

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO
JOSÉ QUESADA SEGURA y
JOSÉ CERDÁ GIMENO

II. DERECHOS REALES

IDENTIFICACION DE MARCAS: CONFRONTACION DE ESTAS EN SU TOTALIDAD (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1981).

Hechos.—Syntex Fharmag demandó a don José María Jorba Puigsubira sobre nulidad de las marcas Penisintex, Penisintex Diclo y Penisintex Gamma, fundando su derecho en el depósito de la marca Syntex en la Oficina Internacional el 17 de abril de 1948, habiéndola transmitido a Syntex Ibérica, S. A. el 3 de abril de 1975 y notificada la transmisión posteriormente a la Oficina Internacional. Mientras el señor Jorba registró la marca Penisintex el 12 de julio de 1960 y posteriormente sus derivados, existiendo identidad de marcas. La Audiencia Territorial de Madrid desestimó la demanda por considerar inexistente la identidad estableciendo que «la comparación de las marcas en litigio debe hacerse confrontándolas en su conjunto y no aisladamente en alguno de los elementos que la integran». Interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste fue rechazado por la causa de inadmisión novena del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero previamente en méritos a la doctrina que contiene fundamentalmente el penúltimo considerando el alto Tribunal examina qué es una marca, y cuál es la actitud que ante los problemas de identidad deben adoptar los Organos Jurisdiccionales:

«Considerando: Que el artículo 118 del Estatuto de la Propiedad Industrial define la marca como «signo o medio material, cualquiera que sea su clase y forma, que sirve para señalar y distinguir de los similares los productos de la industria, el comercio o el trabajo», siendo «enunciativa y no limitativa», la enumeración de lo que, según el siguiente artículo 119, puede constituir marca, entidad ideal de finalidad identificadora de la común procedencia de los productos y cuya virtualidad ha de buscarse en el efecto distintivo o identificador, logrando o intentando —como se com-

prueba con la lectura del último citado artículo— bien mediante una combinación de fonemas (marca dominativa) de trazos o colores, etc. (gráfica) o de elementos de aquella o esta naturaleza (mixta), pudiendo poseer un significado o bien carecer de él, ya que su naturaleza consiste en contra-señar el origen de los productos y en ese designio se agota, radicando el interés de la misma en su operabilidad para diferenciar de manera clara, eficaz y rotunda, a primera vista y con seguridad, y sin necesidad de una detenida pormenorizada investigación, ajena por completo a los usos del tráfico, de donde el que se excluyan los distintivos que no ya por su identidad, sino por su mera semejanza, pueden inducir a error o confusión respecto de otros; ... y es por ello que la jurisprudencia, atenta a la necesidad de computar, matizadamente, todas las circunstancias concurrentes en cada caso y aptas para frustrar o apelar la indicación de la comunidad de origen que las marcas garantizan, renuncia anticipadamente al establecimiento de reglas fijas que ordinariamente la Ley no le proporciona y se enfrenta siempre con las peculiaridades fácticas del concreto supuesto en cuestión para concluir acerca de la identidad o de la semejanza, fuera del caso, ciertamente excepcional, del párrafo segundo del artículo 124 del Estatuto de la Propiedad Industrial en el que la misma Ley sienta un obligado criterio de semejanza fonética.»

INFORME ASESORIA TECNICA DEL REGISTRO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1982).

Hechos.—Don Enrique Sánchez Casadevall solicitó el registro de un modelo de utilidad, a cuya inscripción se opuso don Blas González Peñas, habiéndose concedido el registro, pese a la oposición, el señor González Peñas recurrió ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, quien declaró no ajustado a derecho el expediente, debiendo reponerse al trámite de informe de la Asesoría Técnica del Registro de la Propiedad Industrial. Apelada la Sentencia por el Abogado del Estado y don Enrique Sánchez Casadevall, el Tribunal Supremo lo desestima en base al siguiente argumento:

«Que a tenor del artículo 311 del Estatuto de la Propiedad Industrial, es función propia de la Asesoría Técnica del Registro, ejercida por funcionarios del Cuerpo de Ingenieros Industriales, informar sobre la calificación de los modelos cuando se suscite oposición a los solicitados; y que las órdenes del Ministerio de Industria y Comercio de 13 de abril de 1946 y 29 de noviembre de 1949, especialmente en el artículo 4 de cada una de ellas, complementan aquel precepto, puntualizando que será función preceptiva de la Sección Técnica que se crea al ampliar la Asesoría, la que se determina en el precepto citado, esto es, la de emitir informes en los expedientes de concesión y en las oposiciones y recursos promovidos por terceros interesados; ... que el mencionado trámite es esencial, dado que se trata de apreciaciones referentes a objetos, formas, funcionamientos, para lo que el título facultativo determinado es garantía de acierto y capacidad, por lo que su omisión integra nulidad de las actuaciones practicadas después de incurrirse en ellas...».

ELEMENTOS FONETICOS DIFERENCIALES DE UNA MARCA (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1982).

Hechos.—Faberge Incorporated interpuso recurso Contencioso-Administrativo por la concesión a Monna Lisa, S. A. de la marca 670.663 «Brutus» para designar artículos de la clase A del mismo Nomenclátor.

