



Roj: **STS 1617/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1617**

Id Cendoj: **28079110012018100254**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **2762/2017**

Nº de Resolución: **267/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1091/2017,**
STS 1617/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 267/2018

Fecha de sentencia: 09/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2762/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/04/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA. SECCIÓN 5.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2762/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 267/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 9 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Apolonio y D. Calixto en calidad de tutor del primero, representado por la procuradora D.^a Silvia Albaladejo Díaz-Alabart bajo la dirección letrada de D. Juan José Marín López, contra la sentencia dictada en fecha 5 de mayo de 2017 por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el recurso de apelación n.º 740/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 775/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Las Palmas de Gran Canaria, sobre determinación legal de la filiación no matrimonial. Ha sido parte recurrida D.^a Patricia y D.^a Tomasa, representadas por la procuradora D.^a Lucía Martínez Lamelo y bajo la dirección letrada de D. Antonio Salguero García; D.^a Gabriela representada por la procuradora D.^a Kataida Gallegos Valiños y bajo la dirección letrada de D. Eugenio Ribón Seisdedos, profesionales ambos del turno de oficio y D.^a Ascension representada por la procuradora D.^a Estrella Moyano Cabrera y bajo la dirección letrada de D.^a Elena Calonge Ramos. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.^a Patricia y D.^a Tomasa, la cual actúa en nombre y representación de D. Maximiliano, D.^a Frida y D.^a Luz, todos ellos hijos, aún menores de edad de la citada D.^a Tomasa y de D. Víctor, ya fallecido, interpusieron demanda de juicio verbal de determinación legal de la filiación no matrimonial contra D. Apolonio ante los Juzgados de San Bartolomé de Tirajana en la que solicitaban se dictara sentencia por la que:

«A) Se declare que el demandado, D. Apolonio, es el padre biológico de D. Víctor.

«B) Se declare, en consecuencia con tal declaración de paternidad, que D.^a Patricia, mayor de edad, y D. Maximiliano, D.^a Frida y D.^a Luz, todos ellos aún menores de edad, y en tanto que los cuatro citados son hijos biológicos del citado D. Víctor, son, a su vez, nietos del demandado D. Apolonio.

«C) Se declare que los apellidos de D. Víctor, ya fallecido, y en tanto que hijo biológico del demandado, D. Apolonio, son Apolonio, por parte del padre biológico, y Filomena, por parte de la madre biológica, D.^a Filomena.

«D) Se ordene la rectificación en el Registro Civil de la inscripción de nacimiento de D. Víctor, que figura en el Registro Civil de Las Palmas, en el sentido de que:

«D.1) Se haga constar que el padre del mismo es D. Apolonio, y no "D. Humberto", haciendo referencia a su vez a de quién es hijo D. Apolonio, y a la fecha de nacimiento de éste, y a su estado civil y a su nacionalidad y a su domicilio.

«D.2) Se haga constar que el primer apellido de D. Víctor es el de Apolonio, por cuanto que el mismo es a su vez el primer apellido del padre biológico, D. Apolonio, y que Filomena pasa a ser su segundo apellido, por cuanto que el mismo es el primer apellido de la madre biológica, D.^a Filomena.

«E) Se ordene la rectificación en el Registro Civil de la inscripción de fallecimiento de D. Víctor, que figura en el Registro Civil de Santa Brígida, según los datos que figuran en la certificación literal de defunción que se acompaña al presente escrito de demanda numerada como documento número diez, en el sentido de que:

«E.1) Se haga constar que el padre del fallecido es D. Apolonio, y no D. Humberto.

«E.2) Se haga constar que el primer apellido del fallecido es el de Apolonio, por cuanto que el mismo es a su vez el primer apellido del padre biológico, D. Apolonio, y no el de Filomena, que pasa a ser su segundo apellido, por cuanto que es a su vez el primer apellido de su madre biológica, D.^a Filomena.

