



Roj: **STS 3948/1991 - ECLI:ES:TS:1991:3948**

Id Cendoj: **28079110011991100117**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/07/1991**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **LUIS MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 537.-Sentencia de 8 de julio de 1991

PONENTE: Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez.

PROCEDIMIENTO: Menor cuantía.

MATERIA: Paternidad y filiación.

NORMAS APLICADAS: CE 39 . CC 127 y ss.

DOCTRINA: Según expone la sentencia de la Audiencia, un sector de la doctrina entiende que presunto progenitor no está facultado para reclamar una paternidad no matrimonial, cuando frente a ella se alza otra legalmente determinada que tiene carácter matrimonial, 131 del Código Civil , puesto que en ese caso, la legitimación activa se confiere exclusivamente al hijo, mientras que, por el contrario, otros estiman que es posible el ejercicio de esa pretensión por el progenitor, cuando la misma se derive de la posesión constante del estado (131 en relación con 134 CC), convirtiéndose así la posesión de estado en fuente de legitimación. Según el Tribunal Supremo tal posesión de estado jamás ha de entenderse que queda integrada o constituida cuando se pretende incorporarla en base a unas fotografías o unos documentos privados, respecto a relaciones más o menos particulares, existentes entre el actor y la esposa demandada, al margen de cuanto al respecto incorpore la siempre arriesgada prueba testifical. Ha de ratificarse el rehusé del motivo.

En la villa de Madrid, a ocho de julio de mil novecientos noventa y uno.

Vistos los autos número 380/87 de juicio declarativo de menor cuantía, por la Sala Primera de este Tribunal, compuesta por los Magistrados anotados al margen, instados por don Hugo contra don Juan y doña Marta , sobre paternidad y filiación, ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza, y seguidos en apelación ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que ante nos penden en virtud de recurso de casación interpuesto por don Hugo , representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Suárez Migoyo, y dirigido por el letrado don Antonio Rosado González Villarino, como parte recurrente, frente a don Juan y esposa, asistidos por el Letrado don Ignacio Martínez la Sierra, como la parte recurrida; compareciendo, a su vez, el M.º Fiscal.

Antecedentes de hecho

Primero: Por parte de la representación legal de don Hugo , se formalizó escrito de demanda de juicio declarativo de menor cuantía, sobre paternidad y filiación, en base a los hechos y fundamentos que estimó de aplicación al caso, ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza, contra don Juan y doña



Marta , que tramitada en forma se resolvió por sentencia de dicho Juzgado de fecha 30 de julio de 1987 en cuya parte dispositiva se dice: «Que careciendo de legitimación activa el demandante, absuelvo en la instancia a los demandados sin entrar a conocer del fondo del asunto.»

Segundo: Que por parte de la representación legal de la parte demandante, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación frente a dicha sentencia, que siendo admitido en ambos efectos se tramitó conforme a derecho por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, resolviéndolo por sentencia de fecha 24 de enero de 1989 en cuyo fallo se dice: «Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por... contra... debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la expresada sentencia recurrida, con expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.»

Tercero: Que por el Procurador de los Tribunales don Luis Suárez Migoyo, en nombre y representación de la parte demandante-apelante y ahora recurrente, se ha interpuesto recurso de casación frente a dicha sentencia de la Audiencia, en base a los siguientes motivos jurídicos:

- 1.º Al amparo del artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por error en la apreciación de la prueba.
- 2.º Al amparo del artículo 1.692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 131.1 del Código Civil .
- 3.º Al amparo del artículo 1.692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 131.2 del Código Civil en relación con el artículo 134 del mismo cuerpo legal.
- 4.º Al amparo del artículo 1.692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de la jurisprudencia que cita.
- 5.º Al amparo del artículo 1.692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 135 del Código Civil .

Cuarto: Que admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción se celebró la vista el día 2 de julio de 1991, compareciendo ambas partes.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez.