Contra la resolución del Registro y la desestimación tácita del recurso de reposición se interpuso el Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Territorial de Madrid, y, rechazado éste, se interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Supremo volviendo a ser rechazado por la doctrina contenida en el siguiente:

Considerando: Que a tenor de cuanto se ha expuesto, y teniendo igualmente en cuenta que la comparación de las denominaciones confrontadas debe hacerse en su conjunto y no descomponiéndolas en sus elementos parciales, forzosamente ello debe determinar que cuando el conjunto va acompañado de elementos diferenciales claros acusados, procede la concesión solicitada, que es, precisamente, lo que ocurre en el presente caso, toda vez que la denominación de las marcas ahora enfrentadas son suficientemente diferentes, al ser la concedida bisílaba y la opuesta monosílaba, la primera llana y la segunda aguda, existiendo también una acusada falta de semejanza fonética y gráfica entre aquéllas, derivada de la distinta terminación de ambas denominaciones, y, por último, debe igualmente destacarse que, además de que los productos amparados por las marcas en cuestión, se encuentran comprendidos en distintas clases del Nomenclátor, lo que de por sí es un factor decisivo, según tiene ya declarado reiteradamente este Tribunal, son indudables las diferencias existentes entre desodorantes de ambiente, y perfumes, esencias y cosméticos, lo que debe evitar todo riesgo de confusión o error en los consumidores de los aludidos productos, máxime cuando, insistimos, resalta a la vista y al oído la falta de semejanza de los respectivos elementos denominativos, lo que conduce a declarar la compatibilidad de las dos marcas ahora examinadas.

VALORACION DE IDENTIDAD DE MARCAS: FACULTADES DE LOS TRIBUNALES (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1982).

Hechos.—Schmidtstahwer Artiengesellschate interpuso demanda contra doña Consuelo Martínez Molina reclamando la nulidad de la marca Torsid por similitud con la marca Tor, registrada a su favor, que se resolvió por la Audiencia Territorial de Barcelona en el sentido de no haber lugar a la demanda, entablándose recurso de casación por infracción de Ley, basándose en los siguientes motivos:

1.º Que el artículo 124, párrafo 1.º, caso 1.º, del Estatuto de la Propiedad Industrial no concede facultad al Juez para apreciar similitud de denominaciones, sino que establece cuándo hay o no semejanzas entre varias denominaciones.

2.º Infracción del artículo 6 bis del Convenio de París para la protec-

ción de la Propiedad Industrial, por notoriedad internacional de la marca Tor.

3.º Infracción del artículo 124, caso 11, del Estatuto de la Propiedad Industrial.

4.º Error de hecho en la interpretación de la prueba.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso en base a la siguiente doctrina:

En cuanto al primer motivo porque como tiene ya determinado el Alto Tribunal en reiterada jurisprudencia, la argumentación del recurrente va dirigida a sustituir por su propia valoración la valoración del Tribunal, ya que en el artículo 124, párrafo 1.º, caso 1.º, del Estatuto de la Propiedad Industrial no se impone a los Tribunales un principio de obligado e insoslayable cumplimiento que haría innecesario acudir a ellos en tales hipótesis, sino que se limita a señalar determinados supuestos de semejanza fonética que no impiden que puedan tenerse en cuenta otros aspectos para apreciar si existen similitudes o diferencias de pronunciación e incluso visuales entre marcas.

En cuanto al segundo motivo el Tribunal Supremo mantiene que no existe posibilidad de anulación de una marca por semejanza fonética con otra, cuando la sílaba tónica, en este caso Tor, aparece en otras marcas con anterioridad a los registros de las hoy en litigio, ya precedida o seguida de otras sílabas. Sin que el convenio de París suscrito por España modifique esta circunstancia, pues el efecto que produce en cuanto a marcas notorias es reforzar la prioridad pero nunca reforzar la prioridad registral de estas marcas en perjuicio de las demás.

En cuanto al tercer motivo por ser adecuados los argumentos gramaticales y fonéticos del Tribunal *a quo*.

Y por último en cuanto al cuarto motivo por haber estado correctamente apreciadas por el Tribunal de instancia las certificaciones del Registro de la Propiedad Industrial que valoró este Tribunal en su momento, como prueba, adecuadamente.

F. J. F. F.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

EL ERROR SOBRE LA SUSTANCIA EQUIVALE AL EQUIVOCADO CONOCIMIENTO DE LAS CUALIDADES QUE HAN DETERMINADO LA DECLARACION DE VOLUNTAD (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—El error en la sustancia, manifestación la más característica del error vicio, con ejemplos que arrancan del Derecho romano y han pasado a nuestro Derecho histórico, cobra en el artículo 1.266 del Código Civil una más amplia dirección, pues si menciona la «sustancia» ni la desliga de la motivación del contrato y por ello habrá de entenderse, con la más autorizada doctrina, que el error sobre la sustancia equivale a intelección defectuosa o equivocado conocimiento de las cualidades que han determinado la declaración de voluntad como causa con-

creta, para desvelar la cual serán de ordinario reveladoras las expresiones de los otorgantes sobre lo que constituye la finalidad del negocio, y si acomodándose al sentido inequívoco del precepto la jurisprudencia adopta una concepción subjetiva en trance de valorar la esencialidad, no por ello deberán desecharse los criterios objetivos, puesto que generalmente la común opinión del tráfico económico-jurídico sobre lo que es relevante y primordial en el bien objeto del contrato, coincidirá con lo deseado por las partes al emitir su declaración.

LOS JUECES TIENEN LA FACULTAD DE ESCOGER LA NORMA JURIDICA APLICABLE. SI EL CONTRATO PRELIMINAR REUNE TODOS LOS ELEMENTOS DEL DEFINITIVO, PUEDE EXIGIRSE EL CUMPLIMIENTO DE ESTE ULTIMO (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—En nuestro ordenamiento jurídico gozan los juzgadores de la facultad de indagar y escoger la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aunque no la hubiesen invocado las partes, como así lo reconocen los apogemas jurídicos *jura novit curia* y *da mihi factum et ego dabo tibi jus*, si bien esta actuación de los Tribunales ha de estar subordinada a la iniciativa privada de los interesados, siendo obligada la vinculación de los hechos debidamente contrastados, mas en cuanto a las normas aducidas por las partes hay que combinarlas con los poderes y deberes del juzgador, y por ello la no designación de norma por la parte, o su alegación errónea, no tendrá repercusión para la eficacia de la pretensión o defensa si el hecho fijado encaja en la norma que el juzgador estime correcta.

