



Roj: **STS 3264/1998 - ECLI:ES:TS:1998:3264**

Id Cendoj: **28079110011998102380**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/05/1998**

Nº de Recurso: **309/1994**

Nº de Resolución: **447/1998**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por DOÑA Angelina , representada por el Procurador de los Tribunales D. Luis Pastor Ferrer, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 24 de diciembre de 1.993 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dimanante del juicio de Menor Cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de los de Palma de Mallorca, sobre reconocimiento de paternidad. Es parte recurrida en el presente recurso DON Juan Francisco , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Monserrat Gómez Hernández y el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Número Ocho de los de Palma de Mallorca, conoció el juicio de menor cuantía número 475/91, sobre reconocimiento de paternidad, seguido a instancia de D. Juan Francisco , contra D^a Angelina , siendo parte el Ministerio Fiscal.

Por la Procuradora Sra. Díez Blanco, en nombre y representación de D. Juan Francisco se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...dicte sentencia declarando que D. Juan Francisco es el padre de la niña Sandra , con todos los efectos inherentes a dicha declaración."

Admitida a trámite la demanda, y no personada la recurrida, es declarada en rebeldía por providencia de fecha 18 de junio de 1.991, teniéndosela por personada posteriormente por providencia de 2 de octubre de 1.991. Con fecha 2 de noviembre de 1.992, el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice: "Que estimando la demanda formulada por la procuradora de los Tribunales, Doña M^a José Díez Blanco, en nombre y representación de DON Juan Francisco , contra D^{ña} Angelina debo declarar y declaro que el actor es el padre de la niña Sandra ; y una vez firme esta resolución, remítase testimonio de la misma, al Registro Civil para la inscripción y rectificación correspondiente, todo ello sin hacer expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada, que fue admitida y sustanciada la alzada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictándose sentencia por la Sección Cuarta, con fecha 14 de diciembre de 1.993 y cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Margarita Echer Cerda, en nombre y representación de DOÑA Angelina , contra la sentencia de 2 de noviembre de 1992, dictada en autos num. 475/91 del Juzgado de Primera Instancia número Ocho de los de Palma, la debemos confirmar y confirmamos en todos sus extremos.- Con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante."

TERCERO.- Por el Procurador Sr. Pastor Ferrer, en nombre y representación de D^a Angelina , se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo, con apoyo procesal en los siguientes motivos:



Primero: "Al amparo del núm. 3 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, por no aplicación de los arts. 681, 682 y 268 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Segundo: "Al amparo del número 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 133 del Código Civil".

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso y evacuado el traslado conferido, por la representación procesal del recurrido, se presentó escrito de impugnación al recurso de casación, en el que terminaba suplicando a esta Sala: "...se sirva tener por impugnado el recurso de casación, interpuesto por la representación de Doña Angelina , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, desestimando el recurso planteado, y confirmando en todos sus términos la sentencia recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente".

QUINTO.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso el día veintinueve de abril de mil novecientos noventa y ocho, a las 10'30 horas, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del actual recurso de casación lo residencia la parte recurrente en el artículo 1.692-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en el presente caso, afirma dicha parte, en la sentencia recurrida se han infringido las formas establecidas para el emplazamiento de la demandada, por no aplicación de los artículos 681, 682 y 268 de dicha Ley procesal, todo lo cual viola el derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24-1 de la Constitución Española.

Este motivo debe ser desestimado.

Se dice lo anterior con base a dos razones: a) La notificación por cédula efectuada a la persona del padre de la demandada y con arreglo a las prescripciones del artículo 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe surtir todos sus efectos, sobre todo cuando en autos no se ha comprobado que el padre, en cuestión, hubiera dejado de cumplir con la obligación de entregar la cédula a la notificada -su hija-; b) La referida demandada, en segunda instancia -apelación-, no ha utilizado los mecanismos que le permite el artículo 862-5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tendría las consecuencias que determina el artículo 767 de dicha Ley procesal.

Todo lo cual excluye la posibilidad de que dicha parte demandada -ahora recurrente- haya sufrido una suerte de indefensión procesal, que hiciera necesaria la utilización de los mecanismos de amparo constitucional precisos. En este sentido hay que destacar la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de septiembre de 1.988, cuando dice que no se puede hablar de indefensión cuando la propia parte ha contribuido a ella, en el supuesto que exista, cuando la prueba que no se ha podido practicar en primera instancia, puede ser solicitada y reproducida ante el Tribunal "ad quem", sobre todo como cuando en el presente caso no hay impedimento legal para éllo.

Sobre todo, además, teniendo en cuenta que la segunda instancia o apelación en nuestro derecho puede ser perfectamente concebida como un "novum iudicium" o nuevo proceso, pues es muy frecuente la corriente científica doctrinal que determina que el procedimiento de apelación tiene sustantividad propia aunque sea continuación del de primera instancia -aweite erstinstanz- según la moderna doctrina procesal alemana.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 1.692-4 de la Ley de enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, sigue afirmando dicha parte, se ha infringido el artículo 133 del Código Civil.

Este motivo, como su antecesor, debe ser desestimado.

El mencionado artículo 133 del Código Civil, cuando habla de la constante posesión de estado para estar legitimado para exigir la declaración de filiación, no establece de una manera clara, la legitimación activa, en un proceso de filiación, del presunto progenitor para reclamar la paternidad; incluso, una rápida interpretación literal del referido artículo, pudiera llevar a la conclusión que impide o niega tal legitimación. Pero, por otra parte, dicha actuación hermenéutica llevaría una transgresión del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24-1 de la Constitución Española.