Fundamentos de Derecho

Primero: Por el actor se ejercita pretensión tendente a que se declare su paternidad extramatrimonial respecto al hijo del matrimonio demandado, pretensión, tramitada a través del juicio declarativo de menor cuantía, en cuya demanda expresamente se suplicó «se dicte sentencia por la que se declare que el niño Octavio es hijo del demandante don Hugo y de la demandada doña Marta , ordenando en consecuencia las correspondientes modificaciones en el Registro Civil, con imposición de costas a los demandados»; por el Juzgado de Primera Instancia se desestimó la misma al apreciar la falta de legitimación activa del demandante, absolviendo en la instancia a los demandados sin entrar a conocer del fondo del asunto, en base a que la acción es de reclamación e impugnación de paternidad de un presunto hijo no matrimonial, alegando que es el padre biológico, el cual figura como hijo matrimonial de los demandados, afirmándose que el primer problema planteado es la existencia o no de legitimación activa del demandante y que en base al artículo 134 del Código Civil , fundamento de la pretensión, se subraya que la materia de la filiación atañe a la intimidad de la persona, que las acciones de tal naturaleza pueden causar un grave trastorno a la estabilidad familiar y que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Constitución Española , no hay que olvidar que también se preceptúa en el mismo que los poderes públicos aseguran la protección social y jurídica de la familia y que el artículo 18.1 de la misma garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, por lo que se ha de ser estrictos al conceder la legitimación activa; que el artículo 134 del Código Civil exige se den alguna de las circunstancias que contemplan los artículos anteriores y la acción del artículo 131 requiere la constante posesión de estado con las circunstancias que integran la misma, posesión de estado que no es predicable en la relación entre el actor y el hijo del matrimonio, por lo que no está legitimado activamente para el ejercicio que dimana de ese artículo 131 del Código Civil el cual, a su vez ha de ponerse en relación con el párrafo 2.º del artículo 113 en donde se especifica que no es posible reclamar la filiación contradictoria sin impugnar previamente a la vez el título que la acredita; que, en consecuencia, faltando la constante posesión de estado, de conformidad con el artículo 133 del Código Civil , la acción de reclamación de filiación no matrimonial corresponde exclusivamente al hijo durante toda su vida, por lo que no es posible que el actor esté asistido de dicha legitimación, por lo que procede dictar la resolución expuesta, la cual fue objeto de recurso de apelación desestimado, asimismo, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de enero de 1989 , cuya «ratio decidendi», en síntesis, es como sigue: que el hijo del matrimonio demandado nació el día 16 de febrero de 1982, figurando inscrito en el Registro como hijo de los demandados, que por el actor, casado y padre de cuatro hijos, se reclama la paternidad no matrimonial del menor citado, impugnando la paternidad legítima



que ostenta apoyándose en el artículo 127 en relación con los 131 y 134 del Código Civil ; que, con base a la posibilidad de investigar la paternidad reconocida por el artículo 39 de la Constitución Española , hay que afirmar que el nuevo ordenamiento, según la propia exposición de motivos de la reforma, refleja la influencia de dos criterios, a veces encontrados, por una parte, el posibilitar el descubrimiento de la verdad biológica en todo caso y, por otro, impidiendo que, a voluntad de cualquier interesado, se pueda afectar, con el ejercicio de acciones, la propia estabilidad de las relaciones de estado que se ostentan en beneficio del propio hijo; que un sector de la doctrina entiende que el presunto progenitor no está facultado para reclamar una paternidad no matrimonial cuando frente a ella se alza otra legalmente determinada que tiene carácter matrimonial, artículo 131, puesto que en ese caso, la legitimación activa se confiere exclusivamente al hijo, mientras que, por el contrario, otros estiman que es posible el ejercicio de esa pretensión por el progenitor, cuando la misma se derive de la posesión constante de estado (art. 131 en relación con el art. 134) convirtiéndose así la posesión de estado en fuente de legitimación; que esta última posición, que es la más acorde con la pretensión del actor, exige que se integren las circunstancias relativas a dicha posesión, esto es, el «nomen», el «tractatus», y la «fama» o la «reputatio», cuyas circunstancias no son predicables en relación con el apelante, puesto que «nada significan los actos aislados, esporádicos y semiocultos» o particulares que aduce como fundamento para su pretensión, que no pueden servir para desmontar por una presunta prevalencia del principio de veracidad biológica la estabilidad de las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando, como ocurre en autos, el «menor ya vive en paz en una determinada relación de parentesco» y «convive como hijo matrimonial de forma habitual y normal en el seno de una familia», por lo que, en definitiva, procede confirmar la resolución de instancia; frente a cuya decisión se interpone el presente recurso de casación en base a los 5 motivos que son objeto de examen por la Sala.