Cuando en el contrato preliminar han quedado determinados de manera total y completa los elementos y circunstancias de la prometida compraventa, y consta de un modo indubitado en aquel contrato la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, la resistencia de una de ellas a concluir ésta no da lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra parte a exigir el cumplimiento, no solo de la promesa, sino también del contrato definitivo.

EL ARTICULO 1.127 DEL CODIGO CIVIL NO AUTORIZA AL DEUDOR A ACUDIR A LA LIBERACION ANTICIPADA (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—Si bien en la concepción clásica el plazo era estimado como beneficio del deudor, según puede leerse en un texto del Digesto (*diei adiectionem pro reo esse, non pro estipulare*), que parece informar nuestro derecho histórico, criterio también seguido por el artículo 1.407 del Proyecto de 1851 y por los ordenamientos positivos más modernos, a cuyo tenor el tiempo opera como limitación a la facultad de exigir por parte del acreedor, pero no constriñe la del deudor para liberarse, no puede desconocerse que el Código Civil patrio adopta distinta solución,

pues el artículo 1.127 presume que el término responde a beneficio o interés común de los contratantes y por lo tanto si descarta la posibilidad de reclamar el pago en lo concerniente al acreedor, tampoco autoriza al deudor para acudir a la liberación anticipada.

RESPONSABILIDAD POR CULPA: CRITERIOS OBJETIVISTAS (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—Como dice una autorizada doctrina, hay que estar más a la prueba positiva o negativa de la concurrencia de elementos o circunstancias concretamente señaladas por la Ley, que a la determinación de la culpa en sentido estricto, y aun más podríamos añadir, que la apreciación probatoria de las circunstancias, o bien la conducta contractual o extracontractual del demandado, será regla decisiva para estimar o no la responsabilidad exigible, una vez probado el hecho generador de ésta.

Si bien es cierto que el artículo 1.591 establece una presunción de culpa, dando a aquélla un matiz objetivista, con un fundamento social encomiable (sobre todo en la modalidad del artículo 1.909 del Código Civil), también lo es que esa presunción —por su calidad de tal, aparte de jugar con más rigor frente a tercero— admite la prueba en contrario.

DE UN DAÑO CAUSADO EN ACCIDENTE DE CIRCULACION NACEN LA ACCION EJECUTIVA Y LA ORDINARIA (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—De todo evento dañoso acaecido a causa de la circulación de vehículos de motor, pueden nacer dos acciones civiles perfectamente diferenciadas, como son la especial ejecutiva, derivada del seguro obligatorio, y la ordinaria de reclamación de daños y perjuicios, ambas compatibles, si bien ofrecen características distintas una y otra, pues la cuantía de la indemnización exigible por la primera está limitada legalmente, es de naturaleza objetiva y va dirigida contra la Compañía que responde del seguro obligatorio, mientras que la acción ordinaria tiene su base en la culpa extracontractual y se dirige contra el autor del acto causante de los daños que son objeto de reclamación o contra la persona que viene obligada a responder por los actos culposos de otra, al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, sin que la cantidad a reclamar en concepto de esa indemnización tenga limitación alguna legal, y como aun teniendo ambas acciones un origen común, su trayectoria procesal se diversifica, es indudable que la interferencia de una y otra, de seguirse al mismo tiempo, podría dar lugar a decisiones contradictorias, lo que hace haya de tener prioridad la ejecutiva, nacida del contrato de seguro obligatorio, sobre la ordinaria, de lo que se deduce la necesidad para el perjudicado de ejercitar antes aquella y agotar sus trámites hasta la resolución definitiva, a partir de la cual podrá actuarse la ordinaria en el plazo legal de un año, establecido en el artículo 1.968, 2.º del Código Civil, por lo

que, en este supuesto, el plazo de prescripción de la acción ordinaria comenzará a transcurrir a partir de la firmeza de la resolución recaída en el procedimiento ejecutivo.

LA SOLIDARIDAD NO PRECISA QUE SE EMPLEE NECESARIAMENTE ESE TERMINO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—La Jurisprudencia de esta Sala ha puntualizado la esencia de la solidaridad contradistinguiéndola de la mancomunidad simple, pues así como la solidaridad en los deudores atribuye a cada uno el deber de prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación, pudiendo el acreedor dirigirse contra cualquiera de ellos o contra todos, simultánea o sucesivamente, hasta lograr el completo pago de la deuda, la sola concurrencia de aquéllos sin la existencia del indicado vínculo, que, como agravatorio de su responsabilidad, no es presumible, hace que la deuda se reputé dividida en tantas, distintas, iguales o desiguales (en la duda lo primero), como deudores haya, la jurisprudencia fue declarando que, para hallar la solidaridad no se precisa la utilización del término por modo necesario, conformándose con la idea de la misma; bastando que la voluntad se manifieste siquiera no sea con palabras, si los actos reveladores son bastantes a alumbrarla y darla a conocer con claridad; indagación que puede extenderse, desde la declaración de voluntad a los hechos que la acompañan y circunstancias en que se produzca, en cuanto por unos u otras se trasparente la idea solidaria; el pacto expreso de solidaridad no es exigido por la doctrina científica, ni en cierto modo por la jurisprudencia misma, dándose así una interpretación semicorrecta al artículo 1.137, como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, lo mismo que en la garantía de los perjudicados en actos ilícitos extracontractuales.