«F) Se ordene la rectificación en el Registro Civil de las inscripciones de nacimiento de D.^a Patricia y de D. Maximiliano y de D.^a Frida y de D.^a Luz, que figuran en el Registro Civil de Las Palmas, y cuyos datos de inscripción figuran en los documentos número cuatro, cinco, seis y siete, que se acompañan al presente escrito de demanda, en el sentido de que:

«F.1) Se haga constar que el padre de los mismos es D. Luis Enrique, y no D. Víctor, haciendo referencia al nombre del padre de D. Luis Enrique, a saber, D. Apolonio.

«F.2) Se haga constar que el primer apellido de los mismos es el de Apolonio, y no el de Filomena, por cuanto que Apolonio es a su vez el primer apellido del padre biológico, D. Luis Enrique, antes inscrito como D. Víctor.



»G) Se declare la expresa imposición de las costas procesales a los demandados si se opusieran a esta demanda.

2.- La demanda fue presentada el 10 de Abril de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de San Bartolomé de Tirajana y fue registrada con el n.º 265/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D. Apolonio , a través de su representación procesal, propone declinatoria por falta de competencia territorial del Juzgado, que es resuelta mediante auto de fecha 19 de noviembre de 2014 que declara la competencia territorial de los Juzgados de Las Palmas de Gran Canaria a cuyo favor procede la inhibición del referido asunto y al que deberán remitirse las actuaciones.

Una vez remitidas las actuaciones a los Juzgados de Las Palmas de Gran Canaria, estas correspondieron por reparto al Juzgado de Primera Instancia n.º 16 que las registró con el número de procedimiento 775/2014.

4.- Emplazadas las partes, la demandante se ratificó en su demanda y la demandada contestó a la misma mediante escrito en el que solicitaba dictar en su día sentencia desestimando íntegramente las pretensiones de la demanda con imposición de las costas a la parte actora. En dicho escrito se pone de manifiesto que el demandado «se encuentra incurso en un proceso de demencia entre moderado y grave con desorientación en tiempo, espacio, lugar y persona, el cual es incurable y evoluciona hacia la desintegración total del psiquismo».

5.- El Ministerio Fiscal es emplazado y contesta a la demanda mediante escrito por el que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estima de aplicación, solicita se dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas.

6.- D.^a Gabriela y D.^a Ascension , a través de sus representaciones procesales solicitan ser admitidas como partes demandantes al tener un interés directo y legítimo en el presente procedimiento al ser hijas del fallecido D. Víctor , adherirse a la demanda mediante escritos en los que solicitan, la primera de ellas:

«...dicte en su día sentencia en la que:

»1.- Se declare que el demandado, D. Apolonio es el padre biológico de D. Víctor .

»2.- Se declare, como consecuencia de tal declaración de paternidad, que tanto los actores como también mi representada y su hermana de doble vínculo Ascension , en tanto que hijos biológicos del citado D. Víctor , son, a su vez, nietos paternos del demandado D. Apolonio .

»3.- Se declare que los apellidos de D. Víctor , ya fallecido, en tanto que hijo biológico del demandado D. Apolonio y de D.^a Filomena , son, por tanto, Apolonio (por parte de padre) y Filomena (por parte de madre).

»4.- Se ordene la rectificación en el Registro Civil de Las Palmas de G.C. respecto a la inscripción de nacimiento de D. Víctor , en el sentido de que:

»4.1.- Se haga constar que el padre del mismo es D. Apolonio y no como figura "D. Humberto ", haciendo referencia, a su vez, a de quién es hijo D. Apolonio , y a la fecha de nacimiento de éste, su estado civil, nacionalidad y domicilio.

»4.2.- Se haga constar que el primer apellido de D. Víctor es el de Apolonio , por cuanto que es el primer apellido de su padre biológico (Apolonio), así como que el segundo apellido del mismo es el de Filomena , por cuanto que es el primer apellido de su madre biológica (Filomena).

»5.- Se ordene la rectificación en el Registro Civil de Santa Brígida respecto a la inscripción de fallecimiento de D. Víctor , en el sentido de que:

»5.1.- Se haga constar que el padre del fallecido es D. Apolonio , y no "D. Humberto ".