Segundo: En el primer motivo se denuncia al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que la sentencia ha incurrido en el error en la apreciación de la prueba y que la denuncia descansa en los siguientes razonamientos y argumentos: 1.º las fotografías que obran en los documentos 2, 3 y 4 acompañados en el escrito de la demanda que han sido reconocidos por el autor de las mismas en la prueba testifical, que, igualmente, es obligado hacer referencia al reconocimiento por parte de la demandada de la autoría de los citados manuscritos que obran en los documentos 2, 3 y 4 de la demanda y que en razón a su cualidad profesional no es verosímil los suscribiera «bajo presiones», en base a lo cual, pues, se deriva, al no ser apreciado así, que la sentencia ha incurrido en la denuncia especificada: Y al punto se afirma que no es posible aceptar tales instrumentos por esta vía táctica, para impugnar las circunstancias de partida que fundan la convicción del Juzgador, ya que, en caso alguno, pueden entenderse que los mismos, alusivos a unas fotografías o a unos manuscritos, y cualquiera que sea la fidelidad o el contenido de las mismas, si, en su día, no fueron apreciados como elementos indicativos de una convicción contraria a la sustentada por la Sala, sean capaces, en este trámite estricto y extraordinario del recurso de casación, de motivar una alteración de dicha convicción, ya que, se repite, cualquiera que pudiera ser la impresión que se perciba en la compulsión de tales instrumentos, no cabe pueda afectar a justificar un cambio en el elemento de conocimiento que sirvió de base para dictar la resolución apelada; 2º como siguiente argumento de este primer motivo, se denuncia que la sentencia de primera instancia y la de apelación, han negado la posesión de estado de filiación no matrimonial del actor, sin tener en cuenta lo que se desprende de la documentación aludida, esto es, la estrecha relación entre el actor y el niño como si de padre o hijo se tratara, lo que se corrobora, asimismo, con las declaraciones testificales que constan, que no puede olvidarse se trata de una reclamación de una filiación no matrimonial, por lo cual, la posesión de estado en que se cimenta también es de este carácter y que, por ello, es comprensible que no tenga la misma ostentación que la posesión de estado matrimonial, por lo que por esa mayor flexibilidad en la posesión de estado es evidente que tales requisitos clásicos, igualmente han de valorarse con otro módulo distinto al de la posesión de estado en la filiación matrimonial, fundamentalmente, por lo que respecta al «tractatus», ya que no es posible encontrar igual intensidad en la convivencia familiar entre los interesados en una filiación o en otra, como la «fama» o la «Reputatio» que dependerá del círculo de personas en que se muevan los mismos, al margen de que, en cuando al «nomen», es evidente, pues, en este caso no lo ostenta el hijo pretendido, y, finalmente, se aduce acerca de la apreciación por la sentencia de que el niño actualmente vive en paz en el seno de una familia de forma habitual y normal, que para hacer esta afirmación no se ha tenido en cuenta la realidad que se desprende de tales documentos indicados en el argumento anterior: La adecuada respuesta a esta segunda parte del motivo conduce también a su rehuso porque, con independencia de que se participe en que, efectivamente, la posesión de estado en tema de filiación no matrimonial no puede estructurarse, en intensidad con los mismos presupuestos tácticos que, en su caso, provendrían cuando se trate de una filiación matrimonial, no ha de derivarse de tal posesión de estado - «tractatus», «fama»- aun cuando se reconozca que por la propia naturaleza de las cosas, normalmente entre el padre reclamante y el hijo destinatario de la pretensión de paternidad no suele darse con la misma normalidad que late en el seno del círculo de convivencia socio-familiar, no obstante (e, incluso, se destaque que en cuanto al «nomen», por lo general, tampoco es predicable) en cualquier caso -se repite-, por mucho que sea la flexibilidad moduladora



