25 de febrero de 1988 y 22 de diciembre de 1988, entre otras), el negocio base de fiducia, garantía primitiva semejante a la prenda, confiere al acreedor una titularidad formal de bienes, nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor dueño, aunque la recuperación por éste de tal titularidad, esté subordinada al cumplimiento de las obligaciones garantizadas, sin que en ningún caso pueda prevalecer entre partes la apariencia creada por el negocio indirecto (transmisión de dominio), sobre el negocio real directo de garantía.

J. Q. S.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RESOLUCION DE CONTRATO.—TANTO SI SE APLICA LA ANTIGUA COMO LA NUEVA LEGISLACION ARRENDATICA, HA DE PREVALECER EL DERECHO A RECOBRAR LA FINCA EL ARRENDADOR PARA SU CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL SOBRE EL DE PRORROGA DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1989).

El Juzgado de Posadas estimó íntegramente la demanda confirmándola la Audiencia de Sevilla.

No prospera la casación. En plazo de duración del contrato de 1969 fue ampliado por seis años más, contados a partir de la terminación del plazo contractual, es decir, desde 1975, finalizando en 1981 y, siendo la interpretación de los contratos, facultad atribuida al Tribunal de instancia, su criterio debe prevalecer en casación, respondiendo en este caso al sentido literal del contrato y a la intención de los contratantes. Incluso aun pretendiendo que hay novación, ésta actuaría al efecto de fijar el momento inicial de la ampliación del plazo del arriendo, es decir, a la terminación del plazo legal del primitivo contrato. Tanto si se aplica la ley antigua como si se hace con la nueva, el arrendador puede oponerse a la prórroga del contrato, si se compromete a cultivar directamente la finca arrendada.

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—NO HABIENDO NOTIFICADO EL ARRENDATARIO SU DESEO DE PRORROGAR EL CONTRATO CON UN AÑO DE ANTICIPACION A LA FINALIZACION DEL MISMO, ESTE SE EXTINGUIÓ POR EL TRANSCURSO DEL PLAZO CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1986).

Tanto el Juzgado de Jerez de la Frontera como la Audiencia de Sevilla admitieron íntegramente la demanda.

No triunfa la casación. El arrendamiento no está incluido en la disposición transitoria primera de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, por no reconocerse al arrendatario como cultivador personal y, por tanto, al no producirse el aviso de pretender la continuación del contrato con un año de antelación y, constar, en cambio, el realizado por los arrendadores para explotar la finca directamente, debe extinguirse el contrato. No puede admitirse el no ir el procedimiento precedido de acto de conciliación ante la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos, por no estar constituida en la provincia de Cádiz y su inexistencia no puede motivar la paralización de derechos que no puede entenderse como norma presunta en ningún precepto de la LAR. Rigiéndose por el Reglamento de 1959, el arrendatario debió notificar al arrendador el propósito de prorrogar el contrato con un año de anticipación, lo que no se produjo, perdiendo su derecho de prórroga contractual y el contrato se extinguió por el transcurso del plazo sin manifestación contraria del arrendatario, no procediendo la denegación de prórroga que hubiera correspondido al cultivador personal, cualidad que no tenía el arrendatario.

RETRACTO ARRENDATICIO.—NO PROCEDE PORQUE LO ARRENDADO FUE UNA GRANJA INDUSTRIAL Y NO UNA FINCA RUSTICA, ESTANDO EXCLUIDO EL CONTRATO DE LA LEGISLACION ESPECIAL ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1986).

Admite el retracto el Juzgado de Huesca, pero la Audiencia de Zaragoza revocó la anterior, rechazando la demanda.

No ha lugar a la casación. El objeto del contrato fue una actividad industrial, según la interpretación que al contrato de arrendamiento dio el tribunal de instancia y que el interesado no cuestionó, por lo que no procede el derecho de retracto que concede la ley en los casos de enajenación *intervivos* de fincas rústicas arrendadas, cuando se dice en la sentencia de instancia que el contrato tenía por objeto una explotación de granja industrial y que, a este destino, une su ubicación junto a las casas y calles de la localidad, circunstancias ambas que, conforme a la normativa del apartado d) del número 7 del artículo 6.º y la circunstancia 2.ª del artículo 7 LAR, las excluye del citado texto legal.

D) ARRENDAMIENTOS URBANOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

DESAHUCIO.—CUALQUIERA QUE SEA LA COMPLEJIDAD DE LOS PACTOS QUE SE ESTIPULEN, DADA LA NATURALEZA LOCATIVA DEL CONTRATO, PROCEDE LA ADMISION DEL DESAHUCIO POR VENCIMIENTO DEL PLAZO CONTRACTUAL, CONFORME AL ARTICULO 1.569 CC (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1986).

No admiten la demanda ni el Juzgado de Monforte ni la Audiencia de La Coruña.

Sí, en cambio, el Tribunal Supremo. La admisión como contratos atípicos de los arrendamientos *ad meliorandum* y *ad edificandum* que la libertad de pacto del artículo 1.255 CC autoriza, es resuelta afirmativamente por reiterada jurisprudencia, como las Sentencias de 15 de febrero y 26 de marzo de 1979 y de 3 de abril de 1984, que afirman la aplicabilidad del Código Civil, quedando erradicados de la legislación arrendaticia especial, siendo posible su resolución conforme al artículo 1.569 CC en relación con el artículo 1.561 LEC y concordantes. La complejidad que podría originar la inadecuación del juicio del desahucio no deriva de las alegaciones esgrimidas, sino que ha de deducirse del contenido de las cláusulas del pacto locativo de manera que si dicho pacto no ofrece dudas en cuanto al derecho cuestionado y su alcance, no puede ser óbice para decidir el tema de la resolución que con la demanda ha sido planteado. La situación jurídica de posesión arrendaticia en que se encuentra el demandado deriva de lo pactado en escritura pública de 1945, por la que se cedió un solar y dos casas, con la obligación de, tras derribar las casas, construir un edificio para espectáculos y cine que explotaría durante veinte años y, pasado ese plazo, el edificio pasa a ser de la cedente, aunque podría continuar el cesionario como arrendatario durante diez años. Por tanto, la situación arrendaticia del cesionario no

originaba complejidad alguna aunque no se *incardine* en la locación de la LAU, al derivar no de un pacto *ex novo*, sino impuesta a la arrendadora por la voluntad del último y haciendo uso de un derecho que le fue concedido en escritura pública como contraprestación a otras obligaciones por él asumidas, rigiendo plenamente la normativa del artículo 1.569 CC y procediendo, en consecuencia, el desahucio por vencimiento del plazo contractual.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—NO TIENE NATURALEZA ADMINISTRATIVA EL CONTRATO, PERO AÚNQUE SE TRATASE DE UNA CONCESION, PODRIA ADMITIRSE EL ARRENDAMIENTO HECHO POR EL CONCESIONARIO SEGUN HA SEÑALADO LA JURISPRUDENCIA. TRATANDOSE DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA HA DE APLICARSE EL CODIGO CIVIL EN CUANTO A LA DURACION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1986).

Estima la demanda el Juzgado de La Orotava, así como la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

No ha lugar a la casación. La actora es propietaria de un kiosco de venta de revistas, caramelos, refrescos, etc., instalado con licencia del Ayuntamiento, siendo cedido como industria junto con todos los elementos, útiles y enseres necesarios para el normal desarrollo de dicha industria, fijando el plazo de un año y sometiendo el arrendamiento al Código Civil, con exclusión de la LAU. El demandado alegó la excepción de incompetencia de jurisdicción por estimar corresponde a la contencioso-administrativa, ya que la arrendadora es titular de una concesión administrativa de dominio público, destinada a un servicio al público, careciendo de facultades para ceder la concesión sin autorización del Ayuntamiento concedente, creándose así una subconcesión de dominio público. Las relaciones entre las partes, según ella, tienen naturaleza administrativa, pero ha de desestimarse, ya que el Ayuntamiento no es propietario del kiosco y lo cedido no es sino el derecho a ocupar temporalmente la porción de terreno en que se halla ubicado, que es bien de uso público, al amparo de la oportuna licencia. Aunque se tratase de una concesión, no constituiría obstáculo a la validez del arrendamiento, pues el concesionario está facultado para arrendar, según reiterada jurisprudencia, entre la que podemos citar la Sentencia de 19 de diciembre de 1983, como lo está el usufructuario, no obstante el plazo fijo de duración, marcándose la diferencia entre el contrato que vincula al concesionario con la Administración y el civil que pueda celebrar aquél con un tercero. Siendo de naturaleza civil, hay que considerar como arrendamiento de industria, ya que la arrendataria no instaló su propio negocio. El arrendamiento está sometido al Código Civil y se debe decretar el desahucio conforme al artículo 1.596 CC, al haber expirado el plazo contractual de un año y la tácita reconducción del artículo 1.566 opera hasta el mes siguiente a la conciliación celebrada en 1983, al haber fijado el contrato un alquiler mensual.

