

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
JOSÉ CERDÁ GIMENO

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA ACCION PUBLICIANA SE ENCUENTRA EMBEBIDA EN LA REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 13 DE ENERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La acción ejercitada por la actora fue la «publiciana», cuya naturaleza y caracteres no son pacíficamente aceptados, dado que frente a la tesis que la considera como *actio* posesoria típica, se encuentra la de quienes sin negar tal carácter estiman carece de autonomía, por encontrarse embebida en la reivindicatoria, posición ésta que por lo que a la doctrina de esta Sala se refiere, tiene su apoyo principalmente en la Sentencia de 21 de febrero de 1941, que la considera como una faceta de la acción dominical indicada, de la cual se diferencia en que mientras la reivindicatoria es acción que compete al titular dominical no poseedor contra quien posee sin serlo, la «publiciana», por ir dirigida a la tutela posesoria, corresponde al poseedor contra quien lo sea de peor derecho o contra el mero detentador, mas no contra quien sea propietario.

LA LEY EXIGE UN ACOMODO RIGIDO A LA LITERALIDAD DE LO SUPLICADO (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La armonía entre los pedimentos de las partes en el proceso con la sentencia, no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino también ha de hacerse extensiva a aquellos otros que de algún modo los complementen y pre-

cisen, o que contribuyan a la fijación de sus lógicas y naturales consecuencias, bien surjan de los propios alegatos de las partes, así apreciados por el Juzgador, o bien sean precisiones o aportaciones de las partes en sus escritos de alegaciones o probanzas, porque lo perseguido por la Ley no es otra cosa que el órgano jurisdiccional se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad.

EL TERMINO «TRANSITAR» CUANDO SE REFIERE A VEHICULOS DE MOTOR HA DE ENTENDERSE EN RELACION A SUS CARACTERES Y FUNCIONES (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1984).

Hechos.—Una máquina excavadora causó graves lesiones a una persona que trabajaba en la misma obra. La Compañía aseguradora es condenada a indemnizar, y recurre alegando que no se trata de accidente de circulación, sino laboral.

Doctrina de la Sentencia.—El recurrente alega que la sentencia impugnada no debió aplicar el Código de la Circulación, ya que sus normas no son de tener en cuenta respecto a los accidentes ocurridos en terrenos particulares ni acotados, exigiendo sean de uso público, para justificar lo cual realiza un examen gramatical del término «transitar» a fin de llegar a la conclusión de que la sociedad recurrente debe quedar liberada de la deuda indemnizatoria por tratarse de un accidente laboral y no de vehículos de motor en circulación, únicos de los que según la póliza de seguro voluntario debe responder.

Estos un tanto sofisticados razonamientos no pueden prevalecer: a) Porque los términos «lugar transitable» y «transitar», cuando se refieren a vehículos de motor han de entenderse en relación a sus caracteres, condiciones y sobre todo a las funciones para las que fue creado y está destinado a cumplir cada modelo. b) La máquina-vehículo en cuestión es una excavadora (moto-traílla) que estaba destinada a realizar trabajos de nivelación en una finca propiedad del actor. c) Resulta, por tanto, evidente que las tierras objeto de nivelación constituyen a los efectos de la circulación de este tipo de vehículos y de las funciones por los mismos a desarrollar, el lugar o medio más idóneo para conducir, llevar o trasladar de un lugar a otro los mismos.

LOS DERECHOS DEBEN EJERCITARSE CON ARREGLO AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—La facultad de ejercitar los derechos no es ilimitada, pues que el principio de buena fe, por modo general, ha de presidir la actuación de las relaciones jurídicas; aparte la teoría del abuso del derecho, inicialmente reconocida por la jurisprudencia y actualmente expresamente acogida en el párrafo segundo del artículo 7 del Código Civil, en concordancia con el principio de buena fe proclamado

en el párrafo primero del mismo precepto legal, debe merecer la extensión y amplitud que demanda las exigencias morales impuestas por las circunstancias del caso y características del vivir social actual.

LOS ARTICULOS 1.124 Y 1.504 DEL CODIGO CIVIL NO SE ELUDEN, SINO QUE SE COMPLEMENTAN (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla que con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el primero, hace aplicación específica y concreta el segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, lo que hace que para el éxito de la acción resolutoria regulada en el artículo 1.504 hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio de la del 1.124 consideró indispensables la jurisprudencia de esta Sala, entre ellos el de que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumbían, pues según la doctrina jurisprudencial no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones.

EXCEPCION DE COSA JUZGADA: CONSISTE LA CAUSA DE PEDIR EN LA IDENTIDAD DE ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y CIRCUNSTANCIAS (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Aunque no es problema resuelto con unanimidad de criterio en la doctrina científica, el relativo a cuándo existe identidad en la causa de pedir, limitándonos al criterio que preside como predominante nuestra práctica judicial, puede concretarse que para que dicha alteración de la *causa petendi* se produzca no es necesario siempre un hecho distinto como base de la demanda, sino que es suficiente que aun basándose la segunda acción en el mismo hecho que la anterior (en este caso la realización de una donación de bienes inmuebles), el motivo legal en que la acción se funde sea distinto; en el supuesto debatido en el primer caso el fundamento legal de la acción consistió en los artículos 634 y 636 del Código Civil (nulidad de la donación por inoficiosidad o excesividad de la misma), y en el segundo nulidad basada en no haber tenido lugar oportunamente la aceptación de alguno de los donatarios; no significa ello que el primer pleito, en que se desestimó la demanda por no considerar inoficiosa la donación, carezca en absoluto de efectos en el segundo, sino que únicamente puede servir lo en él fallado para partir en el segundo de su existencia, pero sin tener virtualidad suficiente para enervar el entrar a conocer sobre el fondo en el segundo, puesto que la motivación legal de uno y otro fueron completamente distintas.

La jurisprudencia ha declarado que no basta la identidad de los elementos que la Ley exige en el artículo 1.252, párrafo 1.º, del Código Civil

para que se dé eficazmente la excepción de cosa juzgada, sino que es imprescindible que la primera sentencia contenga pronunciamiento decisivo sobre el asunto que constituye el fondo del pleito ulterior; consistiendo la causa o razón de pedir no sólo en la identidad de elementos personales y reales, sino en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad que sirvan de fundamento a la nueva acción; en definitiva, que exista «la más perfecta identidad» no sólo entre las cosas y las personas, sino, además, entre las causas.

EXCEPCION DE COSA JUZGADA: NO LA HAY CUANDO FALTA IDENTIDAD DE CAUSA (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Siendo la acción la modalidad procesal necesaria para que tenga efectividad el fundamento o razón de pedir, y la paridad de los dos juicios ineludiblemente precisa para generar cosa juzgada, ha de inferirse comparando lo resuelto en el primer juicio con lo pretendido en el segundo, interpretado por los hechos y fundamentos que han servido de apoyo a la pretensión y a la sentencia, claro es que falta en el presente caso la identidad de causa, determinada por la razón o fundamento de pedir, que es esencial para generar errónea interpretación del párrafo 1.º del artículo 1.252 del Código Civil, que acoge la institución de la *res iudicata*, con su precisa terminología de *eadem personae*, *eadem res* y *eadem causa petendi*, y que con su concurrencia inciden en el apotegma jurídico *non bis in eadem*, dado que si una cosa es pedir una atribución de dominio con base en entender se dan las circunstancias que lo determina una situación posesoria amparada por una concreta norma legal, que fue lo rechazado en la Sentencia de este Tribunal de 28 de octubre de 1929, y otra el solicitar aquella atribución de dominio con base en la simple acción del tiempo, por vía de la prescripción adquisitiva, y, por tanto, con independencia de la referida normativa, evidentemente implica diversidad de acciones generantes de disparidad de causas, impositivo de crear situación de cosa juzgada, porque, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 14 de julio de 1982, recogiendo doctrina jurisprudencial precedente, cuando hay diversidad de *causa petendi*, de tal manera que si la acción que se ejercitó en el anterior pleito era inadecuada, al no darse los requisitos exigibles para ella, y la sentencia desestimó la demanda, sin referencia decisoria en orden a otro derecho que posteriormente se invoque, puede reproducirse la cuestión afectante a este otro derecho en posterior juicio, haciendo uso de la acción, y consiguiente *causa petendi*, significada por la razón o fundamento de pedir, más en armonía, en definitiva, con el derecho que se alegue ostentar.

NO ESTA LEGITIMADO PARA RESOLVER LAS OBLIGACIONES EL CONTRATANTE QUE CUMPLE SOLO PARTE DE SU PRESUNCION (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Ha de seguirse la reiterada declaración de esta Sala de que no está legitimado para resolver las obligaciones el contratante que cumple sólo parte de su prestación; siendo así, el incumplimiento del comprador no fue debido a causa propia, sino al incumplimiento anterior del vendedor, lo que quita al primero de ellos el carácter de incumplimiento apto para facultar a la contraparte a ejercitar con éxito la resolución del contrato; con estos presupuestos, el vendedor que no cumplió, al que le fue opuesta la excepción *non adimpleti contractus* no ha de tener éxito en su reclamación, ya que el párrafo 1.º del artículo 1.124 sólo permite pedir dicha resolución cuando «uno» de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, pero no cuando, como en el caso debatido, son los dos los que incumplieron, siendo el primero el demandante vendedor, que no reunió, por tanto, uno de los requisitos esenciales que la doctrina de esta Sala ha exigido reiteradamente para ser estimada la acción resolutoria.

SUBROGACION DE LOS ACREEDORES EN EL EJERCICIO DE LA ACCION DE RESCISION POR LESION (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Si los acreedores del perjudicado pueden ejercitar la acción de rescisión por lesión *ultra dimidium*, subrogándose en ella, ya que el ser «naturaleza personal» ha de entenderse en el sentido no de inherencia a la persona del deudor, sino en el de carecer de sustancia real y de ser aplicable entre contratantes sujetos todos ellos a la legislación del antiguo Principado, sin importar que el inmueble esté sito en Cataluña o fuera de ella, no puede olvidarse, de otra parte, que la acción de rescisión que se ejercita es la reconocida al vendedor y así se dirige propiamente contra el comprador que es el obligado, aunque le venga reconocida la facultad de complementar el precio hasta el que sea justo, facultad de opción *in solutione* que sí es personal; debiendo considerarse también que la acción de rescisión, caso de ser estimada, originaría las correlativas obligaciones del vendedor de restituir los intereses posteriores a la reclamación judicial y abonar los gastos extraordinarios de conservación o refacción y las mejoras útiles, a salvo que los compradores optasen por evitar la rescisión mediante el pago en dinero al vendedor del complemento del precio con los intereses a contar de la consumación del contrato.

EL CONCEPTO «RUINA» EQUIVALE A DEFECTOS GRAVES (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—El concepto *ruina*, inspirado en el artículo 1.792 del Código francés, del que es un trasunto el 1.591 español, consagra la doctrina romana de *quod imperitia precavit, culpa esse*, interpretada por la jurisprudencia francesa en el sentido de que se refiere no sólo a las obras fundamentales (*gros ouvrages*), sino también a las meramente defectuosas (*mal façons*) que atenten a aquéllas. Lo cual es válido en nuestro Derecho porque la «ruina» de que habla la Ley tiene que ponerse en relación con el término «se arruinase» que emplea el propio artículo 1.591 y realmente se «arruina» con la existencia de vicios que afecten a los elementos esenciales de la construcción, aunque el inmueble no quede materialmente convertido en ruinas. Este fue el significado que dio la jurisprudencia española al hablar de «defectos graves» o que afectan a «elementos esenciales o sustanciales», como hizo, entre otras, en las Sentencias de 19 de febrero de 1959, 1 de abril de 1977 y 9 de mayo de 1983.

EL ABUSO DE DERECHO REQUIERE CIRCUNSTANCIAS SUBJETIVAS Y OBJETIVAS (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1984).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de esta Sala la de que resolver sobre si se ha quebrantado o no la prohibición del abuso de los derechos es una cuestión jurídica, como derivada de un mandato legal a los Tribunales, contenido en el artículo 7.º, apartado 2, del Código Civil, pero siempre resultará necesario, para que pueda prosperar el motivo de casación que alega la infracción por inaplicación de esta doctrina, que de las premisas de hecho establecidas por la sentencia recurrida, resulte manifiesto el abuso de las circunstancias que lo determinan, es decir, las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un fin serio y legítimo y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RETRACTO.—HABIENDO TRANSCURRIDO LOS DOCE AÑOS PREVISTOS POR LA LEY, NO PROCEDIA LA CONVERSION DE LA APARCERIA EN ARRENDAMIENTO, Y TENIENDO POR EXTINGUIDA AQUELLA, NO HA LUGAR AL RETRACTO PRETENDIDO (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1982).

El actor lleva en aparcería desde antes de 1975 una finca mediante contrato verbal, acreditándolo mediante documento suscrito por los cónyuges de los anteriores propietarios. El 4 de septiembre de 1976 tuvo conocimiento

to de la enajenación de la finca a una sociedad, por lo que formula demanda de retracto ante el Juzgado de Huesca, que no prevaleció. En 1979 tuvo conocimiento por edicto publicado en el Ayuntamiento de una nueva venta, por lo que entabló otra demanda que fue admitida por el Juzgado, pero esta resolución la revocó la Audiencia Territorial de Zaragoza.

El recurso de casación no prospera. Aparte de infracciones de normas procesales de primordial importancia, hay que tener en cuenta que a partir de 1976 el cedente dio por terminada la aparcería, que databa de quince años atrás, no admitiendo al recurrente como aparcerero cultivador en ningún momento, con lo cual dicha aparcería en el instante de la venta ya no subsiste, sino que tenía vencido desde tres años atrás el plazo y la posesión del demandante era la de un precarista. Regida la relación por la legislación anterior, según la disposición transitoria 1.ª de la vigente Ley, los efectos de la extinción del contrato, negada la prórroga por el titular, sólo podrían ser impedidos, en cuanto a la pérdida de la legitimación posesoria, mediante la opción del aparcerero para continuar como arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación, pero tal posibilidad de acceder al arrendamiento por la vía de la conversión se hallaba vedada cuando la aparcería había durado doce años más según constante jurisprudencia, en aplicación del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, como luego dispuso en su párrafo 3.º el artículo 49 del Decreto de 29 de abril de 1959, descartando tal derecho cuando la aparcería duró ya el período máximo de doce años que para los arrendamientos fija el artículo 9.º Esa facultad requería para su efectividad el ejercicio de la correspondiente acción frente al propietario inmediatamente de ser hecha por la otra parte la manifestación de tener por finalizada la aparcería, actitud no observada por el recurrente, que aquietándose ante la nueva situación deja de rendir cuentas como aparcerero del resultado del cultivo, hasta el punto de que tiene que consignar, al tiempo de interponer la demanda, una cantidad como participación del dueño por los años agrícolas 1976 a 1979.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO. — TIENE PLENA VALIDEZ EL ACUERDO DE LAS PARTES SOBRE LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO, TENIENDO EN CUENTA QUE EL DERECHO A LA PRORROGA ES RENUNCIABLE SI SE EFECTUA UNA VEZ INGRESADO EN EL PATRIMONIO DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1982).

En 1973 se dieron en arrendamiento varias fincas y en 1978 se notificó el deseo de ejercitar el derecho de prórroga por seis años más, contestando los propietarios su propósito de cultivar las fincas por el plazo mínimo legal, no aceptando la petición de prórroga. Se llegó a una transacción en virtud de la cual el arrendatario se comprometió a dejar las tierras en septiembre de 1979, pero en febrero de este año manifestó que no estaba dispuesto a renunciar a la prórroga porque esa renuncia era nula. Se entabló la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid solicitando la resolución del contrato por vencimiento del plazo. El Juzgado estimó la demanda en parte y desestimó la reconvencción declarando que el contrato quedó extinguido el 10 de octubre de 1979, conde-

nando al demandado a que las desaloje en plazo legal, con obligación de los actores de cultivar directamente por plazo mínimo de seis años las fincas que tenían el carácter de rústicas. Fue confirmada esta resolución por la Audiencia Territorial de la misma capital.