de los criterios apreciativos de tal posesión de estado, jamás ha de entenderse que dicha posesión queda integrada o constituida cuando, como en el caso de autos, se pretende incorporar la misma en base a unas fotografías o de unos documentos privados, respecto a relaciones más o menos particulares existentes entre el actor y la esposa demandada, al margen de cuanto al respecto incorpore la siempre arriesgada prueba testifical, por lo que si, además a ello se añade que la propia convicción de la Sala actuando bajo su principio de inmediación no entendió suficiente que esas circunstancias pudieran determinar la concurrencia de los presupuestos de dicha posesión de estado, no es procedente viabilizar la denuncia de que la misma ha violado la estructuración de dicha institución, y por lo tanto, ha de ratificarse cuanto al respecto se ha hecho constar anteriormente con el rehusar del motivo; en los demás motivos del recurso se denuncia por la vía del artículo 1.692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuanto se hace constar seguidamente: En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 131.1 del Código Civil y se afirma que procede la subsunción del supuesto de hecho en tal norma, porque entiende que el actor ostenta la posesión de estado de paternidad no matrimonial sobre el menor Octavio, y que, por tanto, está legitimado activamente para entablar la demanda y tiene acción para que se otorgue su paternidad sobre el menor; y de nuevo han de reproducirse lo argumentado antes para rehusar el motivo, en el sentido de que por las circunstancias comprobadas por la Sala «a quo» no se ha acreditado la existencia de dicha posesión de estado de paternidad no matrimonial, tanto se tenga en cuenta lo analizado respecto a los instrumentos en base al primer motivo de casación, como, sobre todo, se reitera que cualquiera que sea el grado de flexibilización para el entendimiento de esta posesión de estado cuando la relación entre los interesados ha sido de carácter no matrimonial acorde con la pretensión de paternidad de este sesgo, es evidente que, en el caso del litigio, la existencia de estos instrumentos constitutivos de las fotografías y de los documentos privados que se mencionan, unido todo ello a la convicción que al respecto forjó la Sala de instancia, en caso alguno puede integrar la posesión de estado que, como se dice, sirve de fundamento a la pretensión, por lo que el motivo ha de rehusarse.

Tercero: En el tercer motivo de casación, por igual vía jurídica, se denuncia lo dispuesto en el artículo 131.2 del Código Civil, en relación con el artículo 134, y que «el presente motivo descansa en los siguientes argumentos y fundamentos: 1.