DESAHUCIO.—EL ARRENDAMIENTO NO ES DE INDUSTRIA, SINO DE LOCAL DE NEGOCIO, YA QUE EL NEGOCIO NO SE TRANSMITE CON EL INMUEBLE, SIENDO, POR TANTO, LOS OCUPANTES MEROS ARRENDATARIOS DE LOCAL DE NEGOCIO (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1986).

Tanto el Juzgado de Puerto del Rosario como la Audiencia de Las Palmas desestimaron la demanda.

No triunfa la casación. La condición de arrendamiento de local es la acogida por la Audiencia de Las Palmas, con base en la escritura pública de 1970 y en la documentación privada suscrita entre los contratantes, de la que resulta una neta distinción entre el inmueble y el negocio existente en el mismo, conservando los ocupantes el inmueble y el negocio, durante dos años como precaristas y, luego, como arrendatarios del local, por lo que el nombre que se dio al contrato no corresponde a la realidad de lo convenido, por la sencilla razón de que la industria o negocio fue creado por los primitivos propietarios y no fue transferido a los compradores del inmueble, permaneciendo aquéllos hasta su fallecimiento en la explotación y continuando después sus sucesores. Al verificarse la transmisión, los titulares del negocio continúan explotándolo sin que se altere ni la situación posesoria consistente en un título, el de precaristas, y después, arrendatarios de un negocio por ellos creado y explotado, siendo correcta la calificación contractual realizada por la Sala.

TRASPASO ILEGAL.—SE VERIFICA EL TRASPASO EN VIRTUD DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO QUE EL MISMO ARRENDATARIO HA CONSIDERADO RESCINDIDO (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1986).

El Juzgado número 7 de Madrid y la Audiencia estimaron la demanda.

Tampoco se admite en casación. El arrendatario no estaba autorizado por el contrato vigente para realizar el traspaso como lo efectuó, puesto que se basó en otro contrato que él mismo declaró resuelto, sin que se haya probado que el vigente autorice el traspaso y sin que se pueda aplicar la disposición transitoria octava LAU, ya que esta norma tiene como supuesto de hecho que el arrendatario tuviera reconocido este derecho, requisito que no concurre, ya que no se acredita que el contrato de 7 de noviembre de 1963 reconozca derecho al traspaso al arrendatario. Se basa en un contrato que el propio arrendatario había declarado rescindido en escrito privado, obrante en autos, con lo que fue contra sus propios actos.

REVISIÓN DE RENTA.—NO DISCUTIENDO LA PARTE DEMANDADA LOS INCREMENTOS DEL COSTE DE LA VIDA A QUE SE REFIERE EL REAL DECRETO-LEY DE 1978 Y OPONIÉNDOSE SOLO EN CUANTO A LA IRRETROACTIVIDAD DEL ARTÍCULO 101 LAU Y LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN, QUEDAN EXONERADOS LOS ACTORES DE LA CARGA PROBATORIA (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1986).

Estimó la demanda el Juzgado número 4 de Gijón, pero la Audiencia revocó la sentencia anterior.

Triunfa el recurso de casación. En el contrato de 1976 se dice que la renta libremente pactada será objeto de revisión automática para adaptarla a las va-

naciones del coste de la vida según los índices del **INE** referidos a los locales de negocio. La Audiencia entiende que, al pretender la parte actora que el precio actualizado lo sea desde 1980 a 1982 y desde este año a 1984, es **exigible** una doble acreditación, es decir, el precio del bienio 1978 y 1979, para, a partir de ello, establecer los nuevos módulos y la justificación del coste de la vida al que se refiere el **RD-L** de 4 de enero de 1978, a tener en cuenta para poder aplicar el incremento de rentas y, al no haberlo acreditado los actores, como al no tener en consideración el **RD-L** de 1 de octubre de 1980, determina la revocación de la sentencia, pero olvida que estos datos no **fuieron** cuestionados por la parte demandada cuya oposición a la demanda se **fundó** en la irretroactividad del artículo 101 LAU y la caducidad de la acción para pedir el incremento de renta, por lo que la inicial del bienio 1980-81 y los índices del coste de la vida quedaron exonerados de toda carga probatoria, pasando a constituir hechos indiscutibles, negando la sentencia recurrida los **efectos** propios del pacto contractual indicado al hacerlo depender de la doble acreditación, tratándose de hechos que el Juez ha de tener como ciertos por el reconocimiento de los demandados.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PROCEDE POR REALIZACION DE OBRAS, YA QUE EL ARRENDATARIO ESTABA AUTORIZADO SIN LIMITACION DE TIEMPO SIEMPRE QUE NO SE PERJUDICASE LA SEGURIDAD DEL INMUEBLE (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Tanto el Juzgado número 3 de Oviedo como la Audiencia desestimaron la demanda.

No prospera el recurso de casación. Se deduce del contrato de arrendamiento que el arrendatario estaba autorizado para realizar obras precisas para la mejor adecuación del negocio, sin más límite que el derivado de la seguridad del inmueble, pudiendo ser realizadas tanto al inicio del contrato como durante su vigencia en fecha posterior al mismo, quedando a beneficio de la propiedad salvo las señaladas en el apartado e) que el arrendatario podría retirar al final del contrato. Es clara y patente la voluntad del arrendador de autorizar la realización de obras de toda clase en el local sin limitación alguna de tiempo, como resulta de la frase «tanto al inicio del contrato como durante su vigencia en fecha posterior al mismo, siempre que no afectaren a la seguridad del inmueble». No acreditándose que atentaran a dicha seguridad, deben considerarse autorizadas por no haber debilitado la naturaleza o resistencia de la construcción.

REVISION DE RENTA.—NO PUEDE REPERCUTIRSE EL IMPORTE DE LAS OBRAS ORDENADAS POR LA FISCALIA DE LA VIVIENDA SOBRE LAS TIENDAS O LOCALES DE NEGOCIO POR NO EXISTIR EN LOS CONTRATOS RESPECTIVOS NINGUNA CLAUSULA QUE LO AUTORIZARA, A DIFERENCIA DE LO ESTIPULADO EN LOS ARRENDAMIENTOS DE LOS PISOS (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Tanto el Juzgado número 13 de Barcelona como la Audiencia estimaron íntegramente la demanda.

Confirma la misma doctrina el Tribunal Supremo. Existían varios pisos y tiendas de un inmueble arrendados a un mismo arrendatario, pero en los contratos aportados por el demandado, referidos a las dos tiendas arrendadas no existe

cláusula análoga a la de los entresuelos o primeras plantas que permita repercutir a ningún efecto las reparaciones que ordenó la Fiscalía de la Vivienda como consecuencia de una denuncia, por lo que no puede proyectarse el importe de las citadas obras sobre la totalidad de los pisos y locales del inmueble y más concretamente sobre las tiendas o locales existentes en la planta baja del edificio, sin que pueda admitirse el ejercicio de la acción del actor con abuso de derecho ni contra la buena fe a que ha de sujetarse el ejercicio de los derechos y obligaciones arrendaticios.

DESAHUCIO.—FRENTEA LA LITERALIDAD DEL CONTRATO EN EL QUE SE HABLA DE NEGOCIO DE CARNICERIA SE LEVANTA LA REALIDAD INNEGABLE DE QUE LO ENTREGADO FUE SIMPLEMENTE EL USO O GOCE DEL LOCAL Y NO UNA ORGANIZACION CON VIDA PROPIA (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1986).