El recurso de revisión no tiene éxito. El documento suscrito en 4 de noviembre de 1981, en que se compromete el demandado a dejar las fincas libres en el año siguiente, con renuncia expresa a la prórroga, sin que se pruebe la falsedad de lo acordado, vincula a las partes, ya que, subsistente la facultad liberatoria de los derechos y obligaciones arrendaticias rústicas, siempre que se haga por mutuo acuerdo, y una vez que el ejercicio del derecho renunciante sea factible, ha de estimarse como tal la hecha por el arrendatario en el mencionado documento, hechos todos ellos que por no haber sido combatidos al amparo del número 4, apartado 4.º, del artículo 52 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos han de ser tenidos como inmutables. Si bien es cierto que en el artículo 10, 1, del citado Reglamento se reconoce el derecho que al arrendador asiste a prorrogar por su propia voluntad el arrendamiento por seis años siempre que se notifique al arrendador con un año de antelación, también lo es que, de acuerdo con lo estipulado en el párrafo 1 del artículo 1.º de este Reglamento, los derechos puramente privados, una vez ingresados en el patrimonio del arrendatario, podrán ser renunciados por éste, subsistiendo en todo caso la facultad liberatoria de las partes por mutuo acuerdo, y en el caso que nos ocupa ha de entenderse que el documento aludido, en el que se conviene que el primero dejará libres las tierras que tiene en arrendamiento, integra un verdadero y válido acuerdo liberatorio del arrendamiento, implicando una renuncia del derecho a la prórroga que por haber sido efectuada cuando este derecho había ya ingresado en su patrimonio ha de reputarse válida.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO. — NO PROCEDE LA PRORROGA POR TRATARSE DE UN ARRENDAMIENTO CUYO PRINCIPAL OBJETO ES EL GANADERO. EL ARRENDATARIO NO TENIA LA CUALIDAD DE CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1982).

En 1973 se arrendó una finca por un plazo de seis años, siendo su aprovechamiento principal el pecuario, según se había declarado ya en otro litigio anterior, constando así por informes periciales en los autos del mismo, pero el arrendatario alegó que era agrícola para ejercitar un derecho de prórroga que no tienen los arrendamientos ganaderos. La demanda fue desestimada por el Juzgado número 1 de Salamanca, que absolvió al demandado, y la Audiencia Territorial revocó, dando lugar a la resolución del arrendamiento.

Mantiene la misma doctrina el Tribunal Supremo. Es cuestión fundamental el carácter de la finca, respecto de la cual el recurrente dice que es agrícola cuando la sentencia recurrida dice lo contrario. La superficie destinada al cultivo agrícola —menos de un tercio del total—, junto con el resultado del reconocimiento judicial, que reveló ser por su naturaleza apropiada a la explotación ganadera, predominando la parte dedicada a

pastos sobre la cultivada, así como las instalaciones fijas con fines de estabulación de ganado y no de estancia de trabajadores, declaraciones de la sentencia impugnada que no pueden desvirtuarse con lo alegado en el motivo segundo respecto de un dictamen pericial porque según el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los Jueces apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los Peritos, habiéndose valorado este dictamen por el Juez con los demás elementos probatorios que entraron en juego, entre los que figuran otros dictámenes de Peritos en un pleito anterior. No tiene el arrendatario el carácter de cultivador directo y personal, ya que tenía asalariados con carácter permanente, según declaró el mismo demandado y corroboró el certificado de la Cámara Agraria, no constando los casos de excepción del uso de asalariados que indicaba el artículo 16 del Reglamento de 1959.

DESAHUCIO.—NO SE PRUEBA EL PACTO DE PRORROGA DE LA APARCERÍA POR CINCO AÑOS NI INFRINGE NINGUNA DISPOSICIÓN ESPECIAL LA ENTREGA POR PARTES DE LA FINCA CEDIDA, QUE FAVORECE AL APARCERO AL PERMITIRLE COMPLETAR EL CICLO DE LABOREO DE TODAS LAS TIERRAS, LO QUE ES CONFORME A LA COSTUMBRE DEL LUGAR. LA RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR MEJORAS DEBE HACERSE EN EL PROCEDIMIENTO ADECUADO (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1982).

En el año 1956 se cedieron en aparcería varias fincas, y decidiendo el propietario concluir esta cesión se notificó a los aparceros el propósito, habiendo abandonado todos menos uno, al que después de hacerle un requerimiento notarial sin resultado se le demandó ante el Juzgado de Baza, solicitando su desahucio. Este Juzgado estimó en parte la demanda, declarando extinguido el contrato, debiendo entregar las tierras que hubieren quedado de «rastrojo» en el verano de 1978 en el plazo de veinte días y las restantes tierras, con la casa-cortijo, en el plazo de veinte días, a contar desde la recogida de la cosecha en el verano de 1979, lo que confirmó la Audiencia de Granada.

No ha lugar al recurso de revisión. La reclamación por obras y mejoras no se tradujo en reconvencción formal ni en el *petitum* se instó un pronunciamiento distinto a la simple absolución, lo que es coherente, ya que había anunciado el cultivador que se reservaba el derecho a entablar las acciones que correspondan para resarcirse del importe de las mejoras hechas en la finca, y en consonancia con ello, el Juez indica que debe hacerse, acudiendo al procedimiento que crea conveniente. En cuanto al supuesto pacto de conceder cinco años más de prórroga a cambio de despedregar la finca, la Sala ha descartado su existencia, ya que no se aporta ningún medio de prueba, sin que pueda deducirse del solo hecho de que el aparcero hubiera adquirido unos tractores con ayuda del propietario y, en cualquier caso, siempre sería lógico el juicio establecido, lo que impediría su censura en casación o revisión, como señala reiterada jurisprudencia. No se expresa qué norma reguladora de la aparcería ha sido vulnerada con la condena a la entrega por el aparcero de la finca por partes en años sucesivos ni que la desposesión se halle en pugna con ninguna costumbre, siendo incomprensible tal alegación del aparcero por lo mismo que el re-

querimiento notarial; la petición c) del suplico de la demanda y las sentencias estimatorias favorecen al cultivador, que puede completar en su beneficio el ciclo de laboreo de todas las tierras, lo que es conforme a la costumbre del lugar según pone de manifiesto la comunicación de la Jefatura Provincial de la Producción Vegetal. Por otra parte, es cuestión nueva la pretensión de amparar la prórroga en el Decreto-ley de 10 de julio de 1975, ya que la categórica expresión «contratos de arrendamientos rústicos que afecten a cultivadores directos y personales» impone descartar lo concerniente a las aparcerías, careciendo además de eficacia esta norma una vez publicada la Ley de 1980.

RETRACTO. — EL DERECHO DE PREFERENCIA SE CONCEDE TAMBIEN AL APARCERO SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA QUE HA ACOGIDO LA VIGENTE LEY DE 1980 EN SU ARTICULO 118 (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1982).

Se presenta demanda de retracto ante el Juzgado número 2 de Murcia con base en lo siguiente: en 1972 tenía en aparcería el actor unas fincas, pero fallecido el propietario en 1978, el demandado comunicó al aparcero que las fincas eran suyas. Consultado por éste el Registro, las fincas continuaban a nombre del fallecido, encontrándose que se había otorgado escritura de venta de la nuda propiedad a favor del demandado, la cual se había mantenido oculta, ya que el difunto continuaba percibiendo los productos de la aparcería de estas fincas. Tanto el Juzgado como la Audiencia admitieron esta demanda, dando lugar al retracto.

Se desestima íntegramente el recurso de casación por infracción de ley. Está demostrado que el demandante ostenta la cualidad de aparcero cultivador de las fincas y tiene por tanto el derecho de preferencia adquisitiva utilizado, pues ha existido la transmisión a título oneroso por cuanto el primitivo propietario vendió la parcela al recurrente, con reserva del usufructo mediante escritura de 14 de junio de 1974. La declaración hecha por el vendedor a presencia notarial en 22 de mayo de 1975 desdiciéndose de lo escrito en un documento privado, que decía que el actor no era el aparcero y afirmando que tiene tal cualidad el hermano del propietario, no puede prosperar, ya que el carácter público de un documento sólo puede garantizar que las manifestaciones en él contenidas han sido hechas por las partes, pero no su veracidad intrínseca, pudiendo ser combatidas por los restantes medios a que alude el artículo 1.215 del Código, y en este caso, tanto la Sala como el Juzgado quitan todo valor al aserto hecho ante el Notario, conjugando este documento con los restantes incorporados en período probatorio, entre los que cobra valor la certificación del Administrador de Correos, por la que se acredita que el actor ha enviado por giro cantidades al propietario, las que indudablemente serían producto de la venta de los frutos obtenidos en las fincas de que se trata. No puede darse ningún valor a la carta que su hermano dirigió al vendedor, en la que le anunciaba un giro por su parte en el arriendo, pues no se deduce que el remitente explotase las fincas como aparcero, lo que niega con rotundidad al prestar declaración en el proceso a instancias del recurrente, según hace notar la sentencia del Juzgado, que resalta también que el interesado era pensionista de jubilación de la Mutualidad Agraria desde 1965. El derecho

de preferencia que significa el retracto opera también en la aparcería según reiterada jurisprudencia, que ha obtenido consagración legislativa en el artículo 18 de la vigente Ley de 1980.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RETRACTO.—HABIENDOSE PACTADO EL DERECHO DE RETORNO DE LA INQUILINA, NO SE LLEVA A EFECTO POR CAUSAS IMPUTABLES AL ARRENDADOR, POR LO QUE PERTENECE A AQUELLA EL DERECHO DE RETRACTO EN LA VENTA DEL LOCAL, QUE DEBÍA HABER OCUPADO COMO ARRENDATARIA (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1982).

Habiéndose declarado la ruina de un edificio, se hizo un convenio entre los propietarios y los inquilinos para reservar a éstos un local en el inmueble a reconstruir de una superficie de 185 metros cuadrados y una vivienda en el piso primero. Posteriormente falleció el marido, siendo heredera su esposa, pero el propietario vendió los referidos local y vivienda, diciendo en la escritura que están libres de arrendatarios. Por ello la inquilina ejercita su acción de retracto ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona, que estimó la demanda, lo que confirmó íntegramente la Audiencia Territorial.

El recurso de casación por infracción de ley no tiene éxito. Se declara probado que existe el derecho de retorno de la inquilina y la venta hecha por el propietario a su hijo y esposa, así como a la hija de los mismos, de varios apartamentos, entre los que figuraban el local y vivienda que se había obligado a reservar a la inquilina, nada de lo cual se notificó a la arrendataria, que cuando tuvo conocimiento de ello, y previa consignación del precio señalado, ejercitó el derecho de retracto, que prosperó en ambas instancias, declarándose que si la arrendataria no ocupó sus departamentos se debió a causas imputables única y exclusivamente al arrendador, por no hacerle entrega de las llaves de acceso a la vivienda, no obstante el requerimiento notarial evacuado al efecto. Por tanto tenía la inquilina la condición requerida para retraer, habiéndolo hecho en tiempo y forma legal. También consta que lo arrendado antes del derribo de la casa era una vivienda y un local, pero de una extensión superficial de 185 metros cuadrados, diciéndose que esta misma extensión debía tener el nuevo, en vez de lo cual se construyeron dos locales con superficie de 100 y de 40 metros, pretendiendo cumplir el arrendador con la entrega de uno solo de ellos.

RETRACTO.—NO PROCEDE LA CASACION POR TRATARSE DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA, NO TENIENDO ADEMÁS UNA CUANTÍA SUPERIOR A LAS 300.000 PESETAS ANUALES (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1982).

Tanto el Juzgado número 1 de Barcelona como la Audiencia de Barcelona admiten el retracto ejercitado por la inquilina en la venta de una vivienda, cuya compradora había requerido a la inquilina para que deje libre la misma por denegación de prórroga por causa de necesidad.

Se desestima el recurso de casación por infracción de ley. Tanto por tratarse de arrendamiento de vivienda como por no exceder la cuantía de la renta de la cantidad de 300.000 pesetas no procede el recurso de casación, que según el artículo 135 de la Ley de Arrendamientos, reformada en 27 de junio de 1974, sólo se admite cuando se trate de locales cuya renta anual exceda de la cantidad señalada.

REVISION DE RENTA.—LA LIMITACION DE RENTAS DEL REAL DECRETO-LEY DE 4 DE ENERO DE 1978 SOLO AFECTA A LAS DEVENGADAS EN ESE AÑO Y NO A LAS QUE SE PRODUZCAN POR ACTUALIZACIONES DE RENTA QUE COMPRENDAN VARIAS ANUALIDADES (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Se arrendó un local a un Banco, conviniendo que la renta se revisaría cada cinco años. Transcurrido el segundo período quinquenal se dirigió una carta al Banco notificándole la actualización de la renta, contestando la entidad que el Real Decreto-ley de 4 de enero de 1978 limita la elevación de rentas, por lo que se entabla demanda ante el Juzgado número 1 de Jaén, que admitió la demanda, fijando un aumento de 22.211 pesetas de incremento mensual correspondiente al quinquenio 1974-78, ambos inclusive, condenando al pago de dichas sumas mensuales desde 1 de mayo de 1979. Se desestimó la apelación.

La misma suerte corrió el recurso de casación. El aumento de renta corresponde a la suma de incrementos que sufrió el índice «viviendas en alquiler» durante los años 1974 a 1978, entendiendo la entidad demandada que el único aumento que procedía, conforme al artículo 1.º, 1, del Real Decreto-ley citado, era el que correspondía a la variación porcentual experimentada en los doce meses anteriores a la fecha de la revisión según el índice elaborado por el Instituto Nacional de Estadística. Tanto del artículo 1.º del Real Decreto-ley de 1978 como del apartado 1 del artículo 15 del Decreto-ley de 17 de noviembre de 1975 y del de 8 de octubre de 1976, sólo es dable deducir que establecen una limitación del incremento de las rentas que proceda concretar al período de tiempo a que se refiere, pero no opera en el sentido de dejar sin virtualidad la cláusula de estabilización en lo que fuere aplicable a períodos de tiempo anteriores. El propio artículo 1.º del Real Decreto-ley de 1978 limita en su cuantía los aumentos que proceda hacer efectivos por pacto en las fechas entre 1 de enero y 31 de diciembre de 1978, por lo que sólo a ese período puede afectar, cualquiera que sea el momento en que se haga la revisión. Hay que tener en

cuenta que a los incrementos que correspondan por cada una de las anualidades a que la revisión se extienda se han de aplicar en favor del arrendatario los índices correctores que según las respectivas disposiciones legales a cada una de dichas anualidades correspondan. Aunque la revisión de la renta proceda en momentos posteriores a la anualidad comprendida entre 1 de enero y 31 de diciembre de 1978, le afectan respecto a dicha anualidad las limitaciones en los posibles incrementos establecidos en el meritado Decreto-ley, sancionándose la interpretación que en términos de equidad había de darse al alcance de dichas medidas cuando la revisión pactada hubiera de operar no sólo sobre la anualidad actual, sino que comprendiera períodos de mayor duración.

DESAHUCIO.—SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, YA QUE LA PROPIETARIA VENIA EJERCIENDO EL MISMO NEGOCIO CON ANTERIORIDAD A LA CESION HECHA A LA ARRENDATARIA (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1982).