º que la sentencia de la Audiencia Provincial pone en duda la legitimación del actor para interponer la presente demanda porque frente a la paternidad no matrimonial se postula o se alza otra legalmente determinada que tiene carácter matrimonial; sin embargo, entiende el recurrente, como cierto sector de la doctrina, que el artículo 134 permite, sin ninguna duda, al progenitor en general y tan progenitor es el matrimonial como el no matrimonial; en segundo lugar, porque si no se interpreta así «este artículo carecería de toda finalidad (la posibilidad de acumular la acción de reclamación y de impugnación es algo que viene dado ya por las normas procesales) y, en tercer lugar, porque la expresión «en todo caso» que recoge este artículo es onmicomprensiva, por lo que tanto el hijo como el progenitor podrán plantear acumulativamente la acción de reclamación de filiación y la de impugnación aunque no estuvieran especialmente legitimados para ejercitar aisladamente la acción impugnatoria, por lo que se abre la posibilidad de que los progenitores no matrimoniales sí estén legitimados para reclamar o puedan impugnar una filiación contradictoria; 2.º como segundo argumento de este tercer motivo, se concluye que legitimado el actor para reclamar, lo está también para impugnar, a pesar del artículo 131.2 del Código Civil, en base a la amplitud del párrafo 1.º de ese artículo; en el cuarto motivo, por igual vía, se denuncia la infracción de la jurisprudencia recogida en varias sentencias que se citan, centrándose el motivo, «de nuevo, en la legitimación del actor para entablar las acciones de la demanda, puesto que, aún admitiendo a efectos dialécticos que, carece de posesión de estado, se encuentra legitimado por tratarse del verdadero y real progenitor del menor», aunque se reconoce que los casos citados por las sentencias, no son idénticos a los del presente, pues en éste la madre no ha reconocido judicialmente la paternidad del actor, si bien «lo reconoció extrajudicialmente en tiempo no sospechoso (antes del inicio del presente pleito) de forma reiterada y constante durante casi cuatro años (documentos 2, 3 y 4 de la demanda)»; por último en el quinto motivo del recurso y por igual vía jurídica, se denuncia la infracción del artículo 135 del Código Civil, al no haberse aplicado la norma contenida en el mismo, puesto que, una vez admitida la legitimación activa del actor, es necesario denunciar la falta de aplicación de ese artículo, ya que, se entiende probada la paternidad del actor sobre el niño en virtud de lo dispuesto en el artículo 135, porque los escritos y cartas de la demanda evidencian el convencimiento de la paternidad del actor, añadiendo, finalmente, que se alegó por la parte contraria que «la demandada -"sic"-, se pudo equivocar», que evidentemente no hubo pruebas biológicas, pero que tampoco se puede olvidar la negativa de los demandados para realizarse las pruebas biológicas correspondientes; «en definitiva que el artículo 135 obliga a declarar la paternidad que postulamos puesto que han quedado probadas tanto las relaciones con la madre en la época de la concepción, como la posesión de estado... como la negativa a las pruebas biológicas»; Todos y cada uno de dichos motivos, básicamente reiteran la existencia de la posesión de estado de hijo no matrimonial respecto al actor, y que dicha posesión de estado proviene de los instrumentos aducidos en su lugar, y que, incluso, aún sin esa posesión de estado, tampoco puede negarse la falta de legitimación activa por el actor para, finalmente, entrar