El Juzgado número 2 de Alcalá de Henares estimó la demanda, pero revocó la Audiencia de Madrid.

No prospera la casación. La actora estima que se trata de un arrendamiento de industria y la demandada de un local de negocio, sometido a la LAU. El Tribunal Supremo ha declarado, interpretando el artículo 3.º de esta Ley que si lo que se entrega es una variedad de elementos organizados y aptos par obtener un producto económico, se estará en presencia de la unidad patrimonial con vida propia de que habla el precepto y si lo que se cede es el uso o disfrute de un local, lo será de local de negocio, sin que se desvirtúe por el hecho de que con el local se cedan otros elementos desarticulados y no aptos por sí mismos para rendir un producto económico. En este caso, la arrendadora no ha probado que ejerciese la industria de carnicería, no entregando al arrendatario mobiliario y maquinaria para *explotar* tal industria, siendo la finalidad del contrato el establecimiento por el arrendatario de su propia industria. Frente a la literalidad del contrato que vincula a las partes en que se expresa que el objeto contractual es un negocio de carnicería, se levanta la realidad innegable de que lo verdaderamente entregado por la arrendadora fue única y exclusivamente el goce o uso de un local y no una organización con vida propia. Se dice que se acompañará un inventario de instalaciones y bienes y tal inventario no se ha acompañado ni existe prueba de su existencia, siendo de propiedad del arrendatario por haberlos adquirido al propietario, la báscula, máquina picadora y cámara frigorífica, lo que prueba que sólo se ha entregado el local.

REVISION DE RENTA.—NO SE ACREDITAN LOS AUMENTOS PORCENTUALES DEL INDICE DEL COSTE DE LA VIDA SIN ESPECIFICAR SI SE HAN TENIDO EN CUENTA LOS LIMITES ESTABLECIDOS A LAS ELEVACIONES DE RENTA POR LAS DISPOSICIONES PERTINENTES (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1986).

El Juzgado número 2 de Oviedo estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior, desestimando la demanda.

No triunfa la casación. El escrito inicial incurre en confusión, ya que obvia cualquier referencia a la revisión o revisiones efectuadas guardando silencio sobre su fecha y cuantía y dada la falta de prueba que justifique los aumentos

porcentuales del índice del coste de la vida, como si de hechos notorios se tratara y no se especifica si se han tenido en cuenta los límites establecidos a la elevación de renta por las disposiciones pertinentes. La sentencia impugnada no niega a los recurrentes su derecho a la revisión de renta, toda vez que lo único declarado es la desestimación de la demanda por no acreditar esos aumentos porcentuales publicados por el Organismo oficial ni se aparta de los límites correctivos publicados por el Gobierno, teniendo en cuenta el principio de rogación y aportación de parte que es predominante en los procesos civiles, teniendo la obligación de suministrar a los órganos jurisdiccionales los presupuestos fácticos, así como propiciar los medios de prueba que sirvan para acreditar aquélla.

C. R. R.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICION. NECESIDAD DE INTERVENCION DEL CONTADOR PARTIDOR TESTAMENTARIO. *Artículos 1.056 y 1.057 del CC (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1988).*

Es radicalmente nula la partición efectuada por persona distinta del contador partidador que no renunció a ejercer su cargo.

El contador partidador, una vez terminada su misión de dividir la herencia y protocolizado el cuaderno particional, no es ya interesado en la partición ni, por tanto, es preciso dirigir contra él la demanda de nulidad de la partición, lo que le diferencia del albacea-administrador de la herencia, a quien corresponde representarla en juicio.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de El Ferrol, conforme a las siguientes consideraciones:

Fundamentos de derecho

1. Son antecedentes fácticos, entre otros, del presente recurso de casación los siguientes: a) Al tiempo del fallecimiento de doña E. M. O., en 8 de octubre de 1973, en estado de casada con don E. M. M., la sobrevivieron cinco hijos llamados E., L., A., G. y M.; b) dicha señora había otorgado testamento abierto el 2 de agosto de 1973, en el que prohibió la intervención judicial en su testamentaría y nombró contadores solidarios a don Juan y don Luis M. V. por un plazo de tres años para cumplir su misión desde que se les notifique; c) en 21 de agosto de 1982, el viudo, don E. M. M., y el contador-partidador don L. M. V. comparecieron ante el Notario de Puente deume para exponer que habían practicado de común acuerdo la división del caudal relicto de la nombrada doña E. y liquidación de la

sociedad conyugal, quedando protocolizado el cuaderno particional con el número 1.785 de 1982, y d) en la precitada fecha y ante el mismo Notario compareció el señor M. M. para protocolizar la partida de sus bienes en vida, efectuada con arreglo al testamento otorgado el 12 de agosto de 1982, que quedó protocolizada con el número 1.786 de 1982.

2. Doña M. M. M. promovió en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de El Ferrol juicio declarativo de menor cuantía contra sus hermanos E., L., A. y G., en solicitud de que se declarasen inexistentes y nulas, sin efecto ni valor alguno, la referida partición de la herencia de doña E., así como la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales de ésta y su esposo don Enrique, e igualmente nulas sin efecto alguno en Derecho las operaciones particionales llevadas a cabo por el propio causante don Enrique, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones. El Juzgado, por Sentencia de 1 de febrero de 1986 y con desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo alegada, estimó íntegramente la demanda, siendo confirmada dicha resolución por la dictada en 30 de marzo de 1987 por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, y contra esta segunda sentencia se interpone el recurso de casación, a través de cinco motivos formulados a tenor de los números 4.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. El estudio de los motivos del recurso debe iniciarse por el primero de ellos, al hacer referencia a la excepción de defectuosa legitimación pasiva o de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandado el contador-partidor don L. M. V., motivo que se ampara en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, como «infracción de ley por violación de la doctrina legal contenida, entre otras, en las Sentencias de 29 de febrero de 1980, 17 de junio de 1981, 8 y 17 de julio y 8 de diciembre de 1982, 3 de diciembre de 1984 y 8 de junio de 1985, con arreglo a la cual, si bien el actor es libre de traer al proceso a las personas individuales o jurídicas que tenga por conveniente, ello no le releva de convocar a aquellas otras que tengan un legítimo interés en impugnarlas y puedan ser afectadas por el fallo a dictar. Es obvio que las funciones propias del contador-partidor se agotan con la práctica de las operaciones particionales y su correspondiente protocolización, en cuyo momento y de cara al futuro se extingue el «interés legítimo» que le vinculaba a la partición, siendo reemplazado por el asumido por los herederos, en su cualidad de sucesores en los derechos y obligaciones del causante, artículo 661 del Código Civil, y de aquí, que el contador, con independencia de las declaraciones de voluntad exteriorizadas en escritura notarial de protocolización, no tendría que ser llamado al procedimiento impugnatorio de la partición por él efectuada. La doctrina mantenida por esta Sala es coincidente con lo acabado de decir, mereciendo destacarse la Sentencia de 20 de octubre de 1952, citada expresamente en la de primer grado, según la cual «al contador partidor, una vez terminada su misión de dividir la herencia y protocolizado el cuaderno particional, no se le puede asignar el concepto de interesado *stricto sensu* en la partición, que afecta exclusivamente a los herederos, ni, por tanto y en términos generales, es preciso dirigir contra él la demanda de nulidad de la partición que ha realizado —Sentencias, por analogía, de 4 de julio de 1892, 6 de diciembre de 1895 y 24 de abril de 1907—, salvo supuestos excepcionales, como los contemplados en Sentencias de 5 de noviembre de 1918 y 18 de abril de 1928, en que al contador se le pedía indemnización de daños y perjuicios por su actuación maliciosa o aquellos otros en que por ser a la vez albacea-administrador de la herencia, le correspondía representarla en juicio». En atención a lo expuesto y dado que no concurre ningún caso de excepciona-

lidad semejante a los descritos, resulta evidente que no cabe apreciar violación de la doctrina invocada en el motivo, lo que determina su perécimiento.

