

Roj: **STS 2971/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2971**Id Cendoj: **28079110012015100363**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/05/2015**Nº de Recurso: **72/2014**Nº de Resolución: **240/2015**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP PO 2837/2013,**
STS 2971/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Mayo de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 466/2012 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio verbal núm. 1214/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vigo, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Marta Suárez Hermo en nombre y representación de don Joaquín, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Julio A. Rodríguez Orozco en calidad de recurrente adhiriéndose al recurso el o Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Esther Fernández Boada, en nombre y representación de don Joaquín interpuso demanda de impugnación de la filiación no matrimonial, contra doña Adela y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... Que doña Adela no es hija de don Joaquín .

La nulidad de la inscripción que se haya practicado en el Registro Civil de Vigo".

SEGUNDO .- El Fiscal, en la representación que ostenta, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas".

El procurador don Benito Escudero Estévez, en nombre y representación de doña Belen, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se dicte sentencia "ajustada a Derecho".

El procurador don Benito Escudero Estévez, en nombre y representación de doña Belen, contestó a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando: :

El procurador don Pablo Acosta Padín, en nombre y representación de doña Adela, contestó a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminaba suplicando: "...se estime la excepción de caducidad en el ejercicio de la acción cuyos argumentos se dan aquí por reproducidos, declarando sobreseído el procedimiento por obstar la misma a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, con imposición de costas a la parte actora. O subsidiariamente se dicte sentencia, en a que se desestime en su totalidad las pretensiones de la parte actora, y se absuelva a doña Adela

de los pedimentos formulados de adverso en la repetida demanda con expresa imposición de costas a la parte actora".

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vigo, dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: "...Que debo estimar y estimo la demanda formulada por la procuradora de los Tribunales Sra. Fernández Boada en nombre y representación de Joaquín y debo declarar y declaro que Joaquín no es el padre biológico de Adela y la nulidad de la inscripción de la filiación de Adela en el Registro Civil de Vigo que consta al Tomo NUM000 página NUM001 Sección 1ª. No ha lugar a hacer pronunciamiento sobre las costas"*.

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Adela , la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra con sede en Vigo, dictó sentencia con fecha 8 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: "...Que al acoger el recurso de apelación interpuesto por doña Adela debemos revocar y revocamos la sentencia dictada en autos -de juicio verbal núm. 1214/10 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vigo y, en consecuencia, desestimamos la demanda de impugnación de paternidad formulada por dan Joaquín contra la citada apelante, y contra doña Luz y Belen . Se imponen al demandante las costas de la primera instancia, sin hacer condena en cuanto a las del recurso"*.

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de don Joaquín con apoyo en los siguientes MOTIVOS :

Primero.- Infracción del art. 140 CC .

Segundo.- Infracción doctrina jurisprudencial Sala Primera Tribunal Supremo, e infracción art. 136 CC .

Tercero.- Infracción artículo 39.2 CE .

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 7 de octubre de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado al Ministerio Fiscal.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de abril del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, el alcance de la presunción de paternidad en orden al régimen de la acción de impugnación, bien afectante a la filiación matrimonial, o bien a la no matrimonial, y a sus respectivos plazos de ejercicio (artículos 136 y 140 del Código Civil).

2. En síntesis, el presente procedimiento trae causa de la demanda de impugnación de filiación no matrimonial, cuyos antecedentes significativos y recogidos en la sentencia hoy recurrida son los siguientes:

A) Del matrimonio formado por el hoy recurrente y la demandada doña Luz nacieron dos hijas en los años 1971 y 1977, la última de ellas, ya fallecida.

B) Tras ocho años de separación de hecho ambos esposos se divorcian en virtud de sentencia de 7 de junio de 1986 , en la que se fijan únicamente medidas a favor de la única hija viva del matrimonio.

C) En el año 1995 con ocasión de tramitarse ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Vigo un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre acogimiento de la menor Adela , el hoy recurrente fue llamado para ser oído en calidad de padre de dicha menor, momento en el que por primera vez tuvo conocimiento de la existencia de dicha menor y de la filiación atribuida.

D) El 20 de octubre de 2010, el Sr. Joaquín formula demanda de impugnación de la filiación no matrimonial con base en el artículo 140 del C. Civil .

E) A instancia del propio demandante, se lleva a cabo en este procedimiento la prueba biológica de paternidad que lo excluye como padre biológico de doña Adela .

3. El Juzgado de primera instancia estimó la pretensión ejercitada declarando no existir posesión de estado y con base en la prueba biológica practicada, declaró la falta de filiación. La parte demandada interpuso recurso de apelación frente a la anterior sentencia.

El Ministerio Fiscal se pronuncia en contra de la estimación del recurso de apelación.



La Audiencia Provincial acoge el recurso de apelación interpuesto por doña Luz , parte demandada, y declara que la acción ejercitada es errónea puesto que se impugna una filiación como no matrimonial cuando en realidad es filiación matrimonial, pues a la fecha de nacimiento no había tenido lugar el divorcio entre el actor y su esposa y, en consecuencia, declara literalmente lo siguiente: "hemos de atenernos a lo que dispone el art. 136 del CC , cuyo párrafo primero ha sido, no anulado, pero si declarado inconstitucional (SSTC 138/2005 de 6 de mayo y 156/2005 de 9 de junio) que si bien tienen por constitucional el plazo de un año que dicho precepto establece, no lo es la elección del *dies a quo*, en cuanto vulnera el derecho del marido a la tutela judicial efectiva en relación con el art. 39.2 que dispone que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad".