En 1972 se arrendó un negocio por un plazo de cinco años, avisando con seis meses de antelación, lo que hizo la propietaria por conducto notarial. Se negó el arrendatario aduciendo su derecho a prórroga forzosa, por lo que se insta el desahucio ante el Juzgado de Peñarroya-Pueblonuevo, que lo estima íntegramente, confirmando la decisión la Audiencia Territorial.

No triunfa el recurso de casación. A tenor del artículo 3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, será menester para que haya arrendamiento de industria que el contrato verse sobre una organización económico-patrimonial preexistente y que continúe tal actividad, por lo que no resultará aplicable el régimen del arrendamiento de empresa cuando los contratantes presuponen la desaparición de la industria anterior para iniciar *ex novo* otra diferente, propiedad del arrendatario, hipótesis que no se producirá por el hecho de que éste amplíe por su conveniencia la explotación, añadiéndole un giro o negocio nuevo o introduzca sensibles mejoras en la industria arrendada. La arrendadora ejercía la actividad comercial desde 1960 y los términos del contrato eran inequívocos, expresándose que se arrienda un negocio dedicado a la venta de productos de armería, deportes y aparatos electrodomésticos, haciéndose un inventario del material y mobiliario a efectos de su devolución por el recurrente al vencimiento del contrato. El arrendatario absolvió afirmativamente la práctica totalidad de las posiciones en la prueba de confesión. Todo ello no se desvanece por las circunstancias de que las mercaderías existentes al tiempo del arrendamiento no fueran vendidas al arrendatario por los precios cargados en facturas por sus proveedores, pues era inevitable que se procediese a la venta de las mismas al arrendatario por tratarse de cosas consumibles no susceptibles de locación, dato este que no hace cambiar la fisonomía del contrato, conclusión a la que nada obsta la Sentencia de 19 de junio de 1967, única que se invoca en pro del criterio impugnatorio, ya que sus antecedentes fácticos difieren de los señalados.

DESAHUCIO DE LOCAL.—NO SE JUSTIFICA QUE EL DOCUMENTO EN EL QUE EL ARRENDATARIO SOLICITA EL PERMISO PARA INSTALAR UN TUBO DE SALIDA PARA LOS HUMOS ALTERE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE HAN DADO LUGAR A LA SENTENCIA QUE ADMITE EL DESAHUCIO POR LAS MOLESTIAS CAUSADAS POR AQUEL (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1982).

El Presidente de la Comunidad de Propietarios demanda el desahucio de la arrendataria de un local destinado a churrería por infracción del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, causando graves molestias a todos los vecinos del edificio, ante el Juzgado número 6 de Barcelona, pidiendo además la indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado apreció inadecuación de procedimiento en cuanto al resarcimiento de daños deducida en juicio arrendaticio y desestimó la demanda en cuanto a la resolución del contrato del referido local. La Audiencia confirmó la sentencia en el primero de sus pronunciamientos y la revocó en los otros, declarando resuelto el contrato de arrendamiento.

La Audiencia rechazó el recurso de injusticia notoria, ya que según la Ley de 27 de junio de 1976, contra la sentencia que dicte la Audiencia no se da ulterior recurso, sin que proceda tampoco el de casación por ser la cuantía inferior al mínimo fijado en dichas disposiciones. En consecuencia, se interpone recurso extraordinario de revisión al amparo de los artículos 1.796 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tampoco tiene éxito. Se basaba en un documento por el que el demandado pedía permiso para colocar un tubo de salida de humos a través del patio común. Pero este documento no tenía fecha, sin que se pueda probar que sea anterior a la sentencia de que se trata, la cual ya tuvo en cuenta que para la instalación del negocio de bar y churrería se solicitó el correspondiente permiso a los vecinos para colocar un tubo de humos a través del patio común, con lo que falta a éste el carácter de documento decisivo a que hace referencia el número 1 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que es esencial para poder acoger causas de revisión a su amparo según tiene proclamado esta Sala. La sentencia recurrida tiene su base en las molestias apreciadas con posterioridad a su instalación, creadora de causa de resolución, al amparo del artículo 114, causa 8.ª, de la vigente ley, con lo que la recurrente pretende tratar de alcanzar una nueva valoración probatoria, olvidando que el recurso extraordinario de revisión no es medio que autorice a proponer nuevo examen de cuestiones o extremos que ya tuvieron su lugar adecuado en el pleito, pues en cuanto se trata de una acción autónoma, encaminada a destruir la presunción de verdad que a la cosa juzgada atribuye el artículo 1.257 del Código, obliga a una interpretación restrictiva de los presupuestos que lo regulan, como ha declarado reiteradamente esta Sala.

C. R. R.

IV. FAMILIA

RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL: artículo 135, 2.º, del Código Civil, actos integrantes de la posesión de estado de hijo natural, valoración de la prueba: TERESA CONTRA FRANCISCO JAVIER (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1974).

ANTECEDENTES

I. En la DEMANDA la actora alegaba: «a) que desde los primeros meses del año 1969 mantenía relaciones amorosas con el demandado, con la ilusión por ambas partes de llegar algún día a contraer matrimonio; b) que desde el primer momento, su novio significó la *conveniencia de no hacerlas públicas, aunque, andando el tiempo, esperaba convencer a su padre*; c) que esas relaciones se hicieron íntimas, y en noviembre de ese mismo año, quedó embarazada por segunda vez, negándose a frustrar el segundo embarazo, aunque el demandado la instaba a ello; d) que a partir de entonces las relaciones fueron excelentes, hablando el novio de su matrimonio y del hijo, lo cual pudieron comprobar los amigos comunes de ambos; e) que en 24 de agosto de 1970 nació el niño y, desde entonces, el demandado le concedió el trato de hijo natural *de facto*, atendiendo a él y a su madre con cariño, y prestándole ayuda personal y material, haciéndole en alguna ocasión ingresos en la cuenta corriente de la actora; f) que el demandado, al pasar el tiempo, cambió de actitud, indicando a la actora que no podía reconocer al niño, por temor a la actitud de su padre *que podía desheredarlo —(sic)—*, y que convenía esperar; g) que cuando la actora se enteró de que el testamento del padre de ella, otorgado en Inglaterra, contenía ciertas restricciones respecto a sus hijos que no tuvieran hijos reconocidos o legitimados, le planteó a su novio la cuestión del reconocimiento del menor, negándose entonces él, porque decía, le impediría *vivir socialmente como correspondía a su linaje —(sic)—*, e incluso le dijo que pensaba contraer matrimonio con otra persona; h) que, entonces, le llamó a conciliación judicial, para que se aviniese a hacer tal reconocimiento» (1).

La demandante actuaba en su calidad de madre del menor cuyo reconocimiento solicitaba, y en el referido *acto de conciliación* había declarado renunciar solemnemente cualquier derecho que pudiera corresponderle, ejercitando solamente los derechos de su hijo menor en el caso presente.

Entre otras argumentaciones de la parte actora son aquí relevantes las siguientes: en orden a la conveniencia de no hacer públicas las relaciones, que «aunque en el círculo de amistades comunes fuese sabido, *toda vez que el padre podría oponerse por razones de tipo nobiliario que el hijo (demandado) manifestó no compartir*» (sic), y en orden a ambos embarazos que «el demandado intentó forzar la voluntad de la demandante hacia el aborto, alegando el desprestigio y escándalo familiar (sic) que se produciría en otro caso» (2).

(1) Estos hechos aparecen recogidos por el Ponente y son tomados del Considerando 1.º, apartados a) a h): subrayados míos (J. C. G.).

(2) Estos hechos no son recogidos por el Ponente en la sentencia y se toman de la DEMANDA en la extraña re-historificación efectuada por el Ponente: subrayados míos (J. C. G.).

Finaliza la demanda con la *súplica* de que se dictase sentencia por la que se declarase haber lugar a la demanda y se condenase al demandado a reconocer como hijo suyo al menor..., con todos los pronunciamientos favorables inherentes al caso.

II. En la CONTESTACION A LA DEMANDA el demandado se oponía a ella, alegando: «a) que las relaciones que había mantenido con doña Teresa... no habían sido amorosas, sino simplemente amistosas; b) que nunca había tenido la ilusión de casarse con ella; c) que, *por su desplazamiento y estancia en la India* en las fechas en que la actora dice haber quedado embarazada, no pudo haber tenido relación carnal con dicha señora y, por tanto, no podía ser el padre del niño que ella dio a luz en 24 de agosto de 1970, como lo demostraban las cartas a ella enviadas, y de ella recibidas, en aquellas fechas; d) que había ayudado económicamente a dicha señora en varias ocasiones en que ella se lo solicitó, y que los resguardos presentados se referían a *una sola ayuda* de 5.000 pesetas; e) que, precisamente, a partir de aquel embarazo, dejó de prestarle tal ayuda, *que no pasó de dos o tres envíos*, siempre de la misma cantidad; f) que la propia demandante reconoce que el demandado cambió de actitud respecto a ese invocado reconocimiento de filiación, con lo que *había interrumpido* esa posesión de estado que, de contrario, se invocaba; g) que esa interrupción la acreditaba también la visita del letrado de la actora, con la pretensión del reconocimiento *extrajudicial*» (3).

Entre las afirmaciones (negaciones) del demandado respecto de lo alegado por la actora, no recogidas extrañamente en la historificación llevada por el Ponente al Considerando 2.º, es curiosa la de que «*el padre del demandado... era demasiado llano y sencillo para atribuirle prejuicio de casta, de sangre o de linaje (sic)*, y aunque los tuviera no llegaría hasta el extremo de discriminar o seleccionar las personas a quienes sus hijos pudieran dispensar su trato o amistad» (sic) (4).

Termina con la *súplica* de que se dicte sentencia desestimando la demanda y absolviendo de ella al demandado, imponiendo las costas del juicio a la demandante.

Por el MINISTERIO FISCAL se negaron los hechos, por no constarle su autenticidad, y se suplicaba se desestimase la demanda.

III. En el trámite de REPLICA la parte actora en sus manifestaciones «reconoce que, incluso desde los primeros momentos, el demandado negaba públicamente aquella paternidad y aconsejaba a la actora que la ocultara hasta que pasase algún tiempo»..., y que «el demandado le negó tal paternidad cuando ella le indicó la necesidad del reconocimiento del menor para evitar sanciones testamentarias del padre de la demandante» (5).

En el momento de la fijación de los hechos tras la réplica, se reconoce que «el demandado, con anterioridad a la demanda y, por supuesto, a la conciliación, ha negado su condición de padre *a partir de una determinada fecha, que, sin embargo, prefería mantener oculta*» (sic) (6).

(3) Hechos recogidos por el Ponente en la sentencia y se toman del Considerando 2.º de la misma, apartados a) a g): subrayados míos (J. C. G.).

(4) Hechos no recogidos por el Ponente en la sentencia, se toman de la CONTESTACION A LA DEMANDA: subrayados míos (J. C. G.).

(5) Hechos recogidos por el Ponente en su sentencia, se toman del Considerando 6.º, apartados a) y b): subrayados míos (J. C. G.).

(6) Hecho no recogido por el Ponente, pero que se toma del *motivo* 6.º del Recurso de Casación: subrayados míos (J. C. G.).

IV. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA. De entre las alegaciones y fundamentos de la Sentencia del Juzgado son aquí relevantes las siguientes (7): el *Resultando 1.º* de dicha Sentencia —aceptado luego íntegramente por la Sentencia de la Audiencia— comienza declarando que la demanda se promovió el 27 de noviembre de 1971 y que la misma se sustenta en una serie de hechos... (8); el Considerando 1.º de dicha Sentencia —luego aceptado por la de la Audiencia— dice que «la jurisprudencia de este Alto Tribunal *ha evolucionado* hasta el punto de *imponer* el reconocimiento forzoso *siempre que se demuestre* que 'una persona es el padre de determinada criatura', y añade «la *posibilidad de aplicación* de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña en vez de la obligatoriedad de la aplicación propugnada por esta parte, y que al no haber sido respetada (*sic*) causaba la natural extrañeza». El mismo juzgador de instancia declaraba que «el niño nació el 24 de agosto de 1970 y la demanda lleva fecha de 27 de noviembre de 1971, y que, *desde* que el niño nació *al momento* de interponer la demanda, *el padre, por actos directos del mismo, lo tuvo en la posesión continua de estado de hijo natural*».

Por Sentencia de 1972 el Juzgado *da lugar a la demanda y condena* al demandado a reconocer como hijo natural suyo al menor... nacido de la demandante el día ... con todas las consecuencias legales procedentes *sin condena en costas*.

V. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL. De entre las alegaciones y fundamentos de la Sentencia de la Audiencia son aquí relevantes las siguientes (9): en el Considerando 1.º dejaba fijados los hechos de la nacionalidad inglesa de la madre, el nacimiento del niño en B. y la vecindad catalana del padre; en el Considerando 2.º efectúa una declaración de los elementos fácticos integrantes del estado posesorio en el sentido siguiente:

«a) que la prueba documental derivada de una amplia *correspondencia* entre la demandante y el demandado, representativa de que sus relaciones fueron íntimas, los *actos de éste consistentes en ayudar económicamente a la demandante desde que tuvo el hijo, y la abundante prueba testifical... resultan reveladores* de que el hijo nacido el ... hasta el momento de interponerse la demanda, *el padre, por actos directos del mismo, lo tuvo en la posesión continua de estado de hijo natural*; b) que, *aunque el demandado no supo el embarazo de la actora antes de marcharse para la India, lo conoció después de su regreso, y continuó las relaciones íntimas que con ella mantenía, las cuales continuaron después del nacimiento del hijo, y, a partir de este momento, la posesión de estado de referencia, por las manifestaciones y los actos constantes del demandado, así como la ayuda económica prestada a la demandante a partir de dicho momento, ayuda de la que, en ocasiones, queda constancia, como*

(7) Alegaciones y fundamentos no recogidos por el Ponente, pero que se toman del RECURSO, motivos 6.º, 12.º, 1.º, 7.º, 9.º y 10.º.

(8) Se exponen en este lugar los hechos presentados en el ep. I precedente.

(9) Alegaciones y fundamentos no recogidos por el Ponente en su sentencia y se toman del Recurso en los motivos 1.º, 4.º, 8.º y 11.º.

en las entregas de octubre de 1970 y un mes y medio antes... y en 5 de noviembre y 12 de diciembre de igual año...; c) que, además, *la importante prueba testifical... refuerza la realidad de la posesión de estado... tras acreditarse de hecho el reconocimiento como padre del demandado, los actos de éste cariñosos respecto al menor indicado... incluso a través de su propia prueba de confesión*, pues el demandado afirma que en enero de 1970 se entera de que la demandante, con quien mantenía íntimas relaciones, estaba embarazada, *continuando a partir de entonces las mismas y excelentes relaciones que había mantenido desde antes de marcharse a la India, a lo que se une su conducta a partir de entonces de clara ayuda económica*; y d) que *todo eso, unido a que, por sus manifestaciones dentro de su grupo social, era tenido por padre del hijo de la demandante... traduce el concepto jurídico de posesión de estado de hijo natural*» (10).

Por Sentencia de 1973 la Audiencia *confirma íntegramente* la Sentencia del Juzgado, sin condenar en costas.

VI. RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY. El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, dirigido por el letrado don Rafael Díez Llanos, basándolo en los siguientes trece motivos, que seguidamente se resumen (11):

1.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 135, 2.º, del Código Civil, por aplicación indebida: parte de los presupuestos de la vecindad catalana del demandado, la ciudadanía británica de la demandante y el lugar de nacimiento (ciudad catalana) del niño, así como de la premisa mayor de los artículos 9 y 12 del Código Civil, determinantes del *estatuto personal de los litigantes*, para llegar a la CONCLUSION de que o bien se aplicaba la legislación civil del Reino Unido (*ius sanguinis* del niño), o bien se aplicaba la legislación civil especial catalana (*ius soli* en cuanto al niño, o fuero del demandado).