4. El segundo de los motivos se acoge al ordinal 4.º del artículo 1.692 para denunciar «error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del 1.218, párrafos 1.º y 2.º del Código Civil». La argumentación del recurrente gira en torno a que la sentencia recurrida hace suyos los **razonamientos** contenidos en el considerando tercero de la de primera instancia y establece la conclusión de que un análisis conjunto y racional de la prueba practicada lleva a la conclusión de que el que practicó las operaciones particionales fue el cónyuge viudo don E. M. M., utilizando la colaboración del Perito Agrícola don J. M. P., si bien estas apreciaciones de la Sala sentenciadora, en opinión del recurrente, no se obtuvieron a través del análisis conjunto de la prueba, sino que tan sólo se han utilizado las declaraciones testificales de los señores M. V. y M. P., que no han sido interpretadas de modo racional. La **incardinación** del motivo en el ordinal 4.º no se corresponde con la reforma llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, puesto que los **errores** de derecho deben encauzarse por el 5.º, y lo que es más importante, a lo largo del desarrollo del motivo se hace, en realidad, un estudio de las declaraciones testificales de los mencionados señores, con la consecuente valoración de las mismas, contraponiéndole a la practicada por el Tribunal *a quo*, lo cual no es admisible, pues con independencia de estar utilizándose una vía inadecuada como es la relativa al error de derecho, no cabe olvidar la constante doctrina mantenida por esta Sala acerca de que «los artículos 1.248 del Código Civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no son aptos para apoyar el recurso de casación, al no contener normas valorativas de prueba alguna, de obligada observancia, sino de simple carácter admonitivo, por lo que la apreciación de este medio de prueba es facultad discrecional de los Tribunales de instancia, además de que las reglas de la sana crítica son simples máximas de experiencia que no han sido codificadas» (Sentencias de 1 de diciembre de 1982, 26 de septiembre, 31 de octubre y 22 de diciembre de 1983 y 17 de febrero y 7 de junio de 1984). Así pues, partiendo del resultado probatorio reflejado en las sentencias de instancia, es evidente que la realidad de la falta de intervención del contador en la confección del cuaderno particional ha de prevalecer sobre sus propias manifestaciones que aparecen en la escritura de protocolización número 1.785 de 1982, las que, por la razón indicada, han de estimarse viciadas de manera sustancial, quedando invalidadas en los términos expuestos en el primer considerando de la sentencia recurrida, y de aquí la imposibilidad de apreciar violación alguna del artículo 1.218 del Código Civil, a los fines pretendidos en el motivo examinado, lo que origina su claudicación.

5. El tercero de los motivos se refugia en el ordinal 5.º para invocar «infracción de ley por interpretación errónea del artículo 1.057, párrafo primero, en relación con el 1.056, ambos del Código Civil», centrándose el razonamiento del recurrente en que no precisando la actuación de los contadores-partidores, del consentimiento de los herederos mayores de edad, para formalizar la partición, «esta errónea creencia que se hubiera podido alimentar por el contador-partidor designado por doña E. M. O. no constituye causa suficiente para decretar, como lo hace la sentencia recurrida, la nulidad de la escritura pública particional de los bienes de aquélla». Si bien es cierto que el párrafo primero del precitado artículo 1.057 no condiciona la validez de la partición hecha por contador al consentimiento de los herederos, no lo es menos que la causa determinante de la inexistencia y nulidad declarados en las sentencias del Juzgado y de la Audiencia radicó, esencialmente, en el resultado probatorio del que se hizo mención:

falta de intervención del contador en la confección de las operaciones particionales, bastando para comprenderlo así la lectura de sus respectivos considerandos tercero y primero, a cuya circunstancia se adicionó, en el correspondiente al de la Audiencia, la relativa a la «creencia, que resultó errónea, de que todos los herederos e interesados estaban conformes con el contenido de las mismas», pero si ello pudo representar la razón última que impulsó al contador a firmar las operaciones, no obsta para la concurrencia de aquella omisión trascendente, hasta el punto de que la interpretación más amplia que cupiera conceder al texto del primer párrafo del repetido 1.057, nunca permitiría prescindir de la intervención directa y material de la persona encomendada por el testador para hacer la partición. Lo expuesto lleva a concluir que al no poder imputarse al Tribunal *a quo* la interpretación errónea denunciada en el motivo, éste ha de decaer.

6. La inviabilidad de los motivos segundo y tercero lleva consigo, ineludiblemente, la de los dos últimos formulados, 4.º y 5.º, que amparados también en el ordinal 5.º del repetido artículo 1.692, se fundamentan en «violación de la doctrina legal contenida en las Sentencias de 5 de noviembre de 1955, 30 de abril de 1958 y 17 y 18 de enero de 1985, entre otras, inspiradas en el principio del *favor partitionis* con arreglo al cual hay que considerar o presumir válida toda partición mientras no se demuestre una causa de nulidad» y en «infracción de ley por violación de los artículos 1.056, párrafo primero, 1.074 y 1.075 del Código Civil». El rechazo de estos motivos deviene de la absoluta inaplicación al caso de autos de la doctrina legal y preceptos en que se articulan, en cuanto que las nulidades de la liquidación de la sociedad de gananciales y operaciones particionales que se declaran en la sentencia recurrida no tuvieron presupuesto determinante en ningún perjuicio legítimo o lesión sufrida en el valor adjudicatario, sino únicamente en la ausencia de intervención del contador testamentario al respecto, que produjo, por causa de nulidad radical, la inexistencia legal de aquéllas, por lo que se impone la meritada inviabilidad, sin necesidad de mayores razonamientos.

COMENTARIO

Parece demasiado tajante afirmar que la partición efectuada sin la intervención del contador-partidor es radicalmente nula. Estimo que requiere ciertas matizaciones. Se trata de determinar, en primer lugar, si el contador-partidor debe necesariamente practicar por sí, personalmente la partición, o si puede encomendar esta tarea a una persona perita en tales menesteres (v. gr.: al mismo Notario, a un Abogado, a un Perito cuyos conocimientos guarden relación con los bienes que integran la herencia o, al menos, con los más importantes). A falta de un precepto que exija esa actuación personal, nada impide al contador-partidor valerse de personas idóneas, cuya labor debe luego hacer suya y aprobar, firmando al efecto el correspondiente cuaderno particional. Dando un paso más, estimo que nada se opone a que en el mismo cuaderno se manifieste que en la partición efectuada por el contador-partidor ha sido éste auxiliado, por sus conocimientos técnicos, por los peritos o profesionales que sea, antes bien, ello es una garantía de que las valoraciones y formación de los lotes son correctas o se han apreciado debidamente las cuestiones jurídicas implicadas en la partición (v. gr.: consideración privativa o ganancial de los bienes, colación). Y si esto es así, no parece haber suficiente razón para considerar radicalmente nula la partición, sino, en todo caso, anulable, pues el contador-partidor puede hacer suyo

lo efectuado por el técnico, con superiores conocimientos a los que él tiene y, previas las explicaciones oportunas, firmar el cuaderno particional y protocolizarlo **notarialmente**.

En el presente caso, el contador-partidor firmó, al parecer, la partición «en barbecho», creyendo que todos los herederos estaban conformes en la practicada por el padre viudo y un Perito Agrícola, sin haber tenido ninguna intervención material y directa en la misma.

El que no precisa el contador-partidor realizar por sí materialmente la partición se demuestra por los numerosos casos en que la partición se realiza conforme al dictamen emitido por un profesional, solicitado por el propio contador-partidor. Esta solicitud ya implica, de por sí, una intervención material y directa en el proceso particional.

La falta de representación del contador-partidor que, al propio tiempo, no sea albacea, la diferencia de éste. En efecto, la representación de la herencia, sea cualquiera la situación en que se encuentre, no corresponde nunca al contador-partidor, que tiene una misión específica y determinada, como demuestra el Código al referirse a «la simple facultad de hacer la partición», expresión reveladora si se la compara con las atribuciones del albacea conforme a los artículos 901 y 902 del CC.