HAY PRESTACION DIVERSA A LA DEBIDA CUANDO EL OBJETO SEA INHABIL PARA LA FINALIDAD BUSCADA POR EL COMPRADOR (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—Sin dejar de reconocer la jurisprudencia las dificultades que ofrece en la realidad la distinción segura entre la prestación diversa y los vicios de la cosa, se orienta a entender que se estará en la hipótesis de entrega de cosa distinta o *aliud pro alio*, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador, que permite acudir a la protección dispensada por los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, supuesto que no debe ser confundido con el de prestación defectuosa en la esfera mercantil por vicios en la mercadería, sometida a la regulación específica del saneamiento conforme al Código de Comercio.

LA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA POR LA JURISDICCION CASTRENSE SOLO VINCULA AL JUEZ CIVIL EN CUANTO DESCRIBE LA ACTIVIDAD Y DEFINE LA ANTIJURICIDAD DEL HECHO
(SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1982).

Hechos.—Un operario, actuando con un soplete, originó por imprudencia un incendio en un cuartel que estaba en obras. Se le siguió Consejo de Guerra y fue condenado a un mes de privación de libertad y a indemnizar al Estado en quince millones. Siendo insolvente el condenado, se demanda al empresario ante la jurisdicción civil. Como solo es condenado a indemnizar en dos millones, el Abogado del Estado recurre, infructuosamente, al Supremo.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 711 del Código de Justicia Militar es indudable que por lo que respecta a la responsabilidad civil de terceras personas que puedan resultar implicadas con tal carácter como derivación de la responsabilidad criminal afectante a otra u otras, constituye una excepción a la norma general contenida en el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, norma según la que, ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar, siendo obvio que la denotada excepción, que, en definitiva, institucionaliza una reserva de las acciones que a los interesados puedan corresponder contra los terceros que puedan resultar civilmente responsables, no circunscribe el alcance del procedimiento civil que de ella pueda derivar; de habersele podido exigir al tercero presuntamente responsable civilmente en el procedimiento penal la responsabilidad que le podía afectar como tal, gozaba de las posibilidades de defensa en el período de instrucción sumarial que conceden los artículos 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como en la fase de juicio oral aquellas a que se contraen entre otras, las normas contenidas en los artículos 650, 652, 692 y 700 de la propia Ley.

Todo lo que abona la conclusión de que si en el presente procedimiento civil a que se ha llegado en razón a lo imperativamente preceptuado en el artículo 711 del Código de Justicia Militar, no pudiera el demandado en su calidad de tercero presuntamente responsable civilmente, cuestionar los extremos referentes a tal presunta responsabilidad, se ocasionaría la total indefensión del mismo, y se extenderían los efectos de la cosa juzgada material a tercera persona, con infracción del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

La Sentencia condenatoria de índole penal dictada por la jurisdicción castrense solo vincula al Juez civil en cuanto describe la actividad y el resultado calificado como delito, así como en cuanto define la antijuricidad del hecho y la culpabilidad del reo, con la puntualización en cuanto al resultado que la causación prejuzgada ha de entenderse como resultado físico o natural y no como dato cuantificado que afecte sin más a tercero contra quien no se establece pronunciamiento alguno de condena.

EL MARIDO AL ADMINISTRAR NO REPRESENTA A LA MUJER SINO A LA COMUNIDAD GANANCIAL (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1982).

Doctrina de la Sentencia.—La sociedad legal de gananciales constituye más que una sociedad civil propiamente dicha, un patrimonio común con un destino peculiar, adscrito a los fines económicos matrimoniales, susceptible de aumento, disminución y mejora, pero carente de personalidad jurídica en sentido estricto; a diferencia del nuevo régimen instaurado por la Ley de 1981, en el cual ambos cónyuges son coadministradores y codisponentes, el marido era por regla general el administrador y gestor de la comunidad, con potestad para administrar y enajenar a título oneroso los bienes comunes y consiguiente vinculación del patrimonio a sus actos, con las limitaciones señaladas en los artículos 1.413 y concordantes del Código Civil; el marido al administrar y disponer no representa a la mujer sino a la comunidad o patrimonio ganancial, la mujer no ha de ser demandada por lo tanto en los pleitos entablados contra el marido como gestor de la sociedad conyugal, porque no establecido un régimen de disposición de ciertos bienes, la mujer no es parte aunque consienta el acto. Si bien antes de la reforma efectuada por la Ley de 2 de mayo de 1975, era doctrinalmente discutible la clase de sanción aplicable a los actos dispositivos del marido sin consentimiento de la mujer, luego de dicha modificación, quedó el tema legal terminantemente aclarado por lo dispuesto en los artículos 65 y 1.301, último párrafo, del Código Civil, que los sancionaron con la simple anulabilidad. El contrato o acto oneroso celebrado por el marido, sin la concurrencia de la mujer (que no es lo mismo que sin o contra su voluntad), no supone arrogarse una representación de la que aquel carece sino un acto cuando se refiere a bienes gananciales aquejado de un defecto subsanable, en cuanto pudo, antes o después, ser consentido o ratificado por la mujer.

J. Q. S.

IV. FAMILIA

RECONOCIMIENTO DE FILIACION NATURAL.—Artículo 135-2.º del Código Civil, artículo 1.249 del Código Civil: *actos integrantes de la posesión de estado, valor de la prueba de presunciones: CARRASCO c. CARDENO y otros* (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Antecedentes.—Los tres hermanos demandantes —uno de ellos, además, como representante legal de una hija menor— entablaron demanda contra los herederos del fallecido don Juan. La demanda se fundamentaba en los siguientes *hechos*, que quedaron probados ya ante el juzgador de primera instancia:

1. En 1941 doña E. entró al servicio de don J. en la casa de éste en una pequeña localidad, siendo *ambos viudos*. La convivencia durante largos

años origina unas relaciones íntimas, fruto de las cuales es el nacimiento de tres hijos, nacidos en 1944, 1948 y 1950, que *son los demandantes*.