a subsumir el supuesto en el artículo 135 del Código Civil, en la idea de que, en cualquier caso, a través de esta vía, debe quedar constatada la paternidad reclamada.

Cuarto: La Sala antes de responder adecuadamente a estas afirmaciones, ha de exponer como línea de principio en torno al juego de la posesión de estado en relación con la reclamación de paternidad no matrimonial cuanto sigue: La posesión de estado en las acciones de filiación tanto matrimonial como no, tanto opere en los procesos de reclamación o de impugnación, para el nuevo legislador tiene una trascendencia capital, y eso que no la define como hacía el viejo artículo 135 - «cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural justificada por actos directos del mismo padre o de su familia», claramente alusiva de los clásicos ingredientes de la misma «nomen», «tractatus» y «fama» o «reputado», lo que, en verdad, ha sido lamentable, porque el jurista, en soledad, tiene que integrarla, refiriéndola, como debe ser, a todas aquellas circunstancias personales, familiares y sociales que, preexistentes al proceso entablado, revelan que el hijo -si es el actor en el proceso de reclamación- ha sido tenido y tratado por el padre demandado como tal hijo, y así se le ha considerado familiar o socialmente -supuesto de existencia de esa posesión de estado- o no han concurrido esas circunstancias -inexistencia de la posesión de estado-, lo que en la accedibilidad judicial provoca, en el primer caso por lógica coherencia, que en los procesos de reclamación se amplíe la esfera de legitimación activa porque la notoriedad derivada en punto a la filiación de esa posesión, faculta a que cualquier persona pretenda judicialmente se constate lo que en la realidad de los hechos ya acaece, mientras que el segundo al no coincidir esa realidad fáctica con la filiación demandada, se reducirá aquella esfera de legitimación a favor de las personas estrictamente afectadas; en los procesos de impugnación, según exista posesión de estado, las variantes en torno a la legitimación para demandar serán justamente distintas: Si hay posesión de estado, es obvio se dificultará una acción que, precisamente, pretende una sentencia que contradiga una realidad fáctica -que el demandado, aunque disfruta de esa posesión, se declare judicialmente no es hijo del actor- si no hay posesión de estado, como la acción impugnatoria aspira a confundir o identificar la verdad formal de la sentencia con la material o a resultas de los hechos, la legitimación, en puridad, debía flexibilizarse; esta teoría en gran parte está recogida en el articulado reformado, y a ella se refería el prelegislador del proyecto de Ley, cuando en su exposición de motivos del BOCG afirmaba: «... se ha procurado conferir especial relevancia a la posesión de estado tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen»; a lo que ha de añadirse, aparte de todo lo anterior, que de la hermenéutica literal de la normativa contenida en el capítulo III del título V del libro I del Código Civil tras la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, artículo 127 y siguientes, en particular su Sección Segunda «De la reclamación», deriva que, tras sancionar el artículo 131, con carácter general, que cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado, salvo que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada, es en el artículo 132 en donde se contempla que, ante la inexistencia de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de filiación matrimonial corresponde al padre, a la madre o al hijo; en el artículo siguiente, ya concentrado específicamente en la filiación no matrimonial, se dice que la acción de reclamación no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida, por lo que, inicialmente, cabe entender, que tal y como ocurre en el caso del litigio, cuando no existe esa posesión de estado, que es de donde parte la sentencia de la Sala, la acción habrá de asignarse, exclusivamente, al hijo por el momento, sin posibilidad de extenderla a persona alguna distinta; en el artículo 134 se prescribe que el ejercicio de la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores (y por lo tanto abarcando también a la filiación no matrimonial) que corresponde al hijo o al progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria, lo cual, puesto en relación con el artículo 113.2, ha de conducir a que no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria, cuyas sanciones en relación con el litigio, conducen a entender que el ejercicio de esta acción de reclamación provocará el simultáneo ejercicio de la impugnación de la filiación matrimonial que ostenta el hijo del matrimonio demandado, y por último, el artículo 135, alusivo a las causas que puedan fundar la pretensión de la acción que se ejercita, sanciona que dicha filiación provendrá del reconocimiento expreso o tácito, o de la posesión de estado, o de la convivencia con la madre en la época de la concepción o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo; de toda esa normativa, parece ser que esa interpretación literal por el juego de los artículos 134 y 133 demuestran que el 133 es una excepción que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente corresponderá al hijo durante toda su vida; mas frente a esa versión literalista puede hasta compartirse la versión más flexible de que la regla general al no especificar nada en contrario del artículo 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejercite la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiende cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este artículo 134 sobre el sentido restrictor de