LEGITIMA CATALANA. ACCIÓN DE RECLAMACION. DIFERENCIA CON LA ACCIÓN DE COMPLEMENTO (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1989).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 6 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

Fundamentos de derecho

1. Como antecedentes de hecho del presente litigio conviene fijar los siguientes: Don Francisco B. B., de regionalidad civil catalana, padre de los litigantes, murió el 11 de enero de 1968, con testamento otorgado el 18 de junio de 1940 en el que instituyó heredera a su esposa, Mercedes S. S., legando a su hijo Enrique B. S. y «los demás que deje» la legítima que por derecho les corresponde. La esposa falleció en Barcelona el 21 de febrero de 1979, habiendo otorgado testamento abierto el día 12 del mismo mes y año, en el que instituyó heredera universal a su hija, la demandada y recurrente doña Mercedes B. S., y entre otras disposiciones legó «a su hijo don Enrique B. S. lo que por legítima le corresponde y le ordenó que colacione, siendo computado a cuenta de su legítima, todos los bienes de los que le ha hecho donación en vida; y para el supuesto de que con tal colación no quedase cubierto el importe de dicha legítima le lega por vía de complemento de legítima lo que faltare para cubrir la misma». En cumplimiento de la voluntad de don Enrique, se otorgó la escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de herencia por doña Mercedes, de fecha 27 de febrero de 1968, adicionada con otra de 5 de marzo de 1971. Con fecha 12 de abril de 1983 presentó demanda el actor con los pedimentos que literalmente se recogen en los antecedentes de hecho, de los que conviene resaltar que pide la declaración

de su carácter de legitimario, y que la heredera de la madre, su hermana, le pague las legítimas, cuyo importe concretó definitivamente en cuatro millones seiscientos treinta y ocho mil novecientas veinticuatro pesetas, por ambas legítimas paterna, 1.317.947 pesetas, y materna, 3.320.977 pesetas, al que solicitó que se añadieran los intereses parciales desde la fecha de fallecimiento de cada uno de los causantes. Solicitó también la declaración de nulidad de unas ventas hechas a favor de la hija por la madre, y que en caso de tenerse por donaciones se declararan inoficiosas. La Sentencia desestimatoria de Primera Instancia fue revocada en Segunda, en la que dando lugar en parte a la demanda se acordó, entre otros pronunciamientos, la nulidad de la escritura pública de 8 de junio de 1978 de venta del inmueble de la calle Arco Iris, 53, de Barcelona, otorgada entre madre e hija, la nulidad de la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad, la nulidad de la puesta a nombre de la hija de valores mobiliarios y condenando a que por legítimas paterna y materna se le paguen al actor las cantidades que en fase de ejecución se determinen, con el 6 por 100 de intereses desde las fechas de los respectivos fallecimientos. Recurrida en casación por diversos motivos que a continuación se analizan.

2. El motivo primero, fundado en el número 5 del artículo 1.692 de la LEC, denuncia la infracción del artículo 359 de la citada Ley, que establece el deber de congruencia de las sentencias con las pretensiones aducidas por las partes. La recurrente estima que no es congruente la sentencia que establece la nulidad de la compraventa y no decide sobre la petición de inoficiosidad de la donación pedida para «en su caso» en la demanda. El motivo no puede prosperar porque la declaración de nulidad de la compraventa comporta que su importe ha de computarse para calcular la legítima, que en Cataluña es un cuarto del *relictum* más el *donatum*, y si la venta fue nula formará parte del *relictum* y con ello se tendrá en cuenta para calcular el derecho de crédito que la legítima catalana constituye a favor del legitimario que tiene carácter de legatario. La no decisión sobre la inoficiosidad de la donación comporta que el Juez no ha dado lugar a la petición de tener la venta por donación, ni por ello entra en definir si es o no oficiosa y, por tanto, al ser desestimada no se ha producido incongruencia, pero, además, no se alcanza a intuir el interés que puede tener la declaración de inoficiosidad que en nada alteraría los derechos del legitimario. Con evidente incorrección procesal, añade el propio motivo unas consideraciones sobre la naturaleza de la acción ejercitada y su incidencia en la determinación de los intereses, que deben ser tratadas junto con el motivo cuarto del recurso.

3. El motivo segundo, al amparo del número 5 del artículo 1.692, denuncia la infracción del artículo 1.214 del Código Civil, conforme al cual la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento. El razonamiento no resiste el análisis, porque en autos no se ha violado el principio sobre la carga de la prueba, sino que en el ejercicio de la actividad de apreciación y valoración la Sala ha obtenido su convicción y formado su criterio y si éste no coincide con el de la recurrente no por ello se infringe el artículo 1.214, como ha dicho en multitud de Sentencias esta Sala. El 1.214, por su carácter genérico relativo a la carga de la prueba, no permite el éxito de un recurso de casación más que en el supuesto en que la Sala *a quo* haya invertido en su fallo el principio del *onus probandi*, pero no en aquellos otros en los que lo realmente pretendido consiste en combatir la valoración de la misma por el Tribunal, sustituyéndolo por el criterio particular del recurrente (STS de 29 de abril de 1956, 21 de diciembre de 1965, 19 de junio de 1981, 14 de junio de 1983 y 4 de mayo de 1988).

4. El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692, número 4, de la LEC,

denuncia infracción del artículo 1.218, lo que por sí solo entraña grave confusión del cauce adecuado para impugnar una sentencia por violación de un precepto de ley, lo que debería efectuarse por la vía del número 5. En cualquier caso, el abigarrado y diverso contenido del texto del motivo pudiera pretender que se case la sentencia por error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en autos, entre los que cita el inventario de bienes y la manifestación y aceptación de la herencia hecha por la madre, pero del contenido de tales documentos no es posible deducir las interesadas afirmaciones de parte, como, por ejemplo, que la venta del inmueble de la calle Arco Iris sea válida, porque dado el carácter unilateral de las escrituras, otorgadas exclusivamente por la heredera, no permiten afirmar que den fe de su contenido. En consecuencia, procede desestimar el motivo en el que se habla incluso de la prescripción de la acción ejercitada, dando por supuesto que es una acción de impugnación de una partición, cuando la ejercitada es en defensa de la legítima, cuyo plazo de prescripción es de treinta años, y no el de cuatro, relativo a una partición que en el caso de autos es inexistente, puesto que nada hay que partir cuando la heredera es única.

4. El motivo cuarto del recurso denuncia la infracción de los artículos 136 y 139 de la Compilación Catalana. Para la recurrente la acción ejercitada es de suplemento de legítima y, por tanto, los intereses se devengan desde la reclamación judicial y no desde la fecha de la muerte de los causantes. Ese es ciertamente el criterio del legislador pero la acción ejercitada no es de suplemento de legítima, sino de reclamación de la condición de legitimario y de pago de la misma. Para que se estuviera en acción de suplemento sería preciso que el legitimario hubiera recibido del causante, en vida, donaciones a cuenta de la legítima y en autos no se han demostrado. No tienen tal carácter las donaciones que aun siendo imputables no se recibieron como anticipo de legítima. La legítima en Cataluña la constituye la cuarta parte de los bienes dejados por el *de cuius*. Para conocer la masa de los bienes han de determinarse los bienes líquidos relictos y las donaciones; por ello, sin prejuzgar sobre la validez o invalidez de las liberalidades computables, hay que inventariarlas y traerlas a colación. Se suceden dos operaciones, una la computación o formación de la masa hipotética, y otra la atribución de la porción que corresponde al legitimario a quien se le imputa lo ya recibido por donación. Pero esto después de calcular el importe del crédito y al momento del pago. Por esto la acción que se ejercita cuando no se ha recibido nada en concepto de anticipo de legítima es la acción de reclamación, no la de complemento.

TESTAMENTO. NULIDAD. DESHEREDACION. REPUDIACION DE LA HERENCIA. Artículos 756, 848, 850 a 853, 988 a 991, 997 y 999 del Código Civil (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1988).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por ambas partes litigantes contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián con la aclaración, modificando su pronunciamiento quinto, en el sentido de atribuir carácter ganancial a determinados bienes, conforme a los siguientes fundamentos.