»5.2.- Se haga constar que el primer apellido del fallecido es el de Apolonio , por cuanto que es el primer apellido de su padre biológico (Apolonio), así como que el segundo apellido del mismo sea el de Filomena , por cuanto que es el primer apellido de su madre biológica (Filomena).

»6.- Se ordene la rectificación en el Registro Civil de Santa Cruz de la Palma y en el de Las Palmas de G.C. respecto a las inscripciones de nacimiento de mi representada D.^a Gabriela y su hermana de doble vínculo D.^a Ascension , cuyos datos obran en los documentos números cinco y seis que se acompañan al presente escrito, en el sentido de que:

»6.1.- Se haga constar que el padre de las mismas es D. Luis Enrique , y no D. Víctor , haciendo igualmente referencia al nombre del abuelo paterno y padre de D. Luis Enrique , a saber, D. Apolonio y no D. Humberto como actualmente figura.



»6.2.- Se haga constar que el primera apellido de las mismas es el de Apolonio y no el de Filomena , por cuanto que Apolonio , es, a su vez, el primer apellido de su padre biológico D. Luis Enrique , antes inscrito como Víctor .

»7.- Se declare la expresa imposición de las costas procesales al demandado si se opusiera a la demanda y a las pretensiones interesadas en el presente escrito.

En cuanto a la segunda, D.^a Ascension , solicita en su demanda que se dicte sentencia por la que:

«A.- Se declare la paternidad de D. Apolonio respecto de D. Víctor .

»B.- Se declare, como consecuencia de la *ut supra* mentada declaración, que D.^a Ascension es, a su vez, nieta del demandado D. Apolonio .

»C.- Se ordenen, de conformidad con los apartados que anteceden a éste, las correspondientes inscripciones y rectificaciones en el Registro Civil.

»D.- Se impongan las costas a la demandada».

7.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia de fecha 8 de junio de 2016 , con el siguiente fallo:

«Estimar sustancialmente la demanda interpuesta por D.^a Patricia y D. Maximiliano , D.^a Frida y por D.^a Luz , contra D. Apolonio ; personándose D.^a Ascension y D.^a Gabriela , en virtud de lo cual debo acordar y acuerdo los siguientes extremos:

»1.º) Declaro que D. Víctor es hijo no matrimonial de D. Apolonio .

»2.º) D. Calixto pasará a tener los siguientes apellidos y por este orden: Apolonio Filomena .

»3.º) Líbrese oficio al Registro Civil donde conste la inscripción del nacimiento, de matrimonio y de defunción de D. Calixto a los efectos de que se inscriba la filiación paterna no matrimonial, una vez firme la presente resolución.

»4.º) Líbrese oficio al Registro Civil donde estén inscritos los nacimientos de los hijos de D. Calixto , una vez firme la presente resolución, para que se haga constar la anterior filiación paterna de D. Calixto .

»Y todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandada en los términos señalados».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Apolonio .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 740/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 5 de mayo de 2017 , con el siguiente fallo:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Apolonio , confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Las Palmas de 8 de junio de 2016 en el Juicio de Filiación 775/14 .

»Condenar al apelante al pago de las costas de esta alzada...».

TERCERO .- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- D. Apolonio interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 469.1, apartado 4.º LEC , por patente error en el que incurre la sentencia de instancia al concluir que existe una situación de posesión de estado entre el progenitor de los demandantes y el demandado.

»Segundo.- Al amparo del artículo 469.1, apartado 4.º LEC , por error patente en el que incurre la sentencia de instancia al valorar la negativa del demandado al sometimiento a las pruebas biológicas, conjuntamente con otros indicios, como determinante de la paternidad extramatrimonial del demandado, con infracción del artículo 767.4 LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2, apartado 3.º LEC , por infracción del artículo 131, párrafo primero, del Código Civil , en relación con el artículo 132, párrafo segundo, y el artículo 133, párrafo segundo, ambos del Código Civil -este último en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia-, al no apreciar la sentencia recurrida



la caducidad o prescripción de la acción de declaración de filiación ejercitada en la demanda, solicitando del Tribunal Supremo, si así lo considera oportuno, el establecimiento de jurisprudencia sobre el artículo 131, párrafo primero, del Código Civil, en el sentido de que la acción de reclamación de filiación extramatrimonial ejercitada por los presuntos nietos contra su presunto abuelo está sometida al plazo de prescripción o caducidad señalado en los citados artículo 132, párrafo segundo, y artículo 133, párrafo segundo, ambos del Código Civil.