En el presente caso el demandante toma conocimiento de su no paternidad cuando es llamado en el expediente de jurisdicción voluntaria sobre acogimiento en el año 1995, en el año 1996 que es cuando el Sr. Belen declara en dicho procedimiento, y es cuando conoce el nacimiento de Adela y también la imposibilidad de su procreación al llevar en el año 1986, cuando se divorcia, ocho años separado de hecho, la codemandada Adela había nacido en NUM002 de 1982. En consecuencia es en este momento cuando empieza a contar el plazo de caducidad del artículo 136 del C. Civil , teniendo por caducada la acción puesto que la demanda de impugnación no se presenta hasta el 2 de octubre de 2010.

Recurso de casación.

Derecho de familia. Acción de impugnación de la filiación por el marido. Quiebra de la presunción legal de paternidad tras la separación de hecho. Régimen y ejercicio de la acción (artículos 136 y 140 del Código Civil). Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO.- 1. La parte actora, al amparo del artículo 477.2 LEC , interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

En el primero , denuncia la infracción por inaplicación del artículo 140 del Código Civil , con vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, contenida en la STS de 28 de marzo de 1994 .

Declara la parte recurrente que ejercitó acción de impugnación no matrimonial porque la inscripción del nacimiento de doña Adela se llevó a cabo el NUM002 de 1982, por el hermano de la madre sin consentimiento de los progenitores, ni del recurrente. En la sentencia de divorcio se adoptan medidas solo en relación a esta hija, y en consecuencia estima la parte recurrente que lo declarado por la Audiencia Provincial en su resolución es contrario a la doctrina jurisprudencial que declara que ante impugnaciones no matrimoniales el precepto aplicable para estimar o desestimar la acción de impugnación es el artículo 140 del C. Civil .

En el segundo , denuncia la infracción del contenido del artículo 136 del Código Civil , así como la vulneración de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida entre otras en la STS de 5 de noviembre de 1987 , que declara que en los procesos de filiación, la existencia o no de posesión de estado, es una cuestión de hecho reservada a la apreciación de los órganos de instancia.

Valora la parte que pese a que se realiza una impugnación de filiación matrimonial lo cierto es que estamos ante una inscripción que no figura junto a la del matrimonio de los padres, que en la sentencia de divorcio consta declarada la separación de hecho de los progenitores desde el año 1978 y así lo declara la sentencia de primera instancia del presente procedimiento "que a la vista del resultado de las pruebas practicadas no hay prueba que acredite la posesión de estado del impugnante respecto de la demandada ni ahora ni en el pasado".

En el motivo tercero , se alega la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tiende a dar prioridad a la verdad biológica frente a la registral y por encima de ella del Artículo 39 de la Constitución Española , contenida en las SSTS de 29 de octubre de 2008 y 19 de julio de 2012 .

Por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

2. En el presente caso, conforme a la ratio última (razón de ser) que informa los motivos alegados, debe señalarse que el planteamiento inicial de la cuestión que realiza la Audiencia resulta incorrecto y debe ser corregido.

En efecto, en el presente caso la impugnación que acciona el actor no cursa el régimen establecido para la filiación matrimonial no siendo aplicable el plazo establecido a tal efecto en el artículo 136 del Código Civil . La razón no es otra que la quiebra del fundamento de la presunción legal de paternidad matrimonial (artículo 116 del Código Civil), esto es, la presunción de la convivencia entre cónyuges (artículo 69 del Código Civil). Presunción que, en el presente caso, ha resultado claramente destruida en atención a la larga y continuada separación de hecho (8 años) que precedió al divorcio de los cónyuges. De ahí, que resulte de aplicación el artículo 140 del Código Civil que, tras la Reforma de 1981, acoge la acción de impugnación de filiación "stricto sensu", esto es, dirigida a impugnar la filiación determinada por la falta de adecuación con la realidad de la



misma, con independencia del título de determinación y en estrecha conexión con la exigencia del principio de verdad biológica y su innegable incidencia en la regulación de la filiación tras la citada Reforma de 1981.

La consecuencia jurídica de este nuevo planteamiento de la cuestión, tal y como se desprende del artículo 140 del Código Civil para los supuestos, como es del caso, en donde falta la posesión de estado es que la acción, en principio, es imprescriptible.

En la línea de lo expuesto, abundan los antecedentes del presente caso. Recordemos que en el procedimiento cursado quedó acreditada la no paternidad biológica del actor y que el título formal de la determinación de la filiación se llevó a cabo mediante la inscripción del nacimiento en el Registro Civil realizada por el hermano de la madre, con pleno conocimiento de la separación de hechos de los cónyuges.

TERCERO.- Estimación del recurso y costas.

1. La estimación de los motivos planteados comporta la estimación del recurso de casación interpuesto.
2. Por aplicación del artículo 398.2 en relación con el artículo 394 LEC no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso interpuesto.
3. Dadas las dudas de derecho que presenta la resolución del presente caso, conforme al artículo 394 LEC , no procede hacer expresa imposición de costas en primera y en segunda instancia.

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

FALLAMOS

1. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de don Joaquín contra la sentencia dictada con fecha 8 de noviembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, en el rollo de apelación nº 466/2012 , que casamos y anulamos para confirmar en su lugar los pronunciamientos de la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia, nº 3, de Vigo, de 21 de diciembre de 2011 , dimanante de los autos de juicio de filiación nº 1214/2010.
2. Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que en los supuestos de impugnación de la filiación por el marido en donde no resulte aplicable la presunción legal de paternidad, por estar los cónyuges separados legalmente o de hecho, ni exista atribución de la filiación al marido por declaración conjunta de ambos cónyuges o reconocimiento de éste al respecto, el régimen de ejercicio de la acción se ajustará a lo dispuesto en el artículo 140 del Código Civil .
3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso interpuesto.
4. Tampoco procede hacer expresa imposición de costas en primera y segunda instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Sebastian Sastre Papiol. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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.