Fundamentos de derecho

1. Antes de entrar en el examen de los recursos, y como cuestión aparte, no puede silenciarse el comportamiento del Letrado firmante del escrito formalizando el recurso de casación interpuesto por don Miguel C. L., el que al acusar de incongruente la recurrida sentencia en el primero de los motivos se afirma: «La sentencia recurrida al confirmar la de primera instancia sin más matices, viene a aceptar lo que la misma dice en las primeras líneas de su fallo: Que admitiendo parcialmente la demanda...». «En la sentencia lo que procede es la estimación o desestimación (total o parcial) de la demanda, no su admisión». «La incongruencia no puede ser más evidente, e intolerable que un Magistrado-Juez de Primera Instancia, y de ciudad tan notable como San Sebastián, diga, estar admitiendo una demanda cuando dicta sentencia sobre ella»; y si bien es cierto que no resulta muy *ortodoxa* «el admitir» en lugar de «estimar», la cuestión no debe llegar a más, pues dicha recriminación, amparada en un escrito procesal, falta al respeto que le es debido a los Juzgados y Tribunales prevista en el artículo 433 de la Ley procesal civil; dígase al Letrado don Hilario S. B. que en lo sucesivo cuide en los escritos procesales guardar el respeto debido a los Tribunales.

2. En el recurso del actor, amparado en la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los motivos primero y segundo denuncian la infracción del artículo 359 de dicha Ley, aquel en cuanto la sentencia decide sin la debida separación dos puntos litigiosos incluso las reconvencciones articuladas por los demandados y excepciones procesales; y en el segundo, al mezclarse de manera informe en el fallo de la sentencia el tema de la validez del testamento en su integridad y el de la nulidad de la cláusula de desheredación que solicitaban las peticiones reconconvencionales del suplico de las contestaciones de los hermanos C. L. y la esposa de uno de éstos; se advierte por el recurrente en el primero de estos motivos que la fundamentación no se hará de una manera total, dejando para los dos siguientes la exposición detallada, dedicando el motivo a plantear como cuestiones de incongruencia el que la sentencia de primera instancia, aceptado por la de apelación utilice el concepto de «admisión parcial de la demanda» cuando debió decir «estimación o desestimación (total o parcial)», así como que se hable de estimar «parcialmente» la demanda cuando se está acogiendo totalmente los pedimentos de la misma; respecto al primer argumento que cabe calificar baladí, es lo cierto que aunque quizá más ortodoxo el término «estimar», lo que no cabe entender pueda dar lugar a la incongruencia, pues en verdad el fallo resulta claro y preciso sin poder decir que dicho término o vocablo induzca a la confusión; la sentencia podrá ser ejecutada, en este aspecto en su día, sin la menor dificultad, que es, en definitiva, la última razón del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, por tanto, no resulta infringido; igualmente ha de decaer el segundo de los argumentos, puesto que la sentencia de primera instancia, confirmada, salvo en un particular, por la de apelación, no admite la totalidad o integridad de cada una de las peticiones y así respecto a la validez del testamento otorgado por don Gabriel C. V., declara su validez a excepción de su cláusula 4 D-E, relativa a la desheredación de los hermanos C. L., que justifica esa parcial estimación; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

3. El motivo tercero, con el mismo amparo que los anteriores, denuncia la infracción del artículo 523, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que según la normativa vigente resulta preceptiva la imposición de costas en los términos prescritos en el invocado precepto, si como en el caso de autos son

varios los puntos litigiosos objeto de debate que han de ser resueltos con separación (art. 359) también la imposición de costas debiera existir y producirse en esa forma separada o distinta, para los de la demanda de un lado y de otra parte para cada una de las reconvenciones; en este orden es de tener en cuenta que respecto a la propia y explícita reconvención (art. 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) así calificada por el propio actor y demandado en dicha reconvención, desestimada en primera instancia al no ser recurrida por la parte a la que afectaba quedó firme y fuera del ámbito jurisdiccional del Tribunal de Apelación y si en efecto no se hace por el de instancia una específica declaración sobre las costas causadas en la misma, dicho posible defecto quedó subsanado al declarar la recurrida sentencia que «si bien es cierto que se desestima íntegramente la reconvención formulada por doña S. L. P., no lo es menos que tal desestimación no determina necesariamente la condena en costas, ni aun en ese aspecto parcial, ya que la misma norma legal citada (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) permite al Juzgador eludir tal imposición en atención a circunstancias excepcionales que, en opinión de esta Sala, concurren en este caso, dada la complejidad y aun la relativa **confusión** de las cuestiones planteadas en el litigio»; y si tenemos en cuenta que concurriendo con ésta existen las denominadas por el actor «**implícitas**» provocadas por doña María Dolores y por don Gabriel C. L., solicitando que de declararse la validez del testamento no lo sea la de su cláusula *d*) referente a la desheredación que debiere ser nula, es lo cierto que al ser estimados y, en su caso, se les reconociera esa propia sustantividad de toda reconvención, sería el recurrente como demandado reconvencional el que sería condenado al pago de las costas de tales reconvenciones por lo que en verdad carece de sentido tal argumento en cuanto a esta segunda parte de la cuestión se refiere, independientemente de que no se trató propiamente de una voluntad clara de reconvenir y una súplica que, proponiendo una cuestión nueva, exige una especial declaración, cuando cabe embeberla en la propia declaración en cuanto al pedimento de la demanda sobre la validez del testamento; por todo ello no cabe entender se infrinja el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que estimada en parte la demanda, justificada aquella existencia de circunstancias justificativas de la no imposición de las costas en reconvención, así como la estimación parcial de la apelación (sobre concepto ganancial de los bienes a los que se refiere la compraventa) el acuerdo de no hacer imposición de costas causadas en ambas instancias es conforme a derecho, por lo que procede la desestimación del motivo.

4. También bajo el mismo amparo de sus anteriores, el motivo cuarto denuncia la infracción del aforismo *ne procedat index ex officio*, que define el principio dispositivo que impera en nuestro procedimiento civil (art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), afirmándose que la pertinencia de este motivo radica en que la sentencia recurrida, la de apelación, en la última parte de su fundamento de derecho cuarto entra a resolver sobre la validez de la renuncia a la herencia de los hijos demandados (don Gabriel y doña María Dolores C. L.) sin estar planteado por los mismos, dicho tema en ninguna de sus contestaciones; pero no tiene en cuenta el recurrente, no obstante reconocer en el motivo que «mantuvo que carecían de derecho o acción», para suscitar la nulidad de la cláusula testamentaria de desheredación, que ante tal alegación se ve el Juzgador de apelación obligado a cuestionar el valor y el cauce de tal renuncia, y tras su análisis llegar a la conclusión de haberse rechazado en función de su idea de que no eran herederos de su progenitor por haber incumplido unas condiciones, incumplimiento que determinaba su desheredación de acuerdo con la cláusula

cuya validez ahora impugnan para de acuerdo con lo establecido en el artículo 991 del Código Civil, al no reconocerles esa certeza determinar su legitimación, luego si estudiaba a esos solos efectos y sin reflejo directo en el fallo, no es de entender que el Juzgador incurriere en la infracción de dicho principio de derecho, cuyo sentido y alcance es muy otro, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

5. El motivo octavo al ampararse, igual que los anteriores, en la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aconseja alterar el orden numérico y examinarlo con preferencia a sus tres anteriores; denuncia «el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, con infracción concreta y específica del párrafo segundo, inciso primero, del artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»: «Transcurrido un plazo procesal se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate»; se afirma que la pertinencia del motivo resulta de que una vez concedido en comparecencia de 27 de febrero de 1986 el plazo legal de diez días a los demandados para que concreten si plantean o no reconvencción, a lo que contestaron por medio de escrito, no era admisible la nueva concesión de otro plazo de diez días, a los mismos efectos; solicitada la nulidad recayó auto denegatorio, repitiéndose la petición en la segunda instancia; es de tener en cuenta en primer lugar, cual afirma la recurrida sentencia, que al no ser en su día recurrida ha de considerarse subsanada, pues lo que no cabe es el entender que contra ello quepa el recurso de casación; y en segundo lugar cabe argüir que aparte esa petición de nulidad y reproducción en segunda instancia cual requiere el artículo 1.693, conforme al apartado tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, han de producir indefensión para la parte, y como el vicio denunciado, en forma alguna produce tal indefensión para el recurrente que no ve limitado derecho alguno relativo a su defensa, el motivo ha de ser desestimado.