Entiende que *el fallo de la Sentencia recurrida debe tener un soporte jurídico distinto al del apartado 2.º del artículo 135 del Código Civil*, soporte que habría que buscar, o en la legislación inglesa (que no había sido probada en autos, no pudiendo entrar en juego) o en dicho inciso del Código Civil *en cuanto supletorio* del Derecho especial catalán. Distingue entre la legislación civil común (Código Civi) y la legislación civil especial contenida en la Compilación de Cataluña: el Código Civil se atiene únicamente al *criterio volitivo* del supuesto padre en sus relaciones con el hijo que solicita el reconocimiento y *prescinde en absoluto del aspecto biológico de la cuestión*, y de ahí las limitaciones del artículo 135; en tanto que la Compilación catalana *no deja resquicio alguno por el que pueda filtrarse, ni como supletorio, la doctrina de la posesión de estado*

(10) Tales elementos fácticos son presentados por el Ponente en su Considerando 3.º, apartados a) a d). Subrayados míos (J. C. G.).

(11) Alguno de estos Motivos es larguísimo. Todos ellos son aquí presentados reducidos al máximo, aunque alguno por su especial interés aparece con mayor detalle. Subrayados míos (J. C. G.).

y únicamente atiende a la realidad fisiológica que incluso puede resultar decisiva.

Entiende que *este alegato no implica cuestión nueva*, ya que el problema estaba latente desde el CONSIDERANDO 1.º de la Sentencia del Juzgado, que manifiesta la posibilidad de acudir a la Compilación catalana, *dejando en el aire* la obligatoriedad o no de su aplicación. Cita Sentencias de 25 de mayo de 1944, 14 de abril de 1953 y 13 de mayo de 1961.

2.º *Complementario* del anterior, basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 9 y 14 del Código Civil, por violación, en cuanto declaran la obligatoriedad del *estatuto personal* en materia de Derecho de familia y estado, condición y capacidad legal de las personas. Si se declara *probado* que el niño nació en España su nacionalidad es española (arg. art. 14, 7.º del Código Civil), y como quiera que nació en B. (ciudad catalana), territorio foral, *obligatoriamente rige la Compilación catalana*.

El problema quedó planteado no en la aplicabilidad o no del Derecho catalán, ya que ésta se declara expresamente por el juzgador de instancia, sino únicamente en la *obligatoriedad*: y es *por no haber reclarado obligatoria* la aplicación del Derecho Foral por lo que procede este motivo.

3.º *Alternativamente con el anterior*, con idéntico apoyo, denuncia la violación del artículo 9 del Código Civil, en cuanto ordena la obligatoriedad del estatuto personal a los *extranjeros*, así como de la doctrina legal contenida en las Sentencias de 13 de enero de 1885, 14 de febrero de 1909, 1 de mayo de 1919, 29 de mayo de 1919 y 29 de septiembre de 1961, que aplican el principio de *reciprocidad* inspirador de las normas del Derecho Internacional Privado. Todo ello, para el improbable *supuesto* de que se pretendiese enervar la obligatoriedad de aplicación de la Compilación catalana en base a que el supuesto menor solicitante del reconocimiento tenga la nacionalidad *británica* de la madre (en cuyo caso no tendría por qué aplicarse obligatoriamente la Compilación de Cataluña), dado que el artículo 9 del Código Civil se extiende también a los extranjeros (12).

4.º Con idéntico apoyo legal procesal, por infracción del artículo 12 del Código Civil, por violación, dado que de las dos personas implicadas en el reconocimiento solicitado —*derecho* que se ejercita en nombre del menor y *deber* correlativo de reconocimiento— el sujeto pasivo de ese presunto deber, *el demandado, es de nacionalidad española y de vecindad catalana*.

Entiende que únicamente el Derecho civil especial de Cataluña es el aplicable y el que es adecuado para resolver la controversia planteada en esta litis: bien porque se aplica al menor la legislación *española* (artículo 17, 4.º, del Código Civil) y la regionalidad catalana (*ius soli* por el nacimiento), bien porque se le atribuya la nacionalidad *británica* propia de su madre y en tal caso ser preferente el *ius fori* del demandado.

La sentencia recurrida, al enjuiciar el tema planteado a la luz del inciso 2.º del artículo 135 del Código Civil —y no desde la perspectiva del artículo 4 del CDCC— *infringió el precepto del artículo 12 del Código*

(12) De obligada advertencia el que la cita de los artículos 9, 14 y 15 del Código Civil son en la primitiva redacción del Código Civil en 1889, ya que en el momento de la redacción del recurso no estaba todavía vigente la Ley de reforma del Título Preliminar de 1974.

Civil (13) (a cuyo tenor «*debe mantenerse el régimen jurídico, escrito o consuetudinario*», de la región catalana, *sin mixtificaciones* que resulten de la aplicación del Código Civil) de forma que el Código Civil *no* puede tampoco ser aplicado *como Derecho supletorio*, ya que una y otra legislación se ajustan a criterios diametralmente opuestos para imponer el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad.

Ciertamente en Cataluña pueden constituir *elementos de prueba* (a tener en cuenta para que la paternidad real sea declarada) *los actos determinantes de esa posesión de estado*. No cabe exigir el cumplimiento de los deberes paternos *sin tal previa declaración*: la sentencia recurrida omite todo pronunciamiento *declarativo* al respecto de la paternidad real. Cita la Sentencia de 11 de diciembre de 1953.

5.º Con idéntico apoyo procesal, por infracción, por violación, del artículo 15 del Código Civil, en relación con el principio «*inclusio unius exclusio alterius*», y la doctrina de las Sentencias de 21 de diciembre de 1945, 27 de febrero de 1956 y 17 de marzo de 1959: dado que cuando el artículo 15 del Código Civil (13 bis) declara que «para aplicar el Derecho común se necesita estar en alguno de los tres supuestos en él contemplados» es patente que las normas del Código Civil sólo podrán ser aplicadas cuando alguno de esos supuestos concurra.

Examina el estatuto personal *de cada uno* de los intervinientes en el litigio *a la luz de los tres supuestos previstos en el artículo 15*, para comprobar si alguien se encuentra en alguno de ellos que pueda permitir la aplicación del *Derecho común*: ni el demandado, ni la actora, ni el menor —verdadero titular del derecho que se ejercita, solicitando el reconocimiento—, *ninguno está comprendido* en alguno de los supuestos previstos en el artículo 15 del Código Civil.

6.º Basado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con infracción de los artículos 1.225, 1.218 del Código Civil en relación con los 512, 548 y 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por error de derecho en la apreciación de la prueba*, al no dar a los documentos privados reconocidos legalmente la eficacia probatoria de la *fecha* y del *hecho* que motiva su otorgamiento: porque la manifestación del juzgador en orden a los *actos directos del padre* constitutivos de la posesión de estado es una *declaración* de que durante más de un año (un año y tres meses) por lo menos el supuesto hijo *tuvo la posesión, sin interrupción alguna, por actos directos del padre*. Califica dicho párrafo como algo que en la jurisdicción penal se califica como «conceptos que por su carácter jurídico implican la pretedeterminación del fallo».

Trata de poner de relieve *los actos o documentos auténticos demostrativos del yerro latente en aquella aseveración*: los hechos recogidos en el RESULTANDO 1.º de la Sentencia del Juzgado (14), los hechos sentados en la Demanda y en Réplica, la certificación del Auto de conciliación (de fecha 29 de octubre de 1971), la carta de fecha 14 de julio de 1971 del letrado de la actora y los hechos recogidos como punto 5.º

(13) También este artículo 12 debe entenderse en la redacción de 1889. Debe recordarse aquí que advino su reforma en 1974, pero que su eficacia práctica devino sustancialmente distinta con la Constitución de 1978 y, en especial, el artículo 149, 1, 8, de la misma.

(13 bis) Vale lo dicho en nota 12 precedente.

(14) Véase en ep. IV precedente.

en la Demanda. Cita las Sentencias de 7 de julio de 1943, 5 de marzo de 1943 y 15 de enero de 1916.

Por todo ello, *en contra de los hechos sentados* en el pleito y de los documentos privados reconocidos, resulta innegable el error de derecho denunciado al mantener la posesión de estado.

7.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 135, 2.º, del Código Civil, por aplicación indebida, por cuanto el supuesto hijo, en el momento de la interposición de la demanda, «no se halla» en la posesión continua de hijo natural, es decir, que no la había adquirido y, en cualquier caso, la había perdido.

Independientemente de cuál sea el concepto aceptado de «posesión continua de estado de hijo natural justificada por actos directos», resulta patente que *si no resulta probado* que el hijo «se halla» en ese estado *en el momento de presentar la demanda* por lo menos tenga esa posesión artículo 135, 2.º, del Código Civil se ha aplicado erróneamente. Analiza la expresión «cuando se halle» de dicho precepto en el sentido de que *en el momento de presentar la demanda* por lo menos tenga esa posesión, por haberla adquirido y no haberla perdido. O lo que es lo mismo, por tratarse de *posesión*, habrá de ser ese momento de interposición de la demanda en el que habrá que determinar *si había adquirido* la posesión y *si continuaba teniéndola sin haberla perdido*. Intenta demostrar que *ello no ocurre* en el caso litigioso, por las razones siguientes: a) en cuanto a *la adquisición*, cita los artículos 441 y 444 del Código Civil y el RESULTANDO de la Sentencia en que se recogen los hechos de la oposición del demandado al reconocimiento, de modo que la única posesión de estado posible era *en contra* de la voluntad del supuesto padre y *ello por actos meramente tolerados* luego negados expresamente. b) En cuanto a *la pérdida*, cita el artículo 460, 4.º, del Código Civil y arguye que tal posesión de estado no se adquiere frente a terceros sino frente al padre, razón por la cual exige precisamente del mismo los actos *directos*; dice que desde el nacimiento (24 de agosto de 1970) a la fecha de la carta del letrado de la actora (14 de julio de 1971) no había transcurrido el año, y aunque se admitiese una posesión *inferior* al año también se tendría que admitir la rotunda *oposición* a la posesión de estado del supuesto hijo por el supuesto padre desde el 14 de julio de 1971 hasta la fecha de la Sentencia de la Audiencia y del recurso, «*oposición que seguirá mientras no sea firme y eficaz la sentencia, y aun después, pues el artículo 5 del CDCC permite la impugnación de la filiación natural —máxime si ésta no está acreditada mediante la paternidad biológica que es la allí seguida—, en el mejor de los supuestos sólo lo estaría a través de una posesión ante un grupo reducido de amigos y sin conocimiento de la familia, ante la que no caben faroles ni machadas como con los amigos, y en cuya casa y bajo cuya obediencia continúa viviendo el demandado junto con sus padres y hermanos*» (sic) (15).

8.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 135, 2.º, del Código Civil, en cuanto que el concepto jurídico de la posesión de estado de hijo natural requiere

(15) Todo este párrafo no tiene desperdicio: a la velada amenaza de acudir *después del litigio* (sic) a la Compilación Catalana van unidos la clara referencia a la dependencia familiar del demandado como si fuera un menor y un sabor 'camp' delicioso: subrayados míos (J. C. G.).

la condición de «continua» para que el presunto padre sea obligado a reconocer al hijo.

El Tribunal *a quo* ha infringido el artículo 135, 2.º, del Código Civil al haber interpretado erróneamente *el momento a partir del cual* había de comenzar a contarse la continuidad de la posesión, momento que *única-mente* puede ser el nacimiento del hijo (24 de agosto de 1970). Infringe también el precepto en cuanto al requisito de «continua», ya que a partir del nacimiento del hijo *no hace una declaración de continuidad de reconocimiento*, y los mismos *testigos* confirmaron esa discontinuidad.

9.º Basado en idéntico apoyo procesal, por infracción por violación del artículo 1.214 del Código Civil, en relación con el principio *actore non probante reus et absolvendus* recogido en las Sentencias de 27 de abril de 1842, 14 de octubre de 1876, 24 de abril de 1896 y 4 de enero de 1965.

Dice que *la prueba* sobre la posesión de estado *debe ser total y absoluta*, por ser materia de orden público, y en cualquier caso esa posesión de estado viene a sustituir nada menos que a la prueba directa de la paternidad. Dice ser patente que *no existe una prueba directa* de esa posesión de estado, *sino solamente unos hechos de los que se deduce por presunciones* la posesión de estado, por lo que el juzgador —ante la falta de pruebas directas— en vez de examinar la actividad contraprobatoria del demandado para enjuiciar las practicadas, debió absolverle sin más trámites, y al no haberlo hecho así se produce la infracción denunciada.

10. Basado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por error de Derecho en la apreciación de la prueba de confesión*, infringiendo por violación el artículo 1.233 del Código Civil.

Parte de lo dicho por la Audiencia en su CONSIDERANDO 3.º en cuanto a las relaciones íntimas entre actora y demandado, y arguye que «para interpretar *la respuesta* —como lo hace la Sala *a quo*— *en el sentido de que* (después de regresar de la India... y sabedor del embarazo...) *continuaron* los contactos de tipo sexual, *es necesario truncar la respuesta del último y dar como cierta la pregunta*, sin el aditamento aclaratorio de que ni antes ni después del viaje a la India tuvieron esas relaciones más alcance que el de una corriente amistad» (*sic*) (16). O lo que es lo mismo, dada la fecha del nacimiento del niño, existe la imposibilidad de que el demandado sea su padre.

Por otro lado, infringe la sentencia recurrida el artículo 1.233 del Código Civil, por cuanto «si bien *esta circunstancia en su apreciación es intrascendente por referirse a situaciones anteriores al nacimiento*, cuando la sentencia (CONSIDERANDO 3.º) añade que tales relaciones *las mantuvo incluso después del nacimiento del niño*», está emitiendo un *juicio previo de cuáles eran* esas relaciones.

11. Basado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por error de Derecho en la apreciación de la prueba*, por infracción por violación del principio de valoración probatoria mantenido en las Sentencias de 26 de mayo de 1920, 7 de diciembre de 1927 y 8 de febrero de 1971.

Aduce que el CONSIDERANDO 3.º de la Sentencia recurrida —único que contiene los *elementos fácticos* de esa posesión de estado— ha obte-

(16) La presentación hecha por el Ponente del Recurso y sus motivos es aquí seguida fielmente, pero cabe observar fácilmente que *no se sabe cuál es la pregunta en cuestión*: subrayados míos (J. C. G.).

nido tales elementos no a través de pruebas directas sino con presunciones. Admite como criterio general que las presunciones son válidas como elemento probatorio, pero «*cuando, como en el caso presente, están prohibidas las presunciones (sic)*», existe una infracción legal en la formación del juicio del juzgador»: o lo que es lo mismo, en materia de *estado posesorio*, al estar prohibida (*sic*) la prueba de presunciones, el Tribunal Supremo está facultado para comprobar el principio de que «lo que no está en los autos no está en el mundo». Dice ser patente que se ha hecho uso por el juzgador de la prueba de presunciones.

Dice que este motivo es procedente: 1.º) porque, como cuestión indiscutible, en la resolución impugnada no se contiene una declaración de hechos probados en las sentencias ni se hace un apartado sobre los medios probatorios, en contra de lo que exige el Tribunal Supremo; 2.º) porque es patente que cualquier declaración no plenamente probada por algún medio de prueba concreto sólo puede declararse probada a través de las deducciones que se establezcan del conjunto de las restantes pruebas, con la pretensión del enlace preciso y directo que todas constituyen a lo largo del pleito, *constituyendo en su conjunto una presunción*. O lo que es lo mismo, *toda apreciación en conjunto de las pruebas constituye una prueba de presunción*, apreciación que será *necesaria* cuando el hecho que se pretende declarar no se encuentra probado plenamente por cualquiera de los medios probatorios. Sentado lo anterior, *es patente que el Tribunal sentenciador —al no hacer una declaración de hechos probados con las medidas probatorias— es porque está haciendo uso de la prueba de presunción mediante la apreciación en conjunto*.