2. Las relaciones entre doña E. y don J. son continuadas y normales, atendiendo el padre don J. a aquélla y a sus hijos en todos los aspectos, sufragando los gastos de alimentación, vestido y educación de los citados hijos, pagando las facturas de colegios y comercios que se le pasaban y figurando incluso inscritos en los colegios con su mismo apellido como sus hijos y sin oponerse a ello.

3. Dicha relación y situación entre ambos fue mantenida a lo largo de muchos años, desde el nacimiento de los hijos hasta 1964, alcanzando un estado de opinión pública de ser tales niños hijos de don J.

4. Interrumpidas tales relaciones en 1964, al siguiente año 1965 es demandado de conciliación don J. por doña E., celebrándose el acto sin asistencia de aquél.

5. En 1968 fallece don J., en estado de casado con doña A. y dejando hijos del matrimonio.

6. En 1969 se interpone por doña E. demanda de conciliación contra la hija doña A., que no asiste al acto.

La demanda se entabla contra la referida doña A. como única hija y heredera de su fallecido padre don J. y —por muerte de doña A.— contra su hijo don A. como heredero de la finada. Termina con la *súplica* de que se dicte sentencia por la que se declare que don ... (los tres demandantes) son hijos naturales de don J., que tienen derecho a usar como primer apellido el de éste, y que son herederos del mismo en la proporción y forma que para los de su clase establece el Código Civil, así como que tienen derecho a alimentos en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia. Con condena a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de las costas.

La parte demandada no compareció, por lo que se la declaró en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia de 11 de agosto de 1971 en la que, estimando en parte la demanda, declaró: 1. Que don... (los demandantes) son hijos naturales de don J.; 2. Que, como consecuencia de ello, tienen derecho a usar como primer apellido el de C.; 3. Que también tienen derecho a percibir la porción hereditaria que se determina en los artículos 840 y 942 del Código Civil en la herencia de don J. Al mismo tiempo se desestima la pretensión deducida respecto al derecho de los mismos a percibir alimentos. Se condena a los herederos del citado don J., que lo son también de la demandada originaria doña A. hija de aquél, a estar y pasar por tales declaraciones. Sin especial pronunciamiento en costas.

La Audiencia Territorial dictó Sentencia el 27 de noviembre de 1972 en la que confirma totalmente la sentencia apelada, sin declaración de costas. De entre sus argumentaciones, en el *cuarto* de sus Considerandos trata de la prueba de presunciones y habla de «la posibilidad de hacer uso de ella cuando los hechos básicos en que la presunción se funda están acreditados...» Al tratar de la prueba testifical, saca la consecuencia, que dice evidente, de que «en el lugar de residencia de la madre de los actores, por todo

el vecindario se tenía al señor C. como padre de los hijos habidos de su unión con su antigua sirvienta» (1).

Por los demandados se interpuso recurso de casación por infracción de ley, basándolo en los siguientes motivos:

1. Con base en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de las pruebas: cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero y 24 de marzo de 1927, 2 de marzo de 1929, 7 de noviembre de 1896, 26 de mayo de 1920 y 8 de octubre de 1951. Porque si bien es cierto que la posesión de estado de hijo natural constituye una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde a la Sala sentenciadora, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en las Sentencias citadas, también corresponde al propio Tribunal Supremo examinar los hechos que se dan como probados, para definir si el padre hizo el reconocimiento tácito (arg. art. 135-2 del Código Civil). Al aplicar en este motivo el error de hecho al transcrito número segundo del artículo 135 del Código Civil, destaca el término «continúa», porque cree que aquí ha estado el error de la Sala de Instancia, ya que las relaciones han de ser continuas y «nunca interrumpidas». Examina las pruebas practicadas en primera instancia y estima que la posesión de estado de hijo natural no se ha acreditado por prueba directa, que no han existido actos reiterados que por su naturaleza y circunstancias determinen una situación de hecho de carácter permanente y que ni siquiera han existido actos demostrativos más o menos ostentosos, permisibles de por sí para el dictado de una Sentencia tan acorde con el *petitum*.

2. Con base en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del número segundo del artículo 135 del Código Civil, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1931, 31 de diciembre de 1902, 16 de enero de 1932, 8 de abril de 1915, 24 de marzo de 1927, entre otras. Dicho precepto mal aplicado exige «posesión continua», lo que significa *no interrupción*: esto no ha ocurrido jamás en este caso, ya que a lo sumo podría apreciarse una consideración, atención o deferencia con determinada persona que prestó unos servicios, en tanto que los actos de don J. sólo revelan un interés con la madre que puede dimanar de otras causas y por sí no acreditan la posesión de estado. Además, existe un silencio inicial de quince años (hasta 1959 no aparece prueba documental alguna), con lo que el concepto de «continuidad» —que exige a su vez el de «iniciación»— no aparece de ninguna forma.

El supuesto padre no solo no realizó «actos directos» acreditativos del estado de hijo natural, sino que lo negó al ser demandado en pobreza. Y si quien pudo reconocer no lo hizo, no se puede dar valor a manifestaciones contrapuestas, producto del chismorreó pueblerino. Podría haberse interrogado a los médicos o matronas que asistieron a doña E. en sus partos y preguntarles quién les pagó los honorarios.

Se alega finalmente que en este pleito falta «un certificado de buena conducta de la señora E.» (*sic*).

3. Con base en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del artículo 1.252 del Código Civil en relación con el artículo 135-2 del Código Civil, aplicación indebida

(1) Tales argumentaciones vienen transcritas en el Considerando 2, de donde se extraen.

del artículo 1.249 del Código Civil, e infracción de la Jurisprudencia que los interpreta (cita Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1954, 24 de febrero de 1966, 8 de febrero de 1971 y 19 de enero de 1931): porque no procede correctamente el Tribunal sentenciador cuando, aun admitiendo el hecho de que los testigos no fueron concordes y se manifestaron contrariamente, da crédito a unos y desprecia a los otros que actuaron con la plena garantía de la Ley Procesal.