6. El quinto de los motivos, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está íntimamente ligado al cuarto ya examinado, pues en él se denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 988, 990, 999 y 997 del Código Civil, cuya pertinencia redica, según se dice «en que no habiéndose suscitado cuestión o punto litigioso sobre la repudiación o renuncia de la herencia, por los que la hicieron, y resultan ahora perjudicados por ella, carecen de aplicación en este asunto los referidos preceptos»; el examen del motivo no significaría sino volver a lo expuesto en dicho motivo cuarto, y como la conclusión a la que se llegó en aquél sería la propia de éste, resulta ocioso volver sobre lo mismo; lo razonado en el motivo cuarto, es bastante para provocar la desestimación de este quinto motivo.

7. El motivo sexto amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala, en el sentido de que la reconvencción tiene sustantividad propia; y por ende no es admisible su articulación con carácter alternativo y subsidiario de la estimación o desestimación de la demanda principal; cabe también relacionarlo con el motivo tercero, ya examinado; en este orden, parece procedente insistir en que, en relación a la de doña S. L. P., quedó fuera del ámbito de la jurisdicción del Tribunal de apelación; respecto a las formuladas por don Gabriel C. L. y su esposa doña María Milagros A. L., si bien es cierto que toda pretensión que no se reduzca a pedir o solicitar la absolución de la demanda constituye una verdadera reconvencción, no ha de dársele este valor absoluto cuando en verdad no hay un ánimo o voluntad de reconvenir, sino de meramente morigerar, o modificar

determinada súplica o petición que no supone una incompatibilidad de acciones, hasta el punto, cual ocurre en el caso de autos, en el que ya es el propio recurrente el que denomina a estas reconvenções como implícitas, no se manifiestan, sino en el suplico de la contestación, sin acudir en su planteamiento al formalismo propio tal como la contempla el artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 540 de la propia Ley, porque en verdad no se trata del ejercicio de una acción propia que se dirige contra la misma persona que promovió el pleito, que no cabe entender cuando es en el propio suplico de la contestación se presenta como alternativa a la estimación total de un concreto pedimento, lo que no ha de significar, como no significa, sino una estimación parcial del mismo y de ahí que quepa admitir esa alternativa y entender que de haberse estimado la pretensión sobre la validez del testamento en su integridad habría de suponer la desestimación de esa otra pretensión, sobre estimación parcial, sin necesidad de una declaración expresa en la parte dispositiva de la sentencia, en este sentido, al entenderlo así el Juzgador no ha infringido aquella doctrina, puesto que no estamos en ninguna situación semejante a la contemplada en las sentencias que se citan, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

8. El motivo séptimo, amparado en la causa quinta del artículo 1.642 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la «violación conjunta de la doctrina legal reiterada de esta digna Sala sobre el litisconsorcio pasivo necesario, su imperatividad y contenido, así como lo preceptuado por el artículo 850 del Código Civil; se relaciona con el planteamiento en reconvenção de la desheredación, al no llamarse al litigio como partes en dicha cuestión concreta a todos los herederos, puesto que no sólo son los hijos del testador, sino también la esposa doña S. L. P., a la que deja el tercio de libre disposición de su herencia, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria; con su referencia al artículo 850 del Código Civil, parece referirlo a la falta de traslado de las reconvenções que se vienen calificando de «implícitas» a la expresa viuda del testador para deducir que al no ser posible dicho traslado ello apareja el que debiera haber sido objeto de una acción aparte; todo ello ha quedado suficientemente claro en el ponderado razonamiento de la recurrida sentencia, conforme al cual «dicha cuestión no es de apreciar no sólo porque en el litigio están presentes todos los herederos del citado señor (se refiere al testador), sino además porque dada la coincidencia existente en las posiciones de todos ellos, con excepción del actor, demandado reconvenicional, es evidente que tales pretensiones coincidentes no tenían por qué dirigirse contra los que, aun con distinta defensa en la primera instancia y siempre con la misma representación procesal, mantienen igual postura, siendo además de advertir que la pretensión aceptada en la sentencia de primera instancia, de nulidad de una cláusula de desheredación, no afecta a la demandada doña S. L. y sí solo a los reconvinientes y al reconvenido»; a estos efectos, y como apoyo a lo expresado, es de traer a colación lo alegado como fundamento de derecho en la contestación a la demanda de doña S. L. P. en relación al testamento de su difunto esposo, al calificar de sospechoso que no se cite (se refiere a la demanda) un solo fundamento de derecho en relación con la petición primera A) del suplico de la demanda. «Suponemos que pretenden que al declarar la validez y plena eficacia jurídica del testamento, pueda deducirse que la desheredación que contiene su cláusula d) vaya incluida en esa validez solicitada, como que no tiene trascendencia. Por lo que esta petición de validez y plena eficacia jurídica, sin más matizaciones sobre la desheredación al menos no pueda prosperar y deba ser rechazada por no dar alternativa en el suplico»; para, por último, que basándose la nulidad de la cláusula de la desheredación en que se trata de causa

que no es de las establecidas por el legislador, no se da supuesto del artículo 850 del Código Civil determinante de la pretensión del recurrente; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

9. El motivo noveno, último del recurso, denuncia la aplicación indebida de los artículos 848, 852 y 853 (en relación con el 756) y 851 del Código Civil; contienen dichos preceptos reglas generales sobre la desheredación y tipificación de la desheredación injusta, pues bien se dice en la sentencia de primera instancia que basta la lectura de los artículos 848, 852, 853 y 756 del Código Civil «para establecer que el motivo en el que se basa el testador no es ninguno de los que nuestro legislador establece, por lo que tal cláusula (de desheredación) deberá estimarse por no puesta»; pronunciamiento que se mantiene en la sentencia de apelación, conforme a la que, «condicionada (dicha desheredación) a la aceptación y cumplimiento por éstos (los hijos desheredados) de determinados actos para incluir en la masa hereditaria bienes anteriormente **transferidos** a su nombre, en cuanto tal desheredación no se atiene a las causas concretas que se establecen en los artículos 852 y 853, en relación con el 756, por lo que en esa disposición testamentaria se infringe lo determinado en el artículo 848, cita como los anteriores del Código Civil y, en consecuencia, artículo 851, ha de ser declarada nula»; en ese orden dicha aplicación indebida lo sería de triunfar la labor interpretativa, meritoria a sus fines, que realiza el recurrente para llegar a ese poder «casi **feudal**» del testador, frente a la del Juzgador, máxime sin atacarla frontalmente y como ha de fracasar, pues ha de mantenerse la declaración que hace en la recurrida sentencia, el motivo no puede prosperar.

10. Desestimados los nueve motivos, procede declarar no haber lugar al recurso con imposición de costas a la parte recurrente conforme preceptúa el artículo 1.715 de la Ley procesal civil.

11. En el cuarto de los motivos, del recurso **formalizado** por los demandados don Gabriel y doña María Dolores C. L. de examen **preferente** al de sus anteriores por afectar a la *questio facti*, amparado en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia error en la apreciación de la prueba «basado en los testamentos que doña S. L. P. otorgó con posterioridad al 8 de marzo de 1980», que figuran en autos; se afirma que de estos documentos, «a nuestro entender», no puede deducirse que las **manifestaciones** de la expresada, vertidos en el testamento de 8 de marzo de 1980 puedan tener valor probatorio alguno; aparte de que no expresarse en qué consiste el error no parece sino que lo que pretenden los recurrentes es desvelar y valorar que el ánimo de la demandada, madre de los demandados, era contraria a toda declaración de voluntad anterior a la indicada fecha, lo que no encaja ni en la letra ni en la finalidad de dicha causa de amparo, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

12. Los motivos primero y segundo, por la vía del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente denuncian la infracción del artículo 1.218 y 1.250 en relación con el 1.218, y en ambos la doctrina contenida en la Sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1943, y sobre la base de que tanto el Juzgador de primera instancia como el de apelación se han servido de las pruebas de presunciones para constituir los hechos básicos de los que deducen la simulación absoluta, se afirma que con ello se infringen los precitados preceptos y doctrina jurisprudencial, puesto que la prueba del precio, entrega y recepción en cuanto a los demandados está demostrado y debe presumirse del propio documento, artículos 1.218 y 1.250 del Código Civil, mas frente a ello cabe argüir que el documento público no tiene un valor superior al de las demás probanzas, incluidas, **claro** está las de presunciones, dado el sistema de aprecia-

ción libre en el que se inspiran nuestras leyes, su alcance probatorio está en función de esa libre apreciación por el Juzgador, entonces nos encontramos ante una contrastación valorativa frente a unos hechos declarados probados precisa de la cita de los correspondientes preceptos vinculantes en cuanto a la eficacia del documento público se refiere, no sin olvidar que si los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes en cuanto a las declaraciones en ellos vertidas; sin embargo, **no** es menos cierto que las mismas carecen de fe pública en cuanto a su veracidad, pudiendo ser desvirtuados por los demás medios probatorios, en este último sentido es como debe considerarse la entrega del precio, de la cosa y su recepción, sujetas, por tanto, al resultado de las pruebas que en contra se hayan practicado y que al Juzgador le toca valorar; y en este aspecto de la cuestión, al igual que en el anteriormente considerado, ambos motivos deben ser desestimados.