Por eso no debe extrañar lo más mínimo que jurisprudencia de esta Sala, haya iniciado una interpretación lógica del referido precepto; así la sentencia de 8 de julio de 1.991, establece que la posesión de estado, fue el fundamento de la pretensión, por lo que aducida al presentar la demanda, habilitaba al progenitor al ejercicio de dicha pretensión, 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, por lo que, si luego durante el proceso se ha demostrado la falta de aquella posesión de estado, la consecuencia judicial correspondiente será la desestimación de la pretensión, pero ya no por falta de ese presupuesto procesal habilitante de la acción, sino por la inconsistencia del fundamento de la misma.

Ya antes, la sentencia de 22 de marzo de 1.988, había establecido que la posesión de estado no es en todo caso circunstancia necesaria para poder ejercitar estas acciones. Y la de 5 de noviembre de 1.987, que se busca en esta clase de situaciones procesales la equiparación del estado de hecho a la intención que anima al progenitor.

Por último la recientísima sentencia de 30 de marzo de 1.998, observa en este sentido la cuestión al decir que la aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 del Código Civil, 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. Dicha Sentencia dice literalmente: <<que la jurisprudencia de esta Sala ha tendido a la ampliación de la legitimación activa hacia el progenitor. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1996, entre otras, establece que la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aún en casos, en que no haya "posesión de estado" el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra mas flexible y amplia que es la aceptada. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991, refiriéndose a ambas versiones mantiene que 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 referenciados en punto al artículo 133; que de consiguiente, si por el juego de este artículo 134 en relación con el 113-2º, 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 Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero y 23 de febrero de 1990 que decía: "La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 del Código civil, 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 artículo 134 permite la impugnación de la filiación contradictoria en todo caso, expresión esta 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 artículo 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 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 Constitución Española, conforme a esos postulados, resulta evidente la legitimación del padre biológico, que le niega la sentencia de instancia">>.

Por otra parte, se puede añadir de una manera colateral, las leyes 70-2 y 71 de la Compilación de Navarra, permiten tal legitimación.

Por todo lo cual, no se puede negar la legitimación activa, en el presente caso, al padre -ahora recurrido-, desde el instante mismo del éxito de su pretensión de paternidad, pues la declaración de la misma, lleva ya "per se" y con carácter retroactivo dicha activa legitimación procesal.

TERCERO.- En materia de costas procesales y en esta clase de recursos se seguirá la teoría del vencimiento, todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por lo que en el presente caso, las mismas, se impondrán a la parte recurrente, que a su vez perderá el depósito, por ella, constituido.



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 Doña Angelina frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 24 de diciembre de 1.993; todo ello imponiendo el pago de las costas procesales de este recurso a dicha parte recurrente, debiéndose dar al depósito constituido el destino legal. Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos I. Sierra Gil de la Cuesta.- J.L. Albacar López.- P. González Poveda.- J. Almagro Nosete.- A. Gullón Ballesteros.- Firmado.- Rubricado. TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil _____ VOTO PARTICULAR VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS A LA SENTENCIA DE DIECINUEVE DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO. RECURSO DE CASACIÓN Nº 309/1.994. El Magistrado de esta Sala que suscribe este voto particular, que ha tomado parte en la deliberación y fallo de la sentencia a la que aquél se refiere, con respeto a la misma, considera que el fallo debería de haber sido estimatorio del motivo segundo del recurso y, en consecuencia (art. 1.715.2 LEC), haberse desestimado la demanda interpuesta de reclamación de filiación no matrimonial paterna por el actor respecto de la menor Sandra , cuya filiación no matrimonial materna está determinada sólo respecto a la madre. No consta que el actor esté en posesión de estado respecto a la hija. Se acepta en su integridad el fundamento de derecho primero de la sentencia. Se manifiesta disconformidad con el segundo, también de los fundamentos de derecho, pues es clara la letra y espíritu del art. 133 C.c. en el sentido de negar acción de reclamación de la filiación no matrimonial al progenitor, y así lo ha entendido la doctrina más autorizada. El art. 134 C.c. no puede entenderse como contradictorio, o al menos causante de dudas sobre la interpretación del artículo anterior, pues se refiere al ejercicio de una acción "conforme a los artículos anteriores", es decir, que comprende el art. 133, en modo alguno otorga una legitimación activa al progenitor a quien se le niega el anterior. El "en todo caso" claramente lo conecta el art. 134 con uno de los efectos de la acción de reclamación; cuando se ejercite ésta, "en todo caso", o sea, siempre, se permite la impugnación de una filiación contradictoria. Si se quiere decir de otra manera, cuando se pueda reclamar la filiación. En consecuencia, no existiendo legitimación activa para ello, huelga buscar toda cobertura en el art. 134 C.c. Por lo expuesto, el que suscribe estima el segundo motivo, casando y anulando la sentencia recurrida, y revocando la de primera instancia que aquélla confirmó. Sin condena en costas a ninguna de las partes en primera instancia y apelación por la especial naturaleza del problema, esencial y estrictamente jurídico, que aleja toda sombra de temeridad o mala fe. Sin condena en costas en este recurso, con devolución del depósito constituido. Madrid, diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.