los antes referenciado en punto al artículo 133; que de consiguiente, si por el juego de este artículo 134 en relación con el 113.2, el ejercicio de la acción de reclamación conlleva necesariamente a reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente, es preciso, asimismo, impugnar esta otra, cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclamación, implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende, y que por lo tanto, por esa flexibilidad es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial en mor del artículo 134, tesis, por lo demás, ya sustentada entre otras, en sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1990 y 23 de febrero de 1990 (que decía: «La aparente antinomia entre los arts. 131 y 134 del CC, ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, ya que el propio art. 134 permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión ésta tan elocuente, que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor, es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el art. 134, deviniendo avalada por el principio de verdad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así con la realidad sociológica. Esta tesis de la legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la doctrina de esta Sala en su sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1987, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción en defensa de un interés protegible, es indudable que este interés existe, como interés legítimo, protegido por la CE, conforme a esos postulados, resultado evidente la legitimación del padre biológico, que le niega la sentencia de instancia.»)

Quinto: Ahora bien, se precisa abundar en si concurre o no el fundamento de la pretensión de paternidad extramatrimonial, que en el caso del litigio viene basado en la existencia de dicha posesión de estado de hijo no matrimonial; y al punto, se considera que, en coherencia con lo anterior, y sin desconocer «ab initio» que el progenitor no matrimonial está facultado para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, sobre todo, cuando como en el caso de autos, el apoyo de dicha pretensión lo funda en que existe la posesión de estado entre el mismo y el hijo destinatario de la acción, ha de advertirse, pues, que no cabe entender, como apreciaron las sentencias recurridas, que el mismo carecía de legitimación activa por no haberse acreditado la posesión de estado, ya que, como se dice, esta circunstancia fue el fundamento de la pretensión, por lo que aducida al presentar su demanda, le habilitaba al ejercicio de la pretensión correspondiente, esto es, desde el origen y en tanto en cuanto no se esclarezca judicialmente si existía o no existía dicha posesión de estado, ha de entenderse que está asistido de tal legitimación activa negada, por lo que, si luego durante el proceso se ha desmontado la falta de aquella posesión de estado, la consecuencia judicial correspondiente será la desestimación de la presentación, pero ya no por falta de ese presupuesto procesal habilitante de la acción, sino por la inconsistencia del fundamento de la misma, que es, justamente, lo que ha acontecido; es decir, en definitiva, la Sala entiende que habiendo, de antemano, por esa interpretación flexible, considerar legitimado activamente al progenitor para el ejercicio de esta reclamación de filiación no matrimonial, sin embargo (para sí acogerse a uno de los supuestos determinantes de la filiación del art. 135 del CC) el apoyo de la pretensión en base a la existencia de esa Posesión de estado, no es posible ubicarlo en las circunstancias o relación que liga a los interesados, por todo lo razonado, esto es, que los instrumentos de apoyo consistentes en las fotografías y documentos privados o cartas, aparte de la prueba testifical que se acompañan con la demanda, son insuficientes para la integración de dicho instituto, particularmente, cuando por lo acontecido, no han podido ser idóneos para incorporarlos por la Sala «a quo» como base de su convicción decisoria, lo cual acoplado cabalmente a la respuesta de cada uno de dichos motivos, implica en cuanto al segundo, reiterar lo anterior en punto a la inexistencia de la posesión de estado que funda el mismo, en cuanto al tercero, la afirmación de que, efectivamente, que este artículo 134 permite impugnar la filiación contradictoria aunque esté legalmente determinada, por lo en base a ese juego de la posibilidad de que los progenitores no matrimoniales si están legitimados para reclamar, puedan impugnar una filiación contradictoria, cuya doctrina, por lo demás no obsta a la decisión que se dicte y a su razonamiento en la idea de que quien esté legitimado para reclamar lo esté también para impugnar según esa dicción flexible que dobliga la literalista interpretación del artículo 131.2; igualmente, en cuanto al cuarto motivo, en que se afirma que la legitimación activa había de predicarse aunque se careciese de posesión de estado, se remite a lo anteriormente expuesto, pues aún con esa legitimación, sin embargo, no se alcanza la estimación del motivo por la endeblez del fundamento de dicha pretensión en base a una posesión de estado inexistente, y en cuanto a las referencias a que la madre reconoció extrajudicialmente la paternidad del actor, se hace supuesto de la cuestión y es un argumento no compartible y con respecto a la denuncia del último motivo de la referencia que se hace al artículo 135 del Código Civil, también ha de indicarse que ninguna de las causas determinantes de la filiación que se indican son aplicables al supuesto de autos, ya que, no existiendo ni reconocimiento ni tampoco posesión de estado y no habiéndose acreditado la convivencia con la madre en la época de la



concepción ni de otros hechos de los que se pueda inferir la filiación según el juego que ha obtenido la Sala «a quo» para integrar su convicción, no cabe, pues, entender la denuncia de dicho motivo.