13. Los motivos tercero y quinto, últimos por examinar, amparados en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratan de combatir el resultado de la prueba de presunciones a las que llega el Juzgador, mediante la denuncia de la infracción del artículo 1.249 del Código Civil en el primero de ellos y la del artículo 1.253 del propio cuerpo legal en el último; se dice respecto al primero que falta una precisión y claridad en los hechos de los que debe deducirse lo presumido, pero siendo lo cierto que conforme declara la recurrida sentencia «de acuerdo con el resultado de las pruebas practicadas, el contrato de referencia carece de uno de sus elementos esenciales cual es el precio»; razonando que ante la dificultad que plantea la prueba de simulación, en la que la prueba directa apenas puede tener lugar, por lo que necesariamente ha de recurrirse a la indirecta de las presunciones, siempre apoyadas sobre hechos básicos claramente acreditados que permiten sentar la deducción lógica correspondiente, admitiendo y aceptando todas las apreciaciones esenciales que se contienen en los fundamentos de derecho de la recurrida sentencia, debe destacarse que concurren prácticamente en su integridad, los datos que generalmente se estiman precisos para llegar a la mentada conclusión, a los que cabe añadir otros un tanto atípicos que la refuerzan; negocio que se desarrolla en el ámbito familiar más próximo; falta de necesidad de los padres de vender; conveniencia, motivo éste en el que están conformes las tres partes demandadas, de que los bienes salieran formalmente del patrimonio de los padres; al tener avaladas varias deudas del demandante; falta de acreditamiento de la entrega del precio; precio reducido en relación con el valor real de los bienes (millón quinientas mil pesetas frente a más de veintitrés millones); el que el comprador no entrara en el disfrute y posesión de los bienes; y aun añadiendo las reiteradas manifestaciones del padre, la posición de los albaceas y la prueba testifical y documental analizada en la sentencia discutida, es indudable que hay en los autos razones más que suficientes para concluir que el contrato es simulado; ante todo ello no parece quepa decir se haya infringido el artículo 1.249 del Código Civil; respecto al quinto, como el recurrente no hace sino negar la existencia de aquellos lazos fácticos tenidos en cuenta por el Juzgador, como la falta de entrega del precio, ni que sea reducido y demás, negativa que carece de todo fundamento al haber fracasado el tercero y cuarto de los motivos, por todo ello hace procedente la desestimación de dichos motivos tercero y quinto.

COLACION. SUPLEMENTO DE LEGÍTIMA EN CATALUÑA. Artículos 1.041, 1.042 CC, 136, párrafo 2.º, 139 y 273 de la *Compilación catalana* (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1989).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y apelante contra la Sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por ambas partes litigantes contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Cervera.

Se discute en el pleito si el nieto, que sucede como legitimario en representación de su padre premuerto a su abuelo catalán, debe colacionar en la herencia de éste los gastos originados para dar a su padre la carrera de Derecho, conforma a la siguiente cláusula: «Lega a su nieto J. M. Ll. lo que por legítima le corresponda, imputándose a ella las cantidades y bienes donados por el testador a su hijo difunto J. M. por cualquier causa, los pagos hechos en cualquier tiempo por cuenta de éste, así como el importe de la carrera de Derecho que le costeó el testador que es su deseo expreso que se impute a cuenta de sus dichos derechos legitimarios». Y además, si estamos ante una acción de reclamación de legítima, como entiende el recurrente y apreció el Juzgado, con la consecuencia de que los intereses corren desde el fallecimiento del causante, o se trata más bien de una acción de suplemento de legítima, como estima la sentencia de la Audiencia.

El Tribunal Supremo se decide por la obligación de colacionar los gastos de carrera y por estimar que se trata de una acción de suplemento de legítima, pues ya había recibido donaciones a cuenta de ésta, conforme a los siguientes fundamentos.

Fundamentos de derecho

1. El primer motivo del recurso, amparado en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error en la apreciación de la prueba basada en documentos obrantes en autos; se dice en el motivo, y es de tener en cuenta a los efectos de su resolución que «la sentencia apelada (entendemos recurrida) no utiliza el sistema contemplado en la doctrina de apreciación conjunta de la prueba, sino que analiza una por una las partidas que la adversa intenta deducir del *quantum* de legítima, por ello esta parte pretende en este recurso combatir las siguientes pruebas; esto es, no se trata de que el Juzgador haya cometido un error probatorio que resulte demostrado por determinado documento, sino lo que intenta el recurrente es ir combatiendo el resultado al que llegó el Juzgador respecto de cada partida a deducir del importe de la legítima para hacer prevalecer su propio criterio sobre el del Juzgador, incluso con indicación o señalamiento de documentos que fueron tenidos en cuenta en la sentencia, además de citar como infringido el artículo 1.249 del Código Civil, como si el Juzgador hubiera hecho uso de la prueba presunciones, cuando de la documental y pericial deduce directamente el resultado probatorio al que llega, y consecuentemente como la casación no es una tercera instancia, ni el número cuarto en el que se ampara el motivo autoriza a ello, ha de ser desestimado.

2. El motivo segundo, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia infracción del artículo 1.041 del Código

Civil y aunque la iniciación del razonamiento de éste se presenta con cierto confusionismo, parece que lo que pretende el recurrente es que los gastos de la carrera de Derecho que se deducen por la sentencia se equiparen a los de enseñanza de dicho precepto, ante lo que no serían colacionables, pero dada la explícita referencia que a dicha cuestión hace el artículo 1.042 de que no se traerán a colación, **sino** cuándo el padre lo disponga, los gastos que hubiese hecho para dar a sus hijos una carrera profesional, y afirmándose en la recurrida sentencia **que** en la cláusula testamentaria que se recoge, referente a los gastos deducibles de la legítima lo será el importe de la carrera de Derecho que le costeó el testador, poco importa que el artículo sea interpretado más o menos ampliamente, pues siempre había que estar a dicho artículo 1.042 del Código Civil o, en su caso, al 273 de la Compilación de Cataluña, por lo que sería colacionable, por lo que al igual que su anterior, también ha de ser desestimado este segundo motivo.

3. El motivo tercero, bajo igual amparo al del su anterior, denuncia la infracción del artículo 139 de la Compilación de **Derecho** Civil de Cataluña; para el recurrente no se trata de la reclamación de suplemento de legítima como entiende la sentencia recurrida, sino de una reclamación de legítima, por lo que el pago de intereses lo **ha** de ser desde el fallecimiento del causante y no desde la reclamación judicial como se establece en dicha sentencia; mas siendo lo cierto que conforme el artículo 136, párrafo segundo, «si lo recibido (por los conceptos que establece en el primer párrafo) fuese inferior a la legítima correspondiente podrá el legitimario exigir el suplemento», es indudable que si como declara la sentencia la legítima supone un importe de 6.362.047 pesetas, de las que tiene recibidas, y por tanto deducibles, 2.496.296 pesetas, reclamándose, por tanto, la cantidad de 3.865.751 pesetas, estamos ante una acción de suplemento de legítima y como conforme a dicho artículo 139 de la citada Compilación, cuando de suplemento se trata, el interés devengado lo será desde que sea reclamado judicialmente, no hay infracción del citado artículo 139, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

F. C. L.