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2, apartado 3.º LEC, por infracción del artículo 131, párrafo primero, del Código Civil, en la interpretación dada por las sentencias 185/2005, de 16 de marzo - confirmada por la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de mayo de 2009, caso n.º 21046/07-, 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, de Pleno, en cuanto reconoce legitimación activa a los demandantes en ausencia de la "constante posesión de estado" exigida por dicho precepto».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 8 de noviembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Apolonio contra la sentencia dictada, con fecha 5 de mayo de 2017, por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 740/2016, dimanante de los autos de juicio verbal 775/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Las Palmas de Gran Canaria».

3.- Se dio traslado a las partes recurridas, así como el Ministerio Fiscal, para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 14 de marzo de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 24 de abril de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

El litigio que da lugar a los presentes recursos se inicia con la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial ejercitada al amparo del art. 131 CC. Los demandantes presentaron demanda el 10 de abril de 2014 con el fin de que se declarase que su padre, nacido el 28 de enero de 1962, inscrito con los dos apellidos maternos y fallecido el 1 de octubre de 2007, era hijo del demandado. Los recursos los interpone el demandado, cuya paternidad quedó establecida en la instancia.

En el recurso por infracción procesal el recurrente denuncia, en primer lugar, que la sentencia de la Audiencia incurrió en error patente en la valoración de la prueba al concluir que existía una situación de posesión de estado de filiación entre el progenitor de los demandantes y el demandado. Denuncia también error patente en la valoración de la negativa del demandado al sometimiento a las pruebas biológicas, conjuntamente con otros indicios, como determinante de su paternidad extramatrimonial.

En el recurso de casación el recurrente denuncia, en primer lugar, infracción del art. 131.I CC, en relación con los arts. 132.II CC y 133.II CC (en su redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), al no apreciar la sentencia recurrida la caducidad o prescripción de la acción de declaración de filiación ejercitada en la demanda. Denuncia también infracción del art. 131.I CC porque considera que no quedó acreditada la «constante posesión de estado» exigida por dicho precepto.

SEGUNDO.- *Decisión de la sala. Posesión de estado de la filiación entre el demandado y el padre de los demandantes.*

1.- El art. 131 CC extiende la legitimación para reclamar una filiación manifestada por constante posesión de estado a cualquier persona con interés legítimo. La amplitud con la que se admite la legitimación activa para el ejercicio de esta acción, al permitir su ejercicio a personas diferentes de los protagonistas directos de la relación, se justifica en el tenor literal de la norma, no solo por la presencia de un interés legítimo en quien litiga (que puede reconocerse sin dificultad cuando la relación de filiación repercute en su propio estado civil familiar) sino, también, en la existencia de una constante posesión de estado.

2.- La parte demandada ahora recurrente impugna la valoración llevada a cabo por la sentencia de la Audiencia acerca de la existencia de posesión de estado de filiación entre el demandado y el padre de los demandantes.



Lo hace tanto a través del recurso por infracción procesal (primer motivo) como a través del recurso de casación (segundo motivo).

Ciertamente, la posesión de estado tiene un componente fáctico, los hechos probados a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado. Este dato justifica que pueda impugnarse la afirmación por el tribunal de instancia de la posesión de estado de filiación entre el demandado y el padre de los demandantes por vía de los dos recursos: en el recurso por infracción procesal puede impugnarse error en la valoración de la prueba de los hechos que integran los diversos elementos de la posesión de estado (*nomen, tractatus, fama*) y en el recurso de casación puede impugnarse la valoración jurídica de esos hechos, es decir, si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado.