Se refiere al CONSIDERANDO 3.º de la Sentencia de la Audiencia impugnada y a la fundamentación de la misma en las pruebas practicadas, y a ello opone: a) en cuanto a la prueba de *confesión* —que haya sido desarrollada en motivo independiente— hace constar que a la vista del contenido de la confesión *no existe manifestación directa alguna en el sentido de mantenerse relaciones íntimas* y tan sólo pudo quedar ello acreditado *por presunciones*; b) en cuanto a la prueba *documental*, lo único que viene a demostrar es el abono de una cantidad de dinero en la cuenta de la demandante, se trata de un mero ingreso y nada más, y el interpretarlo en el sentido de que ese ingreso *no era una remuneración por los servicios prestados (sic)* o una devolución de un préstamo o cualquier otro concepto, *sino que precisamente era para ayudar a la actora para atender a la manutención del niño*, no sólo *es una presunción*, sino, además, es inadmisibles por faltar ese *enlace directo* exigido, dado que existen varias soluciones o explicaciones de esa entrega de dinero sin necesidad de ser ayuda; c) en cuanto a la prueba *testifical*, pone de relieve la prevención del artículo 1.248 del Código Civil como una advertencia general, máxime cuando en los otros dos únicos supuestos contemplados en el artículo 135 del Código Civil se exige un escrito indubitado firmado por el padre o sentencia penal firme, y si a ello se añade que esos testigos «constituían el grupo de amistad de la actora» —así en el propio CONSIDERANDO— basta alegar el artículo 660, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil para llevar a la imposibilidad de tenerlos en cuenta, y en cualquier caso nunca podrá confundir la *fuerza probatoria* con el *contenido* probatorio y por mucha fuerza probatoria que se quiera

dar a los testigos éstos nunca podrán ir más allá de lo que realmente dijeron y de la razón de ciencia de su dicho. Así, la afirmación del juzgador es también una *presunción*, ya que ninguno de los testigos declara que de una manera continuada y sin interrupción fuese el deseo del demandado que ese supuesto hijo fuese considerado y tratado como tal, sino solamente que él se había creído, recién llegado de la India, la afirmación de la actora de ser el padre y que al poco tiempo después dejó de creérselo por encontrar que el supuesto hijo carecía de parecido paternal alguno (sic) (17).

12. Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por interpretación errónea del artículo 135, 2.º, del Código Civil.

En el *motivo 11* precedente se ha impugnado el estado posesorio atribuido a través de las pruebas. En el *motivo presente* se pretende impugnar el concepto jurídico de la posesión de estado contenido en el artículo 135, 2.º, del Código Civil; ese concepto jurídico ha de ser obtenido a la luz de la propia ley sustantiva civil, por lo que pasa a comparar ese concepto jurídico contenido en el final de la Sentencia recurrida en su CONSIDERANDO 3.º —que a su vez se remite al concepto fijado en la de primera instancia— con el concepto establecido en el artículo 135, 2.º, del Código Civil y demás artículos concordantes, para, dando primacía a este último en caso de discordancia, llegar a la conclusión de que se ha interpretado erróneamente dicho precepto. Así, el yerro de hermenéutica es bien patente, al decir la Sentencia del Juzgado en su CONSIDERANDO 1.º que «la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha evolucionado hasta el punto...» (18). Y sigue diciendo que *ni ha llegado hasta ese punto la evolución de la doctrina de esta Sala, ni podía llegar partiendo del sistema —abiertamente opuesto a la investigación de la paternidad— inspirador de la Base 5.ª de las que precedieron al Código y que aún campea en los supuestos 1.º y 2.º del artículo 135 del Código Civil (sic)* (19). Sistema éste del Código que bien pudo haber eludido la parte actora acogiéndose al artículo 4 del CDC, pero sin duda, ante el temor de la verdad biológica, lo quiso eludir (20). Añade que hay que hacer una cita de las sentencias aplicables al caso, para así determinar no sólo que exista alguna, sino si su contenido es aplicable al caso presente.

Se refiere a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1945 y las en ella contenidas, que fijan la doctrina jurisprudencial aplicable, en la tesis del recurso, y en la que se exige que los actos reveladores de la posesión de estado muestren una 'voluntad firme, espontánea, resuelta', una 'constancia y perseverancia en el ánimo', 'sin que sea lícito derivarla de actos que en mayor o menor grado puedan revelar el convencimiento de una persona respecto a su paternidad'.

Presupuesta la diferencia entre que una cosa es la paternidad en cuanto a los hijos naturales y otra cosa es la intención de tenerlos en la po-

(17) Párrafo tremendamente revelador de la psicología del demandado presunto padre, que cree serlo, pero que deja de creérselo por no encontrar 'parecido' al niño de escasos meses...

(18) Véase anteriormente en ep. IV.

(19) Esta argumentación contenida en el párrafo transcrito podía ser tomada en serio en el siglo XIX, pero no es exacta ni es verdad. Increíblemente esto fue escrito en 1973... y, al parecer, creído por el Ponente.

(20) Este párrafo no deja de ser una sutil *presunción*, que, en mi opinión, aparece decisiva en la mente del Ponente.

sesión de tal estado de hijo natural, y partiendo de las *dilaciones* y de la *conducta indecisa* del demandado —recuerda que no es lícito confundir posesión natural y posesión civil—, concluye que *tampoco es lícito confundir* los actos que pudieran revelar más o menos la *prevención* o el *convencimiento* de una persona sobre su paternidad con relación a los hijos naturales con los actos que demuestran su *propósito de poner* a estos hijos en la posesión de tal estado.

Concluye que *en el caso de autos se está a lo sumo en una posesión natural del estado de hijo natural*, porque —si los actos que la demuestran han de ser *directos* y han de provenir del padre, y si la propia madre demandante reconoce que desde el principio de sus relaciones el demandado las quiso mantener en secreto y que sobre todo siempre se opuso a un reconocimiento que pudiese poner a ese supuesto hijo en la posesión de tal estado— *no se puede pretender que su intención o propósito* era abiertamente el tener a ese supuesto hijo en el estado de hijo natural. Añade que es reiterada y constante la doctrina de que *la posesión civil o mera detentación (sic)* si no va acompañada de la *intención de tenerlo* como tal hijo *no es válida para ganar la posesión*, por lo que concluye que es obvio que *la conducta del demandado* respecto a ese supuesto hijo —al *no tener la intención* de tenerlo como tal— no ha ganado la posesión, y por lo tanto es intrascendente esa posesión natural.

13. Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación por aplicación indebida de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1935* (es la única citada en el Considerando tercero de la Sentencia del Tribunal *a quo*), porque: 1.º, su *contenido* no puede tener una mayor trascendencia, ya que se trata de una sola sentencia y no puede considerarse como doctrina legal; 2.º, de la lectura de la misma se observa que *su contenido sobre el estado colectivo de conciencia no puede ser el de pleno 1963 (sic)* (21), ya que ello nos lleva a antes de la guerra; 3.º, ese supuesto concepto de «estado colectivo actual» para obtener el reconocimiento forzoso *ha quedado modificado* a partir de sentencias posteriores, entre otras, *la de 3 de julio de 1945*; 4.º, según se desprende de la relación fáctica de la sentencia referida, en ella —*por haber fallecido el supuesto padre*— se ignoraba su opinión sobre la condición de hijo natural, y no era como en el caso presente en que el supuesto padre vive y se opone a dicha pretensión con cuantos medios están a su alcance; 5.º, en aquella sentencia, *desde el nacimiento del hijo a la declaración del estado posesorio, habían pasado varios años detentando esa posesión*, y no era como en el presente caso, en el que *sólo han transcurrido unos meses* desde el nacimiento, pasados los cuales el padre presunto se ha negado rotundamente.

VII. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—El Alto Tribunal, siendo Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, establece la siguiente decisión en sus once Considerandos:

1.º Que la representación legal del menor... con apoyo en el párrafo 2.º del artículo 135 del Código Civil, pidió que se declarase judicialmente

(21) Así aparece en la redacción de la sentencia: supongo que se quiere referir al año 1936, pues en otro caso el argumento aparece absurdo, vacío y sin sentido.

que dicho menor era hijo de ella y del demandado, alegando fundamentalmente... (22)

2.º Que el demandado... se opuso a la demanda, alegando a su vez... (23)

3.º Que la sentencia impugnada, para fundar su tesis condenatoria, sostiene... (24)

4.º *Que aunque nuestro Código Civil —a diferencia de otros extranjeros— no define la posesión de estado de hijo natural ni señala cuáles son los actos que la determinan, sin embargo, tanto los autores patrios como la jurisprudencia están acordes en comprenderlos en tres grupos bajo los epígrafes de 'nomen, tractatus, fama', de los cuales los dos últimos son los que tienen especial relieve, ya que manifiestan la continuidad —requerida por el art. 135— y la publicidad —exigida para la posesión civil en el art. 1.941 y en las Sentencias de 24 de noviembre de 1941 y 3 de julio de 1945—, señalando como tales actos reveladores de la voluntad del padre, entre otros, los siguientes: alimentarle, tenerle en casa, bautizarle, educarle como hijo, proporcionarle medios incluso de recreo; es decir, los mismos que de manera general y amplia relaciona el Código francés (24 bis).*

5.º *Que contra la apreciación probatoria en que la sentencia se basa alza el recurrente los siguientes motivos (25): a) el noveno... b) el undécimo... c) el sexto... y d) el décimo...*

6.º *Que efectivamente, y con graves errores de apreciación probatoria, con violación de los cánones valorativos de la prueba que le vinculan en determinado sentido, pues contrariamente a lo que tal sentencia proclama en autos está evidenciado que la supuesta posesión de estado que se invoca no fue pública, ni continuada, ni duró todo el tiempo que se le asigna; y este error lo demuestran... (26), es decir, que tal alegada posesión de estado no fue nunca pública, sino clandestina, y que incluso esa clandestinidad duró mucho menos tiempo del que erróneamente afirma la sentencia.*

7.º *Que el recurrente, además de atacar la apreciación probatoria..., también combate la sentencia recurrida atribuyéndole aplicación indebida del artículo 135, párrafo 2.º, del Código Civil... (27).*

8.º *Que, efectivamente, y como el recurrente sostiene, el precepto aplicado por los juzgadores de instancia para fundar su tesis condenatoria exige unos supuestos de hecho que en el caso de autos no han ocurrido, puesto que los actos que se imputan al demandado como reveladores de que consentía aquella atribución de paternidad sólo fueron realizados ante un reducido núcleo de amigos y durante un corto espacio de tiempo que, según se reconoce por la propia actora... y todo ello aparece reflejado en autos, donde consta..., por todo lo cual hay que afirmar que se ha infringido el precepto invocado, lo cual provoca la*

(22) Recoge el Ponente los hechos referidos en ep. I, ap. a) al b).

(23) Recoge el Ponente los hechos consignados en el ep. II precedente, ap. a) al g).

(24) Recoge aquí el Ponente los argumentos presentados antes en ep. V, al reseñar la Sentencia de la Audiencia Territorial.

(24 bis) *No nos dice cuál es el artículo o norma del Código francés aludido: a mi juicio solamente puede ser el nuevo artículo 340, 5.º, tras la reforma del Code por la Ley de 3 de enero de 1972.*

(25) En este Considerando el Ponente presenta en esquema muy resumidos los motivos 9.º, 11.º, 6.º y 10.º, que antes se han reseñado en ep. VI.

(26) El Ponente recoge aquí las argumentaciones consignadas anteriormente en la REPLICA, ep. III: la carta del letrado de la actora y la certificación del acto de conciliación.

(27) El Ponente resume aquí los argumentos de los motivos 7.º y 8.º

estimación del motivo del recurso en que tal infracción se acusa, con las consecuencias legales inherentes a tal estimación (28).

9.º *Que la estimación de los motivos del recurso que quedan examinados (29) hace ya superfluo el estudio de los restantes, porque, fuese cual fuese su resultado, no habría de variar el fallo casacional que la estimación de aquéllos impone.*

10. *Que, ello no obstante, y por lo que respecta a los cinco primeros motivos del recurso, conviene puntualizar que, aunque los problemas que se plantean en cada uno de ellos parecen constituir alegaciones meramente jurídicas que, con arreglo al principio de Derecho 'da mihi factum, ego dabo tibi ius', podrían ser invocadas en cualquier fase del proceso e incluso estimadas de oficio, sin embargo, ello no es así, ya que cualquiera de aquellas invocaciones jurídicas exige unos supuestos de hecho que tienen que ser alegados por quien los realice y, en tal sentido, integran cuestiones nuevas que no pueden ser examinadas en casación —conforme a lo dispuesto en el número 5 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, que debieron ser invocados en momento oportuno para que la contraparte pudiera impugnarlos e incluso justificar los hechos que tendiesen a enervarlo; tal ocurría con la alegada calidad de aforado del menor del demandado (sic) (30).*

11. *Que, en último término, aún cabría añadir: 1.º) que no todos los foralistas están conformes en la no vigencia en Cataluña de los preceptos contenidos en los párrafos primero y segundo del artículo 135 del Código Civil, y que, aunque lo estuvieran, su opinión no sería invocable en casación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 729, 10 (sic), de la Ley de Enjuiciamiento Civil (31); y 2.º) que la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, si bien permite la investigación de la paternidad, incluso después de muerto el padre presunto, y no limita los medios de prueba, ni exige que la acción se apoye en manifestaciones de voluntad expresas —escritos indubitados— o presuntas —actos que impliquen posesión de estado—, en cambio no prohíbe que cuando ellas existan puedan ser utilizadas con preferencia a la libre investigación si de su utilización se espera lograr más fácil o mejor resultado.*

FALLO: Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado.

SEGUNDA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: Por los razonamientos de la sentencia de casación de esta fecha, y **CONSIDERANDO:**

1. *Que, no resultando acreditado que el menor ..., hijo de doña ... (actora), nacido el día ..., hubiese adquirido y gozado de la posesión de*

(28) El Ponente resume aquí las alegaciones de la demandante y las pruebas practicadas. Curiosamente no nos dice cuál es el motivo que dice estimar: a mi juicio, solamente puede serlo el 7.º

(29) No deja de ser curioso que este Ponente, de por sí siempre prolijo y detallista, no nos diga cuáles son estos motivos que dice estimar: entiendo que implícitamente se refiere a los motivos 9.º, 11.º, 6.º, 10.º, 7.º y 8.º

(30) Así viene en la propia sentencia. Ahora bien, esto que dice no tiene ningún sentido. A mi modo de ver, lo que parece que debe querer decir es 'el menor demandante' o 'el supuesto hijo menor del demandado' u otra frase similar.

(31) Así en la propia sentencia. Parece un error mecanográfico. No puede referirse al artículo 729 LEC, sobre los juicios verbales, que sólo tiene un párrafo. Entiendo debe tratarse sin duda del artículo 1.729, 10, LEC, en la redacción de 1881, que prevenía que *«el primero de los fallos formulados en el artículo anterior (se refiere a la declaración de no haber lugar a la admisión del recurso) se dictará: ... 10.º Cuando se citan como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto o las opiniones de los jurisconsultos a que la legislación del país no dé fuerza de ley»:* subrayados míos (J. C. G.).

estado de hijo natural de don ... (demandado), no procede condenar a éste a su reconocimiento como tal hijo natural.