Sexto: Finalmente la Sala como compendio de su tesis, explícita que aún admitiendo por lo razonado la legitimación activa del actor para el ejercicio de la presente acción (pudiendo, pues, examinar el fondo del litigio), y la consiguiente flexibilización en la disciplina integradora de la posesión de estado cuando el litigio versa, como el presente, en la pretensión de que se declare una filiación no matrimonial (en donde, se repite, inexistiendo, por principio, el «nomen», los demás presupuestos de hecho, «tractatus» y «fama» o «reputatio», no pueden alcanzar la misma notoriedad o perceptibilidad que cuando se trate de filiación matrimonial, en donde se parte de una posible esfera de convivencia común entre los contendientes) y tras la meditada compulsión de que aquellos instrumentos que fundan el primer motivo, antes rehusado (que se califican por la Sala en su quinto considerando como «actos aislados, esporádicos y semiocultos») sobresale, en modo, para ratificar la decisión desestimatoria del recurso que se pronuncia, que por muy fornido que sea el objetivo de los tiempos presentes de prevalencia de la apoyatura de la verdad biológica sobre la formal, cuando acontece, como en el caso de autos, que sin la apoyatura de las pruebas pertinentes que posibilita el artículo 127 -que en este recurso no cabe discernir sobre las causas de su no práctica durante la tramitación del proceso- (sobre cuya no práctica y su significado se expuso en sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1991 : «Como indican las sentencias, entre otras, de 19 de junio de 1986, 17 de julio y 14 de noviembre de 1987, 11 de marzo, 21 de mayo, 14 de junio y 3 y 7 de diciembre de 1988 y 15 de marzo de 1990, admitido en el ordenamiento jurídico español el principio de investigación de la paternidad, concretamente en el artículo 127 del Código Civil, como consecuencia del principio constitucional consagrado en el artículo 39.2 de la Constitución Española con la consiguiente admisión de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, si bien la negativa a someterse a éstas no implica, ni supone, desde luego, una "ficta confessio", sí supone, un valioso indicio, puesto en relación con los demás medios probatorios aportados, revelador de una falta de solidaridad y colaboración a la administración de justicia para determinar derechos de terceros, cual es el hijo cuya paternidad -"sic"- se reclama, ciertamente lamentable si se tiene en cuenta el elevadísimo índice de Habilidad respecto a la determinación positiva de la paternidad en cada caso concreto, y cuya actividad obstructiva a su práctica hace ilusorias las posibilidades que el legislador establece en el artículo 24 de la Constitución Española para lograr la tutela efectiva de los derechos legítimos como los de filiación, y concretamente el derecho primario del hijo a que se le declare su filiación biológica y significar un evidente ejercicio antisocial del derecho concretamente rechazado por el artículo 7.a del Código Civil » y «como tiene declarado esta Sala en sentencias de 4 de abril y 19 de junio de 1986, si bien el legislador español no ha dictado por el momento ninguna norma legal para regular la situación que se produce cuando cualquiera de los involucrados rehúsa ponerse a disposición de los peritos, o simplemente permitir que se lleven a cabo sobre su cuerpo las operaciones que son imprescindibles -por mínimas o nocivas que resulten- para el desenvolvimiento y éxito de la pericial, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, donde unas veces la negativa injustificada a someterse a la inspección heredobiológica es sancionada con multa disciplinaria, y, caso de persistencia, se autoriza el recurso de los apremios directos especialmente a la conducción por la fuerza, o bien se equipara la negativa a la confesión, o da lugar a la inversión de la carga de la prueba, o se faculta para extraer libremente argumentos de prueba del rechazo injustificado de la parte a consentir la inspección sobre la persona») se subraya, por su condición de casada de la demandada, madre del destinatario principal de la acción, la cualidad de los hijos nacidos de la misma habrá de calificarse, salvo prueba en contrario, por el juego de la presunción general del artículo 116 del Código Civil («se presumen hijos de marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges»), por lo que, no constando, sino todo lo contrario, la reacción del marido para impugnar esa presunción, que le habilita el artículo 136, hábrase de concluir en que, en una ineludible metodología judicial, la convicción que se alcanza, por todo lo argumentado, se ubicará en el respeto a las consecuencias sobre el estado civil dimanantes de esa presunción de matrimonialidad del hijo, sin que, finalmente, tampoco pueda sobreponerse una hipotética o real concurrencia de cohabitaciones con personas distintas mientras el tiempo de la concepción, que hasta en su caso, admitidas por la mujer (marginando la «exceptio plurium concubentis»), no bastan por sí solas para variar el sentido de aquella presunción, al no estar fortalecidas por otros medios probatorios suficientes para desmontar aquella filiación matrimonial que se ostenta, todo lo cual conduce pues, con el rehusé de los motivos a desestimar el recurso, y confirmar la sentencia recurrida, si bien por otros fundamentos jurídicos y resolviendo el fondo del litigio a desestimar la demanda, absolviendo de la misma a los demandados, con los demás efectos correspondientes.

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

FALLAMOS:



Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Hugo frente a la sentencia pronunciada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 24 de enero de 1989 la que confirmamos, absolviendo de la demanda interpuesta a los demandados; con expresa disposición de las costas causadas en este recurso a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido. Líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

ASI por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.-Eduardo Fernández Cid de Temes.-Luis Martínez Calcerrada Gómez.-Antonio Guitón Ballesteros.-Matías Malpica González Elípe.-Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada Gómez, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la misma en el día de la fecha, de lo que como Secretario, certifico.-Marcelino Bazaco Barca.-Rubricado.

FONDO DOCUMENTAL CENDU