3.- En el caso, por las razones que se exponen a continuación, el primer motivo del recurso por infracción procesal debe ser desestimado.

a) De acuerdo con una doctrina reiterada de esta sala, la denuncia de errores en la valoración de la prueba que se lleve a cabo al amparo del art. 469.1.4.º LEC no puede alcanzar a la propia valoración jurídica, de modo que la valoración de la prueba impugnada debe afectar a la fijación de los hechos.

b) El recurrente admite que por medio del primer motivo del recurso por infracción procesal impugna la valoración conjunta de cómo la sentencia de instancia ha alcanzado la conclusión favorable a la existencia de posesión de estado. En el desarrollo del motivo alega que la sentencia se basa de manera conjunta e indivisible en tres pruebas (la testifical de la tía del padre de los demandantes y dos documentales, un documento privado y unas fotografías), pero que como quiera que la sentencia de instancia no ha precisado en cuál de ellas se ha basado para emitir un juicio favorable a la posesión de estado, se encuentra imposibilitado para indicar en qué prueba concreta se ha producido el error.

c) El recurrente valora de una manera distinta a la Audiencia cada uno de los hechos que esta ha tenido en cuenta para acabar afirmando la existencia de posesión de estado entre el progenitor de los demandantes y el demandado, pero no lleva a cabo lo único que podría hacer para que este motivo pudiera ser estimado, que es impugnar la fijación de los hechos sobre los que se proyecta la valoración jurídica.

d) En definitiva, la parte recurrente lo que impugna realmente es el criterio jurídico de la Audiencia Provincial para determinar la posesión de estado entre el progenitor de los demandantes y el demandado, lo que no es propio de este tipo de recurso extraordinario, tal y como repetidamente ha reiterado la sala (entre otras, sentencias 613/2015, de 10 de noviembre, y 615/2016, de 10 de octubre, con citas de otras anteriores).

e) La sala ha reiterado también que no cabe por medio del recurso extraordinario por infracción procesal plantear la revisión conjunta de la prueba que, como reconoce el propio escrito de la parte recurrente, es lo que pretende con este primer motivo (sentencias 333/2015, de 9 de junio, 195/2016, de 29 de marzo, con cita de otras).

4.- Por el contrario, el segundo motivo del recurso de casación debe ser estimado. Ello por lo siguiente.

a) Para apreciar la existencia de posesión de estado, la sentencia recurrida parte: i) del testimonio de la hermana materna de la madre del presunto hijo, que explica que su hermana le confesó cuando tuvo algún problema con su hijo que el demandado era el padre, así como que el demandado asistió al velatorio del presunto hijo y que le dijo a ella que era su hijo; ii) de la existencia de una donación del demandado al padre de los demandantes, hecha en el año 2001, por un importe de 230 millones de pesetas y reflejada en un documento privado, en el que se alude a «multitud de razones que no son de explicar al ser conocidas». Según la sentencia: «La valoración imparcial de estos elementos permite considerar probado que existió posesión de estado, entendida como una actuación mantenida en el tiempo reveladora de la libre voluntad del padre de prestar asistencia, cuidado y compañía a su presunto hijo. Actuación conocida en el seno de la familia, aunque no llegara a ser "ostensible" ni el demandado hiciera alarde de ello, lo que hay que entender por las circunstancias y prejuicios de la época».

Pues bien, esta sala considera que, por el contrario, los hechos probados no permiten valorar la existencia de una constante posesión de estado de filiación entre el demandado y el padre de los demandantes.

b) El concepto de posesión de estado es una *quaestio iuris* y también lo es por tanto la valoración y calificación jurídica de los concretos hechos probados en la instancia, es decir, la determinación de si los hechos acreditados son constitutivos o no del concepto de posesión de estado. La apreciación del concepto que establece la ley como presupuesto para la legitimación de cualquier interesado requiere la presencia de hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado (*nomen, tractatus, fama*), de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes, una apariencia de una relación de filiación manifestada por la posesión del estado de filiación. Es preciso, por tanto,



que consten hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación.