2. Que no es de apreciar temeridad en la parte a efectos de costas.

FALLAMOS que *debemos desestimar y desestimamos la demanda* deducida por doña ... en nombre del menor ... contra don ... *sobre reconocimiento de hijo natural*, tramitada con intervención del Ministerio Fiscal; y, *en su consecuencia, que debemos absolver y absolvemos a dicho demandado, sin hacer declaración sobre las costas de ambas instancias.*

COMENTARIOS

I. UNA INTRODUCCIÓN PREVIA

La primera cosa que suscita la lectura del íntegro contenido de la sentencia precedente es la de una notable *perplejidad*. Perplejidad derivada de la 're-historificación' efectuada por el Ponente, cuya manera peculiar de presentar en cada caso el supuesto debatido se venía caracterizando por una enorme prolijidad y un meticuloso examen de los hechos habidos y/o probados hasta el punto de que en la mayoría de las sentencias de este Ponente los llamados «considerandos» podían ser *vaciados de facto* al colocar cada cosa en su sitio respectivo. Perplejidad que en el caso de autos es más notable, ya que la sucesión de hechos producidos *ya no se extrae tan sólo* de la previsible inclusión en los Considerandos de la sentencia, sino que hay que proceder a su extracción *de aquí y de allá* a lo largo de esa re-historificación presentada por el Ponente.

La segunda cosa que me suscita esta sentencia, consecuencia a su vez de la impresión inicial aludida, es la de la *extrañeza*. Extrañeza causada por este nuevo e inhabitual *proceder* metodológico del Ponente, que conduce a la pregunta lógica de ¿por qué? Es decir, ¿cuáles de los hechos elegidos en este litigio son los dignos de ser tomados en consideración? ¿Solamente los de los Considerandos? ¿Los desperdigados por entre la maraña de escritos, argumentos de las sentencias de 1.ª y 2.ª instancia, motivos del recurso de casación? A la hora de la verdad, y contando con la importancia de la *reconstrucción de los hechos* del pleito o antecedentes, la historia 're-presentada' ¿será la que figura en los Considerandos de la sentencia, será la que yo he elaborado a partir de la fragmentación encontrada? Queda en pie esa duda de cuál era la verdad *histórica* en este pleito.

La tercera cosa es la curiosa presentación *sociológica* del caso de autos, con una gama de particularidades notables que lo enmarcan para ser diferenciado de otros supuestos similares, como, por ejemplo, el haber ocurrido los hechos en una enorme ciudad de Cataluña, dentro de un *ambiente económico-social* muy elevado (la familia del demandado —presunto padre— tenía resonancias nobiliarias) (32) y precisamente *ante un grupo muy reducido* de personas (33). Toda esta serie de *particularismos*,

(32) En el habitual resumen inicial de esta sentencia propio de esta REVISTA y en la presentación de los hechos se han eliminado intencionadamente los apellidos, siendo sustituidos ambos litigantes —presuntos padre y madre— por sus respectivos nombres de pila.

(33) Este inciso aparece intencionalmente subrayado, dado el especial tratamiento que a este punto se dio tanto en el Recurso como en los Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo.

contrariamente a lo que cabría pensar, *habían sido tenidos muy en cuenta*, con una notable dosis de *inmediatividad* procesal, por el Juzgado de 1.ª Instancia y por la Audiencia Territorial.

La cuarta cosa a observar es el *ámbito personal* de ambos litigantes: ella, la actora, de nacionalidad *británica* y de cierta posición social (al parecer), y él, el demandado, aparte de su pertenencia a determinada familia o linaje prestigioso, inmerso en una problemática social juvenil muy en boga a finales de la década de los años sesenta. Si en este momento y lugar cupiera el recurso a un *símil histórico retrospectivo*, yo diría:

«... Corrían los últimos años de la década de los sesenta. En todo el mundo occidental se había producido una explosión juvenil, preparada por nuevas modas en vestidos, peinados, actitudes vitales, propiciada por el movimiento *hippy* y que tenía su culminación en la revolución del mayo francés de 1968, en la protesta generalizada contra la guerra del Vietnam y, sobre todo, en la gran apertura musical de «The Beatles».

En la España oficial de aquellos años se intentaba controlar por todos los medios los efectos de esta explosión juvenil a nivel mundial. La monolítica radiodifusión estatal prohibía, inútilmente, la difusión de la música «peligrosa» para la salud moral de la juventud española, pero *de facto* la implantación entre los jóvenes españoles de la nueva música *pop* de los jóvenes melencólicos ingleses era total y absoluta. Pero no sólo era una música importada: había también toda una nueva filosofía de la vida, unas actitudes humanas nuevas, unos efectos nuevos no previstos: el culto a la no violencia, el rechazo de toda guerra, una nueva forma de entender el amor... Con la importación de la música de «The Beatles» llegaba también el re-descubrimiento de la cultura y música de la India, con el *sitar* de Ravi Shankar (34), convertido en el nuevo *guru* musical, tras el aprendizaje que con él hiciera el beatle George Harrison. Todo lo oriental estaba de moda: música, flores, incienso, yoga... Había que ir al *reencuentro* de uno mismo, luchando contra todo tipo de violencia... Había que ir a una nueva forma de amar, sin egoísmos, con entrega recíproca, sin formalismos... y, sobre todo, había que ir a la India...» (35).

Con el recurso retro-histórico utilizado he pretendido hacer un resumen globalizado de *lo que podía ser* un ambiente juvenil de aquellos años con una cierta dosis de 'progresía' implícita. Por supuesto que se trata de *un recurso* y de una *descripción genéricas*, en la que el 'ambiente

(34) Puede afirmarse rotundamente que los fenómenos de audiencia de músicos por enormes masas juveniles comenzaron con 'THE BEATLES' y con RAVI SHANKAR: este último, con su encubrimiento en USA en 1967, propició las grandes concentraciones juveniles de Monterrey, San Francisco y, sobre todo, Woodstock, que registró —según las crónicas de entonces— «la mayor audiencia jamás conocida en la Historia de la Música».

(35) Creo que este *símil* que me he permitido utilizar en este lugar podrá ser perfectamente entendido por aquellos lectores comprendidos entre los treinta y los cincuenta años. Por supuesto, y de ello soy consciente, esta descripción y este marco podían y debían ser mucho más amplios, las connotaciones sociológicas podrían incrementarse..., pero no es éste el momento ni el lugar adecuados. Baste ahora este recurso retórico.

especial' de ambos litigantes en la gran ciudad podría muy bien ser enmarcado sin problemas. No digo que el supuesto de autos encaje de pleno en un ambiente tal, pero creo que *no sería nada descabellado el suponerlo*. Como una última reflexión final en este punto, notar la incidencia de la *elevada posición social del demandado*, dado que muy pocos españoles podían en 1969 viajar al extranjero, mucho menos hacer un largo viaje a la India, y muchísimo menos permanecer en la India varios meses...

La quinta cosa a anotar radica en la dimensión *normativa* del caso, con la referencia a la inacabable problemática del antiguo artículo 135 del Código Civil y su conexión con el Derecho catalán: ¿Cuál era la correcta normativa aplicable al caso?

Hechas estas consideraciones preliminares, voy a apuntar algunas someras reflexiones en estos puntos: la prueba de la paternidad, la posesión de estado, la valoración judicial de la prueba, el cotejo entre varias Sentencias del mismo Tribunal Supremo y la dependencia familiar.

II. EL TEMA DE LA PRUEBA DE LA PATERNIDAD

La dimensión *normativa* del tema conducía a distinta consecuencia, según fuera la norma a aplicar: de un lado, el antiguo *artículo 135 del Código Civil* en sus dos conocidos números exigía, o el escrito indubitado, o la posesión de estado; de otro lado, los *artículos 4 y 5 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña* admitían toda clase de pruebas. De donde se sigue la importancia de la normativa a aplicar en el caso litigioso: de elegirse la norma del Derecho del Código Civil, más restrictiva en la materia, había que pechar con la carga de la prueba, siempre dificultosa y máxime dentro de los estrechos cauces del escrito indubitado o de la posesión de estado; de elegirse la norma especial catalana, la prueba estaba más facilitada.

Al haberse decantado la *demanda* por la norma del *Código Civil*, era lógico que la prueba fuera más difícil y objeto de una mayor atención especial por el juzgador en cada instancia. Ahora bien, *una cosa es* la difícil opción de la demandante al elegir la normativa y *otra cosa es* la prueba *biológica*: el enlazar ambas ideas es una maniobra muy sutil del *Recurso (Motivo 12)* que no deja de ser una mera suposición, aunque entiendo que debió influir decisivamente en la mente del Ponente. Ello, aunque en la Sentencia *no se alude para nada* a ese Motivo 12 en los Considerandos.

Todo el *planteamiento del Recurso* es muy hábil, comenzando con el ataque global contra la aplicación de la normativa del Código Civil en los cinco primeros motivos. Que la naturaleza de las cosas llevaba a la exigencia del estatuto *personal* parece evidente, que la violación de los artículos 9, 14 y 15, y 12 del Código Civil era constatable parece también claro, que la normativa a aplicar *debía haber sido* la catalana era previsible ... *pero todo ello eran cuestiones nuevas* no susceptibles de ser tratadas en casación.

Por lo expuesto, considero acertada la postura del Ponente al *rechazar* los dichos cinco motivos primeros del Recurso en el *Considerando 10*

basándose en el artículo 1.729, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (36). Lo que no deja de ser curioso es ese interés del Ponente por aludir de alguna manera a la legislación catalana cuando acaba de rechazar todos los motivos que a ella se refieren, y así el *Considerando 11*, último, no deja de ser un mero *obiter dicta* (37) que, pese a ello, no deja de plantear dificultades a los intérpretes, sobre todo a los catalanes. Por ello, creo oportuno citar aquí a los más representativos de ellos en cuanto al punto de la *prueba* de la paternidad, lo que se hace seguidamente. Para cerrar este tema, no hay que perder de vista que el señor Ponente se refiere expresamente —sin citarlos— a los motivos 1.º y 4.º en los dos apartados 1.º y 2.º de este Considerando 11, pero *nada dice* de los motivos 2.º, 3.º y 5.º en relación con el estatuto personal.

Finalmente, la más reciente y autorizada *doctrina catalana* se ha referido a esta Sentencia, aunque siempre algo de pasada y sin darle excesiva importancia. Parece claro que en el Derecho catalán siempre hubo mayores facilidades para la admisión de toda clase de pruebas en orden a la admisión de la paternidad o maternidad ilegítimas (38), siguiendo con ello su mejor tradición jurídica. Muy agudamente pudo escribir CASALS COLLDECARRERA que «de lo que se trata *en esencia* es determinar si se concede al hijo una amplia libertad de investigación de la paternidad biológica, o si, por el contrario, en plena hipocresía jurídica, de lo que se trata es *únicamente de conceder al hijo la posibilidad de una declaración confirmatoria de UNA APARIENCIA SOCIAL DE PATERNIDAD DE QUE GOZA LA POSESION DE ESTADO COMO TAL HIJO, POR ACTOS DEL PRESUNTO PADRE, absolutamente independiente de la verdad biológica*» (39). Así centrado el tema, todos los autores catalanes están de acuerdo en que cabe la prueba biológica de la paternidad en el Derecho catalán, a diferencia del Código Civil. Queda tan sólo en pie el punto referente a la prueba *jurídica* de la paternidad, o de otra manera, si cabe la compatibilidad o coexistencia de las normativas de la Compilación y del Código Civil (art. 135). Para ROCA SASTRE, la declaración judicial de paternidad o maternidad ilegítimas admitida por la Compilación catalana *EXCLUYE la aplicación en el Derecho civil catalán de lo dispuesto en los artículos 135, 136, 1.º; 137 y 139 y siguientes del Código Civil* que regulan el llamado reconocimiento forzoso u obligado de los hijos ilegítimos..., *MAS NO EXCLUYE la aplicación de los antes citados artículos del mismo Código Civil EN CUANTO REGULAN el reconocimiento voluntario* de los hijos ilegítimos que reúnan la condición de hijos naturales» (40); para PINTÓ RUIZ, «lo que el exégeta, en fin, debe advertir y puntualizar es que *estos medios de prueba —escrito indubitado y posesión de estado— pueden ser bastantes para producir la con-*

(36) En la redacción de 1881 decía este artículo 1.729, 5.º, LEC: «... 5.º Cuando la ley o doctrina citadas se refieran a *cuestiones no debatidas* en el pleito».

(37) De la misma opinión son PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS: *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, tomo II, Barcelona, 1979, pág. 433: «Últimamente la Sentencia de 17 de mayo de 1974 —*acaso como declaración meramente incidental*— dice sin hacer distinciones que la Compilación catalana permite el principio de investigación de la paternidad incluso después de la muerte del padre presunto». Subrayado mío (J. C. G.).

(38) Véase CASALS COLLDECARRERA: «La investigación de la paternidad natural en el Derecho Civil de Cataluña», en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, enero-diciembre 1966; POU DE AVILÉS: «Investigación de la paternidad», en *Revista Jurídica Catalana*, 1968, abril-junio, pág. 311, y ROCA SASTRE: «La investigación de la paternidad o de la maternidad ilegítimas», en la obra *Estudios de Derecho Civil Especial de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, tomo I, págs. 41 y ss., y allí la cita detallada de los anteriores citados.

(39) Véase CASALS: *Op. cit.* Subrayados míos (J. C. G.).

(40) Véase ROCA SASTRE: *Op. cit.*, pág. 68. Subrayados míos (J. C. G.).

vicción —con otros medios— de la existencia de la paternidad biológica, que es la que en Cataluña interesa para atribuirle la jurídica, pero tales medios no son los únicos admisibles, ni producen un efecto excluyente de los demás. Hoy, repetimos, son admisibles toda clase de medios de prueba, y hay que poner especial énfasis en que la ciencia no sólo permite verificar la imposibilidad de que una persona sea padre de otra (aspecto *negativo*), sino que incluso puede alcanzar verosimilitud *positiva*. es decir, *generar convicción* de que una persona sea efectivamente el padre de otra» (41); y, entre la más reciente doctrina, PUIG FERRIOL y Roca TRIAS entienden —en orden a la *no vigencia* en Cataluña del artículo 135 del Código Civil— que «esta no vigencia debe interpretarse en el sentido de que *cuando existan escrito indubitado o posesión de estado de hijo natural*, TALES HECHOS SERAN UNO DE LOS ELEMENTOS DE PRUEBA de que podrá valerse el juzgador para establecer judicialmente —pero sin carácter vinculante— la relación paternofilial. Esta es la interpretación que creemos debe darse a la Sentencia de 17 de mayo de 1974» (42), opinión que entiendo es la adecuada y que comparto plenamente.

III. EL TEMA DE LA POSESIÓN DE ESTADO

Este tema había sido objeto de un desarrollo especialísimo y muy cuidado en el Recurso en los Motivos 7.º, 8.º, 10, 12 y 13, aunque en síntesis cabría reconducir el Motivo 13 al 7.º y el 12 al 8.º: de una parte, la denuncia de la aplicación indebida del artículo 135 del Código Civil, por «no hallarse» el menor (demandante por medio de su madre) en la posesión de estado de hijo natural, precisando los conceptos de adquisición y pérdida de dicha posesión y rechazando la aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1935; y, de otra parte, el argumento de la interpretación errónea del artículo 135 del Código Civil en cuanto al concepto jurídico de la posesión de estado, aunque con una referencia muy sutil al Considerando 3.º de la Sentencia recurrida, cuya valoración efectúa sustituyendo por la del recurrente la efectuada por el juzgador de instancia. Es muy importante este dato, así como la importancia concedida por el Tribunal Supremo a estos motivos aquí indicados, ya que parecen constituir la fundamentación de la decisión de *acoger* el recurso.