Fue Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, que sienta en sus Considerandos la siguiente doctrina:

1. *El primer motivo del recurso no puede prosperar y ha de ser desestimado, porque para que «el error de hecho en la apreciación de la prueba» que se denuncia pudiera tomarse en cuenta —dando por supuesto que el mismo se concreta en cuanto que la sentencia estima la posesión de estado de hijos naturales de don... (los demandantes), lo que no se expresa en el motivo— sería preciso que de documentos o actos auténticos obrantes en autos, individualmente especificados, se evidenciara la equivocación sufrida por el juzgador, por existir una clara e irrefutable contradicción entre el hecho que se afirma en la sentencia —deducido del conjunto de la prueba practicada o de algún elemento singular de la misma— y el que dichos documentos o actos auténticos patentizaron. Como en el supuesto de autos, frente a aquel hecho que la sentencia da por probado no se acude a determinado o determinados documentos o actos auténticos, sino que lo que hace el recurrente es ir analizando conforme a su subjetivo e interesado criterio la prueba documental, la testifical y la de confesión, para deducir sus propias conclusiones, que intenta hacer prevalecer sobre las objetivas del juzgador de Instancia.*

Tal desestimación ha de aparejar la del *segundo motivo*, porque en el mismo el recurrente hace supuesto de la cuestión, ya que —prescindiendo de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida— da por sentados los que deduce de aquel error, que ha resultado inexistente.

2. En el *motivo tercero* se denuncian... (2).

Se hace caso omiso en cuanto a la *primera infracción denunciada* (3), por su extemporánea, improcedente e inconsistente alegación, en este momento y por dicha vía.

Con exclusiva remisión a la *segunda infracción denunciada*, es lo cierto que la conclusión a la que llega el juzgador de mediar aquella posesión de estado es consecuencia de los hechos que el de primera instancia da por probados y que íntegramente acepta el Tribunal «a quo», y que se pueden concretar en que... (4). Ese estado de opinión pública de ser los actores hijos de don J., al ser aceptado por éste, revela una voluntad firme y espontánea de tratarlos como hijos, «tractatus» o «reputatio» que, como elemento de hecho, caracteriza a la posesión de estado.

(2) El Considerando recoge seguidamente en este lugar todos los artículos que se citan como infringidos y el concepto en que se denuncian.

(3) Así, en el Considerando, sin referirse a cuál sea esta infracción: del contexto parece desprenderse que se refiere al artículo 1.252 del Código Civil.

(4) En este lugar se recogen los hechos sentados como probados por el Juez de Primera Instancia, en la misma forma que más arriba he presentado en los números 1 al 3 (ambos inclusive) de los Antecedentes.

(En cuanto a *la tercera infracción denunciada*, sobre la prueba de presunciones) (5) ... Sin que, por tanto, se haya acudido por el juzgador a la prueba de presunciones, pues, aun *rebatendo* las conclusiones formuladas por la parte demandada y *en contra* de la alegación de «no haber presentado los actores sino una serie de testigos que en junto han manifestado que conocen por referencia, por rumores o incluso de forma notoria que el señor C. tuvo tres hijos con la señora C.»— la sentencia recurrida trata en el cuarto de sus Considerandos... (6). Por lo que por el juzgador no se ha hecho uso de la prueba de presunciones, con lo que mal puede decirse que haya aplicado indebidamente el artículo 1.249 del Código Civil.

Teniendo, por tanto, este motivo que ser *desestimado*, al igual que los anteriores.

3. Al declararse no haber lugar al recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede condenar al recurrente al pago de todas las costas y a la pérdida del depósito constituido.

Fallo.—No ha lugar.

NOTAS.—1. *Ideas previas.*—La particularidad más notable del supuesto de hecho subyacente a este litigio —a diferencia del de *Albareda c. Pérez* resuelto por la *Sentencia de 13 de julio de 1973*, por mí comentada en esta REVISTA— es la que se deriva de su *presentación fáctica*. Los hechos se producen en una pequeña población rural de media sierra, con todos los requisitos de *la constancia* y *la continuidad* en la situación fáctica, y sus secuelas de un conocimiento directo e inmediato por los vecinos —llamados luego como *testigos*— y de una inmediatividad en el conocimiento y percepción del juzgador de primera instancia. A mi manera de ver, es el dato fundamental y relevante en el caso que resuelve la presente Sentencia.

La segunda particularidad, consecuencia directa de la otra señalada, es la de la posibilidad de una *valoración* social y jurídica adecuada al sentido común y a la justicia. La notoriedad de la situación y las circunstancias son apreciadas, en primer lugar, por los testigos y, en último lugar, por el juzgador de instancia. Esa valoración conduce a una apreciación directa de la prueba, que resultará decisiva en el litigio.

2. *El tema de la posesión de estado.*—Me he referido sucintamente a este punto en mis *notas* a la Sentencia citada de 13 de julio de 1973, recogiendo las aportaciones más interesantes de la doctrina patria y parte de las orientaciones jurisprudenciales. A dicho lugar y a las imprescindibles notas bibliográficas allí presentadas, me remito ahora.

De las consideraciones presentadas en dicho lugar me interesa resaltar aquí los requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia en cuanto a la constancia y a la continuidad de esa posesión de estado, se dan con notable claridad en el caso de autos. También se da en el caso *la especial circunstancia* de que el recurrente plantea en su *motivo 1.º* la denuncia del error de hecho en la apreciación de la prueba *por la vía* del núme-

(5) Introduzco aquí *toda la frase entre paréntesis* como nexo o hilo conductor del razonamiento y clarificador del sentido de la decisión, ya que en la abigarrada *redacción* literal de la sentencia viene todo el argumento sin interrupción alguna, de tal forma que el inciso «sin que, por tanto», con el que empieza este apartado viene a continuación de la frase precedente que termina con «posesión de estado».