Hay que admitir que resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos. En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el *nomen* en el sentido estricto de que el supuesto hijo usara los apellidos del progenitor, pero sí resulta absolutamente imprescindible el *tractatus*. Es decir, actos del progenitor (a los que pueden sumarse los de su familia) que den credibilidad a la situación posesoria, actos de atención y asistencia al hijo, actos que comporten el cumplimiento de la función propia de un progenitor. E igualmente es necesario que concorra la *fama*, entendida como notoriedad y reflejo de la naturaleza del fenómeno posesorio. Con independencia de que pueda ser valorada flexiblemente si, en atención a las circunstancias concretas, incluidos los condicionantes sociales, se aprecia que no se ha querido hacer ostensible la relación de paternidad, es preciso que concorra una exteriorización constante de la relación de estado.

c) Esta sala considera que en el caso los hechos probados no permiten afirmar que existiera una relación de filiación «vivida», que el demandado tuviera al padre de los demandantes como hijo, ni que lo hubiera tratado como tal, observando un comportamiento congruente con los deberes de padre. Cuando el art. 131 CC exige que la posesión de estado sea «constante» no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, que en el caso no se dan.

Los datos aportados en la declaración de una tía materna del padre de los demandantes acerca de la información que refiere le dieron puntualmente su hermana y el demandado, no es demostrativa de una constante posesión de estado, puesto que no se acredita una atención continua del demandado desde el nacimiento del padre de los demandantes, una contribución a su educación, ni siquiera una presencia en los actos decisivos de su vida sino únicamente una mención a su asistencia al velatorio en el momento en que falleció. Por lo que se refiere a la donación se trata de un acto aislado que no revela una asistencia continua, con independencia de las razones por las que se hiciera. Contra lo que entiende la sentencia recurrida, la aportación por las presuntas nietas del documento en el que se refleja la donación hecha a su padre, así como de los movimientos bancarios que la acreditan, solo son demostrativos de la realidad de la donación y no de una apariencia pública de filiación. Finalmente, por lo que se refiere a las fotos de la difunta madre del presunto hijo también fallecido en las que aquella aparece con los hijos del demandado, a los que cuidaba, solo acreditan que ella era la empleada de hogar de la familia, pero no una relación del demandado ni con el padre de los demandantes ni con la abuela de estos.

5.- Puesto que en el presente caso la acción ejercitada es la del art. 131.I CC, la reclamación de la filiación debe estar fundada en que esta es la filiación manifestada por la constante posesión de estado. En ausencia de posesión de estado la legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación no matrimonial, como sería en el caso, vendría determinada por lo dispuesto en el art. 133 CC, que atribuye la acción al hijo durante toda su vida y a sus herederos, para el caso de que fallezca antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare la mayoría de edad o recobrar la capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. En consecuencia, a falta de posesión de estado, los demandantes, hijos del presunto hijo del demandado, carecen de legitimación.

Procede por ello estimar el segundo motivo del recurso de casación, anular la sentencia de la Audiencia, estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por el demandado y desestimar la demanda, dada la falta de legitimación de los demandantes.

TERCERO.- Costas y depósitos.

Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 398.1 y art. 394 LEC) y no se imponen las costas del recurso de casación (art. 398.2 LEC).

No se hace especial declaración en cuanto a las costas de la segunda instancia puesto que el recurso de apelación debió ser estimado (art. 398.2 LEC) y, dada la desestimación de la demanda, se imponen a la parte demandante las costas de la primera instancia (art. 394.1 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por D. Apolonio contra la sentencia dictada, con fecha 5 de mayo de 2017, por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 740/2016, dimanante de los autos de juicio verbal 775/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Las Palmas de Gran Canaria.



2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

3.º.- En su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Apolonio y desestimar la demanda en su día interpuesta contra él por D.ª Patricia , D. Maximiliano , D.ª Frida y D.ª Luz , a la que se adhirieron D.ª Ascension y D.ª Gabriela .

4.º.- Imponer al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. No imponer las costas del recurso de casación.

5.º- Imponer a la parte demandante las costas de la primera instancia y no imponer las costas del recurso de apelación.

6.º- Declarar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso por infracción procesal y la devolución del depósito del recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