En efecto, el Tribunal Supremo recoge en los Considerandos 4.º, 7.º y 8.º estas argumentaciones del recurrente, de manera que, a mi juicio, son estos Considerandos los constituyentes de la *ratio decidendi* de esta Sentencia. En el Considerando 4.º, fundamental, define cuáles son los actos integrantes de la posesión de estado, los engloba en la expresión '*nomen tractatus, fama*', dice que son el *tractatus* y la *fama* los que tienen especial relieve, por manifestar la publicidad y la continuidad, y señala como actos REVELADORES DE LA VOLUNTAD DEL PADRE *ad exemplum* los de alimentarle educarle, etc., con una remisión final genérica al Código francés, sin indicar cuál norma es. Pero, una vez sentada esta *posición general* acerca de lo que el Tribunal Supremo —aquí, el Ponente— entiende por

(41) Véase PINTÓ RUIZ: «Comentarios a los artículos 4.º y 5.º de la Compilación de Cataluña», en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Ed. EDESA, tomo XXVII, vol. 1, Madrid, 1981, págs. 216 y ss. Subrayados míos (J. C. G.).

(42) Véanse *Fundamentos...*, cit., tomo II, pág. 436. Subrayados míos (J. C. G.).

actos *reveladores* de la posesión de estado, lo lógico sería pasar a detallar la *conexión* con el supuesto litigioso, esto es, la hilación sería del Considerando 4.º con el Considerando 8.º, que es el que vuelve a referirse a los actos integrantes de esa posesión de estado. De este modo, a mi manera de ver, habrá que enlazar los Considerandos 4 y 8 para llegar a ser la verdadera *ratio decidendi* de esta Sentencia, ya que en la opinión del Ponente los actos realizados por el demandado como *reveladores* de que *consentía* aquella atribución de paternidad «sólo fueron realizados ante un reducido núcleo de amigos y durante un corto espacio de tiempo»... Argumentación ésta que suscita no pocas dudas y perplejidades, como paso a exponer aparte.

La argumentación aludida, *referida a los ámbitos espacial, temporal y personal* (destinatarios presuntos de tales actos), parece dejar un tema de por sí complejo y difícil en una nebulosa vaga caracterizada por la indefinición absoluta. O, de otro modo dicho, ¿cuántas personas destinatarias de los actos dichos deben computarse, a juicio del Alto Tribunal? ¿Bastarán tres, o serán cinco, o mejor 20, o quizá 40? ¿Qué debe entenderse por núcleo *no reducido* de amigos que posibilite esa posesión de estado? ¿Dentro de qué ambientes valdrán las demostraciones, será en la casa de la presunta madre, o será en la de uno y otro de los amigos, o habrá de ser en la casa del presunto padre necesariamente? ¿Cuánto es el tiempo mínimo, la remisión al año y día clásica en la posesión de cosas *incorporales*, o quizá bastará un mes, o será más seguro dos meses, o más de un año? Parece que estas y otras muchas preguntas suscitadas por la argumentación del Alto Tribunal nos llevan a resultados también altamente insatisfactorios. Demasiadas cuestiones en el aire y sin resolver. Claro que no soy solo en pensar así, como lo prueba que distinguidos comentaristas —más tempestivos y oportunos en la fecha del comentario que yo— ya habían entrevisto esta consecuencia, y así se dijo que «... algunas de sus afirmaciones, de admitir su generalización, resultarían peligrosas y constituirían (*sic*) (43), francamente progresiva en los últimos años, sobre la interpretación del artículo 135 del Código Civil».

En esta materia de la *posesión de estado*, tan delicada y compleja, parece no caben generalizaciones excesivas, ya que lo sensato, lo *prudente*. lógico, es la atención preferente a las especiales circunstancias de cada caso concreto. De ahí que comparta plenamente las afirmaciones de J. Díez DEL CORRAL al aludir a que *dos puntos de esta Sentencia principalmente requieren matización*: a) la exagerada importancia que atribuye... a la *fama* (posesión pública y no clandestina) como elemento constitutivo de la posesión de estado, lo cual se halla en contradicción con la opinión doctrinal común, y *recogida, por cierto, en múltiples Sentencias del Tribunal Supremo*, que destaca el *tractatus* como *factor primordial* de la posesión de estado de hijo natural, como consecuencia lógica de que *sólo el trato del padre puede servir de base a actos* que constituyan un reconocimiento *tácito o presunto* del mismo...; b) *el peligro que supondría no flexibilizar* el requisito de que la repetida posesión sea 'con-

(43) Así en la revista *Anuario de Derecho Civil*, 1975, pág. 295: aunque el comentario no aparece firmado, por su estilo parece ser obra de J. Díez DEL CORRAL. Entiendo que, al parecer, *hay una línea omitida*, cuyo sentido probable es el de que «esta sentencia viene a significar una postura *re-gresiva en contra de una tendencia última del Tribunal Supremo francamente progresiva*», etc.

tinua', como exige el artículo 135. En efecto, *interpretando literalmente este requisito se llegaría a permitir la injusticia de que el padre pudiera, yendo ilícitamente contra sus propios actos anteriores, interrumpir a su arbitrio la posesión ya adquirida por el hijo, y aún más, se alcanzaría el resultado absurdo —defendido, sin embargo, en el motivo 7.º del Recurso— de convertir en inaplicable el artículo 135, 2.º, del Código Civil*, puesto que si el hijo tiene que hallarse en la posesión de estado *en el momento de interposición de la demanda*, no se comprende *para qué* va a ser preciso el ejercicio de la acción. Esta *presupone la actitud negativa o desfavorable del padre* y, por tanto, *que aquél ya no se encuentre en el estado que antes hubiera ostentado*. Por lógica elemental la expresión 'cuando se halle' utilizada por Código *ha de equivaler a* 'cuando se halla encontrado' en la posesión continua del estado de hijo natural del padre» (44).

De donde cabe deducir que tanto la opinión doctrinal citada como la mía propia hacemos especial hincapié en la importancia del *Motivo 7.º* del Recurso, *que, aunque no aludido, es recogido*, junto con el *Motivo 8.º en el Considerando 7.º del Tribunal Supremo*, con cuya decisión se llegaría al resultado previsible de la práctica imposibilidad de plantear una demanda en base a la reclamación de filiación derivada de actos integrantes de la posesión de estado, ya que en unos casos no sería ésta *continua* y en otros casos no sería *pública*.

Al tema de la *posesión de estado* se ha referido nuestra doctrina especializada, y en este lugar no cabe sino remitirse a ella (45). Conviene, una vez más, aludir a A. M. LÓPEZ LÓPEZ, que rechaza enérgicamente la usual equiparación jurisprudencial entre posesión de estado y reconocimiento *tácito* y que entiende que *la única fórmula general* es la de la idea de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1903* en el sentido de que «las circunstancias de cada caso determinarán el alcance y trascendencia de los actos significativos y demostrativos de la posesión continua de estado de hijo natural».

No deja de ser curioso la especial matización de que *en los Motivos 6.º, 10 y 11* se denuncian el error de Derecho en la apreciación de la prueba *por la vía procesal del número 7.º* del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en la redacción de 1881—, lo que coincidía con la reiterada exigencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que entendía desde siempre que «la cuestión de si existió o no existió posesión de estado *es un tema de hecho* de la libre apreciación del Tribunal de instancia, sólo impugnabile en casación por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (Sentencias de 19 y 30 de enero de 1931, 16 de enero de 1932, 29 de noviembre de 1958, 3 de diciembre de 1960, 7 de noviembre de 1961 y 4 de abril de 1962, y 13 de

(44) Véase en *Anuario de Derecho Civil*, cit. Subrayados míos (J. C. G.).

(45) Sin ánimos de exhaustividad cabe citar aquí: PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, Derecho de Familia, tomo IV, vol. 2.º, ed. 1970, págs. 109 y ss.; LACRUZ-SANCHO: *Derecho de Familia*, Ed. Bosch, 1966, pág. 105; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, Derecho de Familia, tomo V, vol. 2.º, 7.ª ed., 1958, págs. 65 y ss., especialmente 73 y ss.; MARTÍNEZ CALCERRADA: *Discriminación en la filiación extramatrimonial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 344 y siguientes.

De una manera especial, A. M. LÓPEZ LÓPEZ: *La posesión de estado familiar*, Sevilla, 1971, páginas 125 y ss., especialmente 133 y ss.

Pueden verse también sobre este particular *mis Comentarios* a las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1973 y 14 de noviembre de 1973 en esta REVISTA, 1983, núm. 557, págs. 1006 y siguientes, y núm. 558, págs. 1325 y ss., y allí amplias referencias bibliográficas.

julio de 1973 —inciso final del Considerando 2.º—, entre otras). Ahora bien, hace años ya puso de relieve agudamente DÍEZ PICAZO que, «en puridad, son '*quaestiones facti*' los hechos sobre los que intente montarse la idea de posesión de estado, verbigracia, si el padre tena al hijo consigo, ... *pero la valoración y calificación jurídica de estos hechos, EL DETERMINAR SI PUEDEN SER O NO CALIFICADOS COMO CONSTITUTIVOS DE POSESION DE ESTADO ES YA UNA 'QUAESTIO IURIS'* y su cauce procesal en casación debe ser *el del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*» (46).

Parece claro que con las argumentaciones del recurso —*Motivos 6.º, 10, 11 y 9.º*— la calificación y valoración de las pruebas habidas en el litigio es una *quaestio iuris* que hábilmente efectúa el letrado recurrente *sobreponiendo sus tesis* a las del juzgador de instancia. Esta argucia procesal, rechazada en múltiples ocasiones por el Tribunal Supremo, es, en el presente caso, *acogida* complacientemente por el Ponente, que recoge las conclusiones *subjetivas* del recurrente, haciéndolas prevalecer sobre las *objetivas* del juzgador de instancia (47).

Finalmente, sólo aludir a que las afirmaciones siempre genéricas efectuadas por el Ponente en orden a la posesión de estado, las referencias a que los actos reveladores de tal posesión sean «reveladores *de la voluntad* del padre» (Considerando 4.º) o «reveladores *de que consentía* aquella atribución de paternidad» (Considerando 8.º), parecen una vez más aludir a la vieja equiparación entre reconocimiento *tácito* y posesión de estado, denunciada por nuestra mejor doctrina y hoy abandonada.

IV. EL TEMA DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

A) *En general*

Aunque aludido el tema incidentalmente en el epígrafe precedente, al tratar de la reflexión aportada por el magisterio de DÍEZ PICAZO, trato aquí de la relación de este punto con los sucesivos planteamientos a lo largo del pleito.

Por parte del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA se había hecho una valoración de la prueba *en función directa de la inmediatez* de dicho juzgador operando sobre los hechos y sobre las pruebas presentadas. Y digno de resaltarse que toda la argumentación había sido recogida por la AUDIENCIA TERRITORIAL, que insiste en la importancia y calidad de la prueba presentada. Parece cuando menos improbable que tanto un Juzgado de 1.ª Instancia de Barcelona —servido por un Magistrado, no se olvide— y una Audiencia como la de Cataluña pudieran equivocarse tan palmariamente como parece desprenderse del Considerando 6.º.

Lo evidente es que en el Recurso —*Motivos 6.º, 9.º, 10 y 11*— se ha operado un *cambio de valoración jurídica* de las pruebas practicadas, y, muy en especial, se ha ligado todo ello a la idea del rechazo global de la prueba de *presunciones* (Motivo 9.º).

(46) Véase DÍEZ-PICAZO: «De nuevo sobre reclamación de la filiación natural (Comentario a tres sentencias del Tribunal Supremo)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, pág. 230: subrayados míos (J. C. G.).

(47) Todo lo contrario que había hecho el Ponente de la Sentencia de 14 de noviembre de 1973 —véase en esta REVISTA, 1983, págs. 1325 y ss.—, que en su *Considerando 1.º* rechazó este método.

Curiosamente el Ponente en el Considerando 7.º *parece aludir implícitamente* a los Motivos 7.º y 8.º, *pero para nada habla del Motivo 9.º*, que es el que muy probablemente está *in mente* al tomar la decisión. No está de más el aludir muy ligeramente a esta materia de las presunciones.

B) *En especial, la prueba de presunciones*

Como acabo de exponer, denunciado el uso de esta prueba en el Motivo 9.º del Recurso, para nada se alude al mismo. Lo que no se sabe es si no se tomaba en consideración por el Ponente, o si lo hizo sin exponerlo. Contrasta esta actitud con la del Ponente de la *Sentencia de 14 de noviembre de 1973* —caso Carrasco v. Cárdeno— (48), que rechaza este argumento y declara bien hecha la valoración de la prueba por el juzgador de instancia.

En cuanto a la prueba de *presunciones*, en este lugar sólo cabe una remisión general a la obra de nuestra más reciente doctrina procesalista, y muy en especial a la de M. SERRA DOMÍNGUEZ en su comentario a los artículos 1.249 a 1.253 del Código Civil y sus atinadas reflexiones sobre esta materia (49) en orden a la habitual hipovaluación de la presunción, su diferencia respecto de la prueba de indicios y a que *constituye un sistema normal de elaboración de hechos por el Juez* que se basa en los principios de normalidad, causalidad y oportunidad, de tal forma que la presunción tiene una sustantividad en el ámbito probatorio y viene a ser *el elemento vital del mecanismo de la prueba*. Nada que añadir a estas sensatas reflexiones del distinguido especialista.

V. EL COTEJO CON SENTENCIAS RECIENTES DEL TRIBUNAL SUPREMO

De una manera directa cabe aquí aludir a las decisiones más próximas en el tiempo que nuestro Alto Tribunal había efectuado en temas relativos a la *posesión de estado* y las *pruebas* presentadas. Lo hago aquí someramente, sin extensiones innecesarias:

● *Sentencia de 13 de julio de 1973 (Albareda v. Pérez) (50):*

.. *Hechos o particularidades notables del caso:*

Haberse desarrollado en una gran ciudad, prueba de cartas autógrafas del presunto padre en poder de la presunta hija, avanzada edad del demandado, inacción de la actora durante más de cuarenta años, hechos relevantes socialmente efectuados respecto de la presunta hija por el demandado indiciariamente demostrativos de una posesión de estado.

.. *Sentencia (Considerando 5.º):*

(48) Véase en esta REVISTA, 1983, págs. 1325 y ss.

(49) Véase en la obra colectiva citada *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Ed. EDESA, Madrid, 1981, tomo XVI, vol. 2.º, págs. 543 y ss., especialmente 575 y ss., y 585 y ss.

(50) Véase en esta REVISTA, 1983, núm. 557, págs. 1006 y ss., especialmente 1016.

Aquellos tres hechos (inscribirla en el Registro Civil, padrino del bautismo, padrino de la boda) es obvio que no integran la posesión *continua* del estado de hijo natural a que el artículo 135 del Código Civil hace referencia. *Se rechaza* el recurso.

- *Sentencia de 14 de noviembre de 1973 (Carrasco v. Cárdeno) (51):*

.. *Hechos o particularidades del caso:*

Haberse producido en una pequeña población rural serrana, constancia y continuidad de la situación fáctica ante el vecindario, prueba de testigos importante, valoración social y jurídica en función directa de la *inmediatividad* del juzgador. Los hechos probados son decisivos.

.. *Sentencia (Considerando 2.º):*

Es la *ratio decidendi* la aceptación de los hechos probados y el *estado de opinión pública* de ser los actores hijos del demandado. Caracteriza la posesión de estado como *tractatus* o *reputatio*. *Estima* el recurso: e implícitamente la prueba de presunciones.

- *Sentencia de 17 de mayo de 1974 (Teresa v. Fco. Javier):*

.. *Hechos notables del caso:*

Haberse producido los hechos en una gran ciudad; la demandante era extranjera y el demandado de elevada posición social; ambiente socioeconómico típico/tópico que en el año 1969 era propio de una progresía a lo *gauche divine*; especialísima situación familiar del demandado; prueba de *testigos* decisiva; Motivos del Recurso 6.º, 9.º, 10 y 11, que denuncian la apreciación de la prueba hecha por el juzgador de instancia (id. al *Motivo 2.º* del Recurso en la Sentencia de 14 de noviembre de 1973) y solapan la idea implícita de que debía haberse acudido por la actora a la normativa de la Compilación catalana.