(6) En este lugar recoge el Considerando la argumentación de la Sala de la Audiencia, en la misma forma que he presentado en su lugar, en nota 1 precedente.

ro 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como reiteradamente venía exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo para estos supuestos de denuncia.

De las consideraciones doctrinales, interesa retener aquí la idea de A. M. LÓPEZ LÓPEZ (7) de rechazar la equiparación usual jurisprudencial entre posesión de estado y reconocimiento tácito y la consideración usual prevalente del *tractatus* o comportamiento del padre hacia el hijo natural, y de entender como fundamental el elemento de *fama* o *reputatio*.

En las particularidades del litigio resuelto por el Tribunal Supremo resalta el dato básico de que el considerando 1.º rechaza el motivo 1.º aludido porque ese pretendido error de hecho *no se concreta* y, además, *es preciso deducirlo* de documentos auténticos que evidencien el error del juzgador. Lo que, como inevitable efecto reflejo, lleva al resultado de rechazar también el motivo 2.º —en el que se prescinde de los hechos ya probados y se dan por sentados otros que deduce el recurrente— en el que denunciaba la indebida aplicación del artículo 135-2.º del Código Civil porque a los actos *directos* del padre faltaban la iniciación y la continuidad de la posesión de estado, lo que obviamente iba *contra* la prueba evidente practicada.

En el motivo 3.º se denuncia —como segunda infracción— la indebida aplicación del artículo 135, párrafo 2.º, del Código Civil en cuanto a la posesión de estado y la jurisprudencia que lo desarrolla —entre cuyas Sentencias cita la de 8 de febrero de 1971 (8)—. Motivo rechazado en el considerando 2.º al precisar que la *conclusión* a la que llega el juzgador es *consecuencia de los derechos probados* y que tales hechos *son el tractatus o reputatio que caracteriza a la posesión de estado*, y revelan una *voluntad* firme y espontánea de tratarlos como hijos. Son estas argumentaciones finales las que inducen a una cierta reflexión y las que suscitan alguna duda.

Una primera observación es que me parece cuando menos discutible que sean una misma cosa el *tractatus* y la *reputatio*. Precisiones semánticas a un lado, el *tractatus* equivale al comportamiento y viene segudamente incapsulado en un elemento voluntarista en la sentencia, muy en línea tradicional del Alto Tribunal. Esa equiparación, ya denunciada por LÓPEZ LÓPEZ como dije antes, parece incidir en el viejo tema del reconocimiento tácito, en detrimento de la otra idea implícita en la *fama* o *reputatio* insita en todo fenómeno posesorio o de apariencia jurídica en función del caso concreto.

Una segunda observación es la derivada de la cita por el recurrente de la *Sentencia de 8 de febrero de 1971*, por mí recensionada y anotada en esta REVISTA. Un examen de la misma nos llevaría a postular que no tiene nada que ver con el presente litigio, dado que se trataba de una situación concubinaría o —como gusta llamarse modernamente (9)— de pareja es-

(7) Cfr. *La posesión de estado familiar*, Sevilla, 1971, págs. 134 y ss.

(8) Véase mi presentación, anotación y recensión en esta Revista, núm. 493, 1972, págs. 1387 y ss.

(9) En la doctrina jurídica patria nadie se había ocupado del tema, al parecer por inexistencia del mismo (!). Recientemente, cfr. FOSAR BENLLOCH: «La Constitución de 1978 y la unión libre», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, págs. 887 y ss. De entre los grandes tratadistas, tan sólo el profesor LACRUZ BERDEJO ha dedicado su atención al tema en el epígrafe VIII de su reciente libro sobre *Derecho de Familia (Conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, págs. 575 y ss. Para una visión de conjunto dentro de un mayor contexto, y para Europa, es indispensable la consulta del «Raport» final del XI Coloquio de Derecho Europeo de Messina (días 8 al 10 de julio de 1981), coordinado por el profesor A. FAIZEA en torno al orden del día sobre *Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés*, ed. Conseil de L'Europe, Strasbourg, 1982, y allí los informes de MÜLLER-FRIENFELS (pág. 62) y FAIZEA (pág. 152), y la nota de MERINO HERNÁNDEZ (pág. 230).

table no casada, unión extramatrimonial o libre. Y en dicha sentencia se valoraba de modo fundamental la *reputatio* o *fama* aunque no fueran actos *ostensibles* del padre. De otra parte, en el recurso no se hacía referencia a otra Sentencia de posible aplicación al caso —la de 4 de mayo de 1964 (10)—, quizá porque no interesaba al recurrente, dada la similitud entre ambas actuaciones de hecho y el resultado final idéntico de cambio de comportamiento del padre de forma súbita y desaparición para contraer matrimonio con otra mujer. Pero es evidente que lo que en esta Sentencia de 1964 se califica como *tractatus* o comportamiento del padre para con el hijo es la misma situación que la que aquí contemplada en el caso de autos. E idéntica es la situación fáctica de la Sentencia de 22 de mayo de 1969 (11).

Una tercera observación es la posible proyección *hacia adelante* de esta sentencia anotada, o sea, en cuanto al futuro. ¿Será considerada como un paso en la postulada línea aperturista en tema de filiación no matrimonial? ¿Se seguirá la habitual línea voluntarista y prohibitiva tradicional? ¿Se entenderá que la Constitución de 1978 impone una vigencia inmediata y directa de los nuevos principios en ella proclamados?

Una observación final en este tema impone una exigencia de atender al caso concreto planteado y sobrevalorar el elemento fáctico de la *reputatio* como directamente caracterizador de la situación posesoria derivada de la apariencia jurídica.

3. *El tema de la prueba de presunciones.*—En este punto no cabe sino la remisión a la muy reciente aportación doctrinal de M. SERRA DOMÍNGUEZ, en su comentario a los artículos 1.249 a 1.253 del Código Civil (12) y sus consideraciones acerca de las presunciones, poniendo de relieve las discrepancias doctrinales en torno a la presunción, la hipovaluación de la la presunción, su distinción de la prueba de indicios, los principios determinantes de la presunción y el carácter procesal probatorio de la presunción. A dicha obra me remito para todo lo relacionado con el tema, a salvo las especiales connotaciones en el caso de autos.

Recoge dicho autor la idea del viejo aforismo según el cual «las presunciones se pesan y no se cuentan», demostrativo a su juicio de la extraordinaria importancia de la *convicción judicial* en la formación de las presunciones. Distingue entre la actividad presuntiva del Juez y las restantes actividades valorativas de la prueba y considera que la presunción constituye un sistema normal de elaboración de hechos por el Juez que opera forzosamente cualquiera que fuere la regulación legal. Entiende que los principios determinantes de la presunción son los de normalidad —íntimamente enlazado con el de causalidad— y el de oportunidad, principios que se proyectan en todas y cada una de las esferas naturales (mundo físico, mundo animal, mundo racional). Siguiendo a CARNELUTTI distingue entre fuentes de prueba y fuentes de presunción, entre la presunción y las reglas de apreciación de la prueba, y entre la presunción y las reglas sobre la carga de la prueba, finalizando con la consideración de la sustantividad

(10) Véase en PUIG BRUTAU: *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo IV, vol. 2.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, págs. 126 y ss.

(11) Véase mi presentación, anotación, recensión y comentario en esta Revista, núm. 480, 1970, páginas 1275 y ss.

(12) Véase *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1981, tomo XVI, volumen 2.º, págs. 343 y ss.

de la presunción en el ámbito probatorio, como elemento vital del mecanismo de la prueba (13).

Una vez presentada esta síntesis de las recientes ideas de nuestra doctrina en tema de presunciones, al examinar la vertiente de la aplicabilidad del tema al supuesto de hecho contemplado en el litigio examinado, la primera observación aparente es que no parece tener nada que ver todo lo expuesto con los hechos tal como se presentaron en el litigio, ni con las argumentaciones del recurso, ni con las consideraciones de las sentencias de primero y segundo grado.

Efectivamente, en el *motivo* 3.º del recurso se denuncia —por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— la aplicación indebida del artículo 1.252, en relación con el 135-2.º y el artículo 1.249, todos ellos del Código Civil, pero todo ello de forma genérica, sin deslindar y sin desarrollo del motivo, con unas ligeras alusiones incidentales y con una referencia final a la prueba *testifical*. Y a mi modo de ver, nada de ello tiene que ver con las presunciones, ni con las sentencias de primero y segundo grado recurridas.

Por todo lo cual, es perfectamente natural y lógico que el considerando 2.º de la Sentencia del Tribunal Supremo rechaze globalmente dicho motivo 3.º, distinguiendo en su argumentación *las tres infracciones denunciadas* por el recurrente. A la *segunda* infracción denunciada, en cuanto al artículo 135-2.º del Código Civil y la posesión de estado, me he referido en el epígrafe 2 precedente. La *primera* infracción denunciada es la del artículo 1.252 del Código Civil, en relación con *la cosa juzgada*, presunción que no parece tenga que ver con el litigio, y de ahí su inadmisión. Y en la *tercera* infracción denunciada, en orden al artículo 1.249 del Código Civil y la prueba de presunciones, es evidente que de la exposición hecha por el relator del litigio no aparece ninguna utilización de las presunciones —a salvo la ligerísima alusión en el considerando 4.º de la Sentencia de la Audiencia— y sí la valoración de la prueba *testifical*.

De todo ello se desprende con notable claridad que el juzgador no había hecho ningún uso de la prueba de presunciones y, por contra, había valorado muy directamente —por su inmediatez— el hecho de la prueba *testifical* practicada con vecinos del lugar conocedores de la notoriedad de los hechos.

En resumen, es la valoración sociológica efectuada por el juzgador de instancia el elemento básico, infraestructural, en este litigio.

4. *Resumen*.—Es hora de finalizar estas breves notas con unas consideraciones finales como sigue:

- Es fundamental en el litigio la valoración sociológica y jurídica de la prueba *testifical* por el juzgador de instancia, dejando probados los hechos.

- La indistinción entre *tractatus* y *reputatio* en la sentencia no puede hacer olvidar que es fundamental el elemento fáctico de la *fama* o *reputatio* como directamente caracterizador de la situación *posesión de estado* derivada de la apariencia jurídica.

- La caracterización del *tractatus* o comportamiento del padre como

(13) Véase *op. cit.*, especialmente págs. 557 y ss. y 569 y ss., y el comentario al artículo 1.249 del Código Civil en págs. 575 y ss., especialmente 578 y ss., y 585 y ss. (indicios, prueba de la afirmación base de la presunción, etc.).

reveladora de *una voluntad firme y espontánea* —en la dicción de la Sentencia— parece incidir en el viejo tema del reconocimiento tácito, hoy abandonado por nuestra mejor doctrina.

- El tema de la prueba de presunciones no tenía nada que ver con el litigio.

- La decisión de esta Sentencia puede valorarse positivamente en función de los resultados a que llega, aunque sean discutibles algunas de las razones determinantes de la decisión.

Parece posible el encuadre de esta sentencia dentro de la línea de evolución moderadamente aperturista de nuestra habitual jurisprudencia, tan restrictiva en este tema. Al menos, en cuanto a *la posesión de estado*, es una decisión moderna y elogiabile.

La decisión del Tribunal Supremo, basada en una prueba testifical cualificada por la inmediatividad y la vecindad, es formal y materialmente justa.

J. C. G.