.. *Sentencia (Considerandos 4.º, 6.º, 7.º, 8.º):*

Requiere el *tractatus* y la *fama* para la posesión de estado, con las notas de continuidad y de publicidad; alude a actos reveladores de *la voluntad del padre*; a *sensu contrario* exige que la posesión de estado de hijo natural se produzca ante un número *no reducido* de amigos y durante un *largo* espacio de tiempo; el requisito de la 'continuidad' es generalizado, sin flexibilizarlo; contradice otras Sentencias anteriores del mismo Tribunal Supremo. *Rechaza* el recurso: e, *implícitamente*, rechaza la valoración de las pruebas efectuadas por el juzgador de instancia.

(51) Véase en esta REVISTA, 1983, núm. 558, págs. 1325 y ss., especialmente 1329.

A la vista de este breve cotejo de las últimas decisiones del Tribunal Supremo en supuestos recaídos *sobre la posesión de estado de hijo natural*, parece oportuno señalar:

1.º De la comparación del Considerando 2.º de la Sentencia de 14 de noviembre de 1973 con el Considerando 6.º de la aquí comentada no resulta nada favorecida esta última. De haberse seguido el mismo criterio que en aquélla, se habría producido el rechazo global de las argumentaciones de los Motivos 6.º, 9.º, 10 y 11.

2.º El Considerando 2.º *in fine* de la Sentencia de 14 de noviembre de 1973 acude al remedio implícito de la contraprueba que directamente aprecia el juzgador de instancia, incluido el recurso a las presunciones. En la presente Sentencia el rechazo de las presunciones no deja de ser un puro contrasentido lógico.

3.º La prueba de testigos era de fundamental importancia, por la inmediatez y el conocimiento de los hechos, en este litigio, al igual que en la de 14 de noviembre de 1973: el rechazo de tal prueba porque los testigos sean un 'núcleo reducido' no deja de ser paradójico y conduce a soluciones poco satisfactorias.

4.º La estrechez del planteamiento de esta Sentencia quiebra una línea tímidamente aperturista de decisiones anteriores del Alto Tribunal, volviendo a interpretaciones superadas y viniendo a resultar una regresión en aquella línea dicha.

VI. EL TEMA SUBYACENTE DE LA DEPENDENCIA FAMILIAR

Una de las conclusiones más claras extraídas de este litigio, incluido el larguísimo escrito del Recurso de casación, es la derivada de las actitudes cambiantes, dubitativas, temerosas, etc., del demandado ante la posible *reacción de su familia* ante el hecho de que él haya engendrado un niño con la demandante. El muestrario sería completo si la entresaca de expresiones hubiera sido hecha por el Ponente. No siendo así, la cuestión es más difícil, ya que quedamos sin saber si el rechazo del Ponente es voluntario o involuntario, si los hechos aludidos y objeto de diversas pruebas son o no decisivos, etc. Limitándome al tema acotado en este lugar, distingo los hechos según se eligen o no por el Ponente para argumentar en sus Considerandos.

- *Considerando 1.º, apartados b), f) y g):* «esperaba convencer a su padre», «su padre podía *desheredarlo*», «no podría *vivir socialmente como correspondía a su linaje*» (52). Ninguna referencia más.
- *Hechos que selecciono en los antecedentes:*
 - .. *Demanda:* «su padre podía *oponerse por razones de tipo nobiliario*...; «el aborto sería un *desprestigio y escándalo familiar*» (53).

(52) Subrayados míos (J. C. G.).

(53) Véase en el ep. I (DEMANDA): subrayados míos (J. C. G.). De lo que parece desprenderse —en tan curiosa tesis— es que el aborto es causa de desprestigio y/o escándalo familiar, pero *no* el engendrar hijos.

- .. *Contestación*: «(su padre) no tenía prejuicios de casta, sangre o linaje», «(no procedía) a discriminar o seleccionar a personas en orden a su trato o amistad» (54) (55).
- .. *Réplica y conclusiones*: «(el demandado) niega la paternidad a partir de determinada fecha, que, sin embargo, prefería mantener oculta» (56) (57).
- .. *Recurso de casación, Motivo 7.º, inciso final*: «... (la familia) ante la que no caben faroles ni machadas —sic— como con los amigos, Y EN CUYA CASA Y BAJO CUYA OBEDIENCIA CONTINUA VIVIENDO el demandado JUNTO CON SUS PADRES Y HERMANOS» (58) (59).

2. Los posibles puntos de conexión en orden a la dependencia familiar

El tema sería objeto de interesante desarrollo por los investigadores de la moderna Sociología. Aquí no caben sino unas ligeras alusiones a algunos de los posibles puntos de conexión acerca de esa evidente *dependencia familiar* que tenía el demandado, como, verbigracia: la función actual de la familia moderna, el mantenimiento o no de la tradicional familia consanguínea y su crisis, el matrimonio y la familia nuclear actual, la procreación prematrimonial, la exogamia y la endogamia, el problema de la elección de la pareja y el grupo de los elegibles, etc. (60). De todos estos puntos aludidos podrían extraerse reflexiones de cierta validez para el supuesto litigioso, pero no es éste el momento ni el lugar para ello. Basten algunas indicaciones al respecto.

De lo que se desprende del litigio, la familia del demandado tenía un gran peso social y económico y parece funcionaba al viejo uso de las *familias consanguíneas de tipo patriarcal*, sin que le fueren aplicables las modernas ideas sobre la familia operando un «segundo nacimiento» del ser humano como persona sociocultural (61). Sí le eran aplicables estas palabras de R. LINTON: «una fuerte organización familiar consanguínea da a sus miembros un elevado grado de seguridad económica, pero les impone también muchas obligaciones...» (62).

También se desprende del litigio que el sistema de valores de la fami-

(54) Véase en ep. II (CONTESTACION A DEMANDA): no habría discriminación, pero sí podía 'desheredarle'. ¿En qué cosa quedamos?

(55) Todo este tema no deja de ser una pura *excusatio non petita*...

(56) Véase anteriormente en ep. III: subrayados míos (J. C. G.).

(57) ¿Quid en cuanto a la misteriosa fecha? No sabemos nada más.

(58) Véase en el Recurso, ep. VI, motivo 7.º, inciso final: subrayados míos (J. C. G.).

(59) Este párrafo es tremendamente revelador y plantea una serie de dudas razonables en el sentido siguiente: ¿Era el demandado mayor de edad? ¿Llevaba la 'obediencia debida' a la negación total de toda realidad extrafamiliar? ¿El reconocer una paternidad natural es equivalente a un 'farol' o a una 'machada'? ¿Había habido una especie de *metus reverentialis* hacia el padre para evitar la desheredación? Que todo esto sucediera en 1973 parece hoy increíble..., pero todo era posible en España entonces.

(60) Véanse sobre estos temas, entre otros: E. FROMM, M. HORKHEIMER, T. PARSON y otros: *La familia*, Ed. Península, Barcelona, 3.ª ed., 1974, págs. 31 y ss., 123 y ss., 177 y ss. y 275 y ss.; A. MICHEL: *Sociología de la familia y del matrimonio*, Ed. Península, Barcelona, 1974, págs. 73 y ss., 105 y ss., y 168 y ss.; S. DEL CAMPO y M. NAVARRO: *Análisis sociológico de la familia española*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, págs. 42 y ss., 76 y ss. y 135 y ss.; R. KÖNIG: *La familia en nuestro tiempo*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1981.

(61) Así, en R. KÖNIG: *Op. cit.*, págs. 83 y ss. Véanse también A. MICHEL: *Op. cit.*, págs. 73 y ss. y 105 y ss.; S. DEL CAMPO: *Op. cit.*, págs. 135 y ss., y LINTON en la obra colectiva de E. FROMM y otros, cit., págs. 5 y ss.

(62) Véase en LINTON: «Historia natural de la familia», en la obra colectiva citada, págs. 21 y siguientes: subrayados míos (J. C. G.).

lia del demandado era del tipo tradicional, considerando como una 'des-honra' la procreación prematrimonial y el aborto (63).

Otra consecuencia evidente del litigio es el nexo estrecho entre la posibilidad de *exogamia* del hijo (demandado) con una mujer extranjera —o sea, de fuera del clan— y la amenaza de desheredación (64).

Una de las consecuencias más visibles del litigio es la relacionada con el problema de la elección de a pareja o 'partner' y su ligazón con el sistema de valores imperante dentro del círculo familiar (65). Dice expresivamente R. KÖNIG que «frente a un ideal de elección completamente libre, la más reciente Sociología ha mostrado sorpresivamente que también hoy la elección no tiene lugar en un campo ilimitado, sino que se enmarca en un estrecho y limitado ámbito»... (66). Suelen indicarse como criterios de homogamia los siguientes: raza, nacionalidad, lugar de nacimiento, confesión religiosa, proximidad espacial, igual pertenencia de clase, igual sistema de valores (incluso en política), educación, nivel cultural, hábitos... (67) (68).

Finalmente, en orden a las interrelaciones de la pareja concreta Teresa-Fco. Javier, que hubieran sido de enorme interés en este supuesto, nada sabemos. Parece poder inducirse un ambiente muy especial de progresía catalana elevada dentro del que se movían a gusto, que los criterios de selección y/o atracción eran algo homogéneos, que el psicoismo del demandado no correspondía con el de la reacción de una persona madura ante unas relaciones prematrimoniales, que la sujeción/dependencia familiar era notable, que ella era británica... pero nada más se sabe.

De todas estas reflexiones pocas ideas claras podemos obtener, como no sea el esquematismo de los escritos de todo proceso.

(63) En orden a la procreación 'prematrimonial' véanse KÖNIG, cit., págs. 100 y ss., y S. DEL CAMPO, cit., págs. 97 y ss.

Se señala por dichos autores que la diferencia más notable entre la procreación prematrimonial y la extramatrimonial es que en la primera citada suele existir normalmente la intención de continuar la relación: así, en KÖNIG, op. et loc. cit. Esto es lo que entendieron con toda lógica y sentido común tanto el Magistrado Juez en Primera Instancia como la Audiencia Territorial de Barcelona.

(64) En cuanto a la *exogamia* véase KÖNIG, op. cit., págs. 38 y ss.

Para el tema de la desheredación en Cataluña véase, por todos, la obra magistral de J. VALLET DE GOYTISOLO: *Panorama del Derecho Sucesorio*, tomo I: *Fundamentos*, Madrid, Ed. Civitas, 1984, páginas 489 y ss.

(65) En cuanto a la elección del 'partner' véase KÖNIG, op. cit., págs. 55 y ss., y S. DEL CAMPO, op. cit., págs. 76 y ss.

Gráficamente dice KÖNIG que «puesto que la mayoría de los sistemas jurídicos modernos reconocen una reducción del dominio paterno o parental ya antes de que los hijos alcancen la mayoría de edad legal, el matrimonio hoy parece competer exclusivamente al hombre y a la mujer que desean libremente contraerlo...». De aquí se desprende con toda claridad que el demandado no tenía la libre autodeterminación en la elección de su pareja.

(66) Véase KÖNIG, op. cit., págs. 91 y ss. Ese estrecho y limitado ámbito —lo que vulgar y popularmente suele llamarse «cada oveja con su pareja»— es lo que científicamente se llama homogamia.

(67) Véase KÖNIG, op. cit., págs. 91 y ss. Los subrayados son míos, para así resaltar aquellos criterios que en el presente litigio parecían preferentes, tanto en orden a las características generales de las relaciones entre demandante-demandado como en orden a las previsibles preferencias de la familia del demandado.

(68) En el decir de KÖNIG, op. cit., págs. 92 y ss. «Es opinión generalizada —no compartida por el autor— de que en las situaciones de alta movilidad social aumenta el contacto entre personas totalmente extrañas y, por tanto, también diferentes: pues, por un lado, las personas buscan su pareja en la inmediata cercanía espacial, por muy dispuestos que estén a viajar...».

Para una profundización en el punto de la elección matrimonial, véase la temprana obra de FRANCO RODOLFO SAVORGNA: *La scelta matrimoniale*, Ferrara, 1924.

VII. RECAPITULACIÓN DE IDEAS

A la hora de cerrar este comentario, conviene traer aquí alguna de las *ideas básicas* que se han ido apuntando a lo largo de estas páginas precedentes, como sigue:

1.ª La re-historificación hecha por el Ponente causa una cierta perplejidad y deja la duda de cuál era la verdad *histórica* en este litigio.

2.ª La presentación del supuesto de hecho dentro de un *ambiente socio-económico elevado* de progresistas catalanes, junto a la *especialísima situación familiar del demandado*, podrían muy bien encajar en el *simil histórico retrospectivo* presentado.

3.ª La *dimensión normativa* parecía remitir el litigio a la legislación civil catalana, pero *era cuestión nueva* en casación, todo ello sin perjuicio de que los medios del artículo 135 del Código Civil —entre los que figura *la posesión de estado*— también eran válidos para el juzgador de instancia como un elemento de prueba más.

4.ª Los *Considerandos* 4.º, 7.º y 8.º son la *ratio decidendi* de esta Sentencia, configurando una posesión de estado *muy restringida y en contra* de decisiones *precedentes* del Tribunal Supremo.

5.ª La *valoración de la prueba* efectuada por el Juzgado y la Audiencia fueron de gran minuciosidad y en función directa de la *inmediatividad* sobre los hechos, *siendo sustituidas por la valoración jurídica* hecha por el letrado recurrente.

6.ª Del *cotejo* con otras Sentencias del Tribunal Supremo recientes en el tiempo no sale bien parada esta Sentencia aquí comentada, que viene a resultar una *regresión* en la tímida postura aperturista iniciada años atrás por el Alto Tribunal.

7.ª Parece claro que en el litigio *está incapsulado el tema de la dependencia familiar del demandado* y sus conexiones lógicas.

VIII. CONCLUSIONES FINALES

Una vez efectuada la presentación de esta Sentencia, con sus *posibles* antecedentes fácticos y los distintos escritos y fases del proceso, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo, y después de aludir a los breves *comentarios* que suscita una somera reflexión sobre la misma en orden a la prueba de la paternidad, a la posesión de estado, a la valoración de la prueba, a la dedependencia familiar y al cotejo con otras decisiones recientes del Tribunal Supremo, parece posible cerrar estas notas y adelantar unas *consideraciones concluyentes* como sigue:

1.ª La Sentencia *no* procede al *cotejo* con otras decisiones recientes en el tiempo del Tribunal Supremo sobre temas similares, muy en especial con la de 14 de noviembre de 1973.

2.ª La Sentencia implícitamente *rechaza* la técnica de las presunciones y *permite* el cambio de valoración jurídica de la prueba efectuado en el recurso.

3.^a La valoración jurídica de los hechos integrantes de la posesión de estado venía a ser una verdadera *quaestio iuris* y, en tal sentido, cobra relevancia lo escrito por Díez PICAZO años ha en orden al *cauce procesal adecuado*.

4.^a La *ratio decidendi* de esta Sentencia aparece contenida en los *Considerandos* 4.º, 7.º y 8.º relativos a los actos integrantes de la posesión de estado de hijo natural y a los requisitos de la publicidad y continuidad, interpretando el artículo 135, 2.º, del Código Civil muy rígidamente y conduciendo al resultado práctico de la indeterminación e inoperancia de la norma.

5.^a La Sentencia quiebra una línea moderadamente aperturista del Tribunal Supremo en este tema, contradice múltiples sentencias precedentes y no puede ser objeto de generalización. La decisión es claramente *regresiva*, dado su planteamiento del tema.

J. C. G.