



Roj: **STS 2950/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2950**

Id Cendoj: **28079110012019100481**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2019**

Nº de Recurso: **6087/2018**

Nº de Resolución: **497/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 497/2019**

Fecha de sentencia: 27/09/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 6087/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/09/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN núm.: 6087/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 497/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup> M. Ángeles Parra Lucán

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 27 de septiembre de 2019.

Esta sala ha visto junio de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio verbal n.º 1010/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de DIRECCION000 ; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Adolfinia , representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Rocío Marsal Alonso, bajo la dirección letrada de doña Isabel Doménech Peiró. Autos en los que también ha sido parte don Alvaro que no se ha personado ante este Tribunal. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de doña Adolfinia , interpuso demanda de juicio verbal de reclamación de paternidad no matrimonial contra don Alvaro , alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara:

"sentencia por la que se declare que el demandado es padre no matrimonial del menor, practicándose la oportuna inscripción registral de la filiación y todo ello con expresa condena de las costas del presente procedimiento a dicho demandado, junto a lo demás que en derecho proceda."

**1.-2.-** Admitida a trámite la demanda, el Ministerio Fiscal contestó la misma interesando:

"..se dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas."

**1.-3.-** La representación procesal del demandado contestó asimismo la demanda, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

"...Sentencia en la que:

"1º.- Se desestime íntegramente la demanda en todos sus pedimentos.

"2.- Se declare extinguida, EN CUALQUIER CASO, la obligación del demandado de abonar la pensión de alimentos establecida en el auto número 27/2018 de fecha 26/01/2017 dictado en sede de medidas cautelares a favor del menor Aureliano . Puesto que en *petitum* del escrito de demanda la actora no se ha solicitado el establecimiento de una pensión de alimentos a favor del menor.

"3º.- Subsidiariamente, para el supuesto que se declarase la obligación del demandado de abonar una PENSIÓN DE ALIMENTOS a favor del menor Aureliano , que esta quede fijada en un importe de CIENTO CINCUENTA (150) EUROS."

**1.-4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de DIRECCION000 , dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Estimo la demanda de determinación de la filiación formulada por el procurador don Miguel Juan Llobell Perles, en nombre y representación de doña Adolfinia , contra don Alvaro y, en consecuencia:

"Primero.- Declaro que don Alvaro , con NIE NUM000 , nacido el NUM001 de 1998 en Palmira (Colombia), es padre del menor de edad Aureliano , nacido el NUM002 de 2010 en DIRECCION001 (Valencia), con todos los efectos inherentes a dicha declaración; con la expresa indicación de que los apellidos del menor y su orden a los efectos de su inscripción en el Registro Civil serán los de " Adolfinia Alvaro " .

"Segundo.- Acuerdo como medidas en relación con el referido menor de edad las siguientes: condeno a don Alvaro a abonar en concepto de alimentos para el menor la cantidad de 150 euros mensuales, pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes por mensualidades anticipadas, en la cuenta corriente o de ahorro que designe, la madre. La referida suma se actualizará, con efectos de uno de enero de cada año, comenzando por el uno de enero del presente, mediante la aplicación del porcentaje del incremento del índice de precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial competente en España; asimismo, los gastos extraordinarios serán abonados por mitades entre cada uno de los progenitores.

"Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

"Quedan sin efecto las medidas cautelares adoptadas en el auto de fecha 26 de enero de 2018, número 27/18, dictado en la pieza de medidas cautelares dimanante del presente procedimiento."



**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada y, sustanciada la alzada, la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia con fecha 7 de noviembre de 2018, cuyo Fallo es como sigue:

"Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Justo J. Cabrera Rovira en representación de Don Alvaro contra la sentencia nº 128/18 dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº Tres de la ciudad de DIRECCION000 en fecha 30 de abril de 2018 y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia REVOCAR COMO REVOCAMOS la misma para desestimar íntegramente la demanda formulada por Doña Adolfinia y ABSOLVER COMO ABSOLVEMOS al demandado recurrente Don Alvaro de las pretensiones en aquella contenidas; ello con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandante al ser preceptivas y sin hacer especial declaración de las causadas en esta alzada."

**TERCERO.-** La procuradora doña Elena Guardiola Devesa, en nombre y representación de doña Adolfinia, interpuso recurso de casación por interés casacional, fundado en la infracción de los artículos 133 CC y 765 LEC, en relación con la jurisprudencia.

**CUARTO .-** Se dictó auto de fecha 24 de abril de 2019 por el que se acordó la admisión del recurso dando traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, que informó favorablemente a la estimación del recurso.

**QUINTO.-** No habiendo solicitado vista las partes, se señaló para votación y fallo el día 11 de septiembre de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Doña Adolfinia, actuando en representación legal de su hijo menor Aureliano, formuló demanda de juicio verbal en fecha 30 de noviembre de 2017 contra don Alvaro, en la que interesaba que se declarara la filiación paterna no matrimonial del demandado respecto de dicho menor.

La parte demandada se opuso a tales pretensiones y, en primer lugar, denunció la falta de legitimación activa de la demandante para actuar como representante legal de su hijo, por existir un conflicto de intereses, y la caducidad de la acción; de igual manera, negó haber tenido relación sexual con la demandante y haber reconocido en algún momento la paternidad, ni tener relación alguna con el menor, por lo que solicitó la desestimación de la demanda. El Ministerio Fiscal, en el trámite de conclusiones, interesó la estimación de la demanda, determinándose la filiación del demandado respecto del menor así como el establecimiento de una pensión alimenticia por importe de 180 euros mensuales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al considerar legitimada a la actora para el ejercicio de la acción de determinación de la filiación en nombre y representación de su hijo menor y estimar que la misma no había caducado, ya que no existe límite temporal para el ejercicio por el hijo de la acción de reclamación de filiación no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado. En cuanto al fondo, tras el examen de la prueba practicada y ante la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, declaró la filiación reclamada.

Recurrida en apelación, la sentencia de segunda instancia estimó el recurso y desestimó la demanda al considerar que había caducado la acción de la madre para reclamar la declaración de paternidad del menor.

Contra dicha sentencia ha recurrido en casación la demandante.

**SEGUNDO. -** El único motivo del recurso se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º LEC por oposición a la doctrina de esta sala en relación con la aplicación de los artículos 765.1 LEC y 133.1 CC. Sostiene que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido lo dispuesto en el artículo 765.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que la demandante no actuó en su propio nombre, sino en representación de su hijo menor de edad y, por lo tanto, se halla legitimada para el ejercicio de la acción de determinación de la filiación en nombre y representación de su hijo menor de edad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 765 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone:

"Las acciones de determinación o impugnación de la filiación que conforme a lo dispuesto en la legislación civil correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente".

El interés casacional de la cuestión jurídica planteada es evidente en cuanto se trata de determinar las consecuencias de la reforma operada en el artículo 133 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, al reconocer una legitimación propia a los progenitores para el ejercicio de acciones de paternidad, si bien sujeta a un plazo de un año desde que tales acciones pudieron ejercitarse. Es decir, si el reconocimiento de dicha legitimación del



progenitor impide al mismo ejercer la acción de determinación de la filiación en representación del hijo menor o incapacitado, tal como establece el artículo 765 LEC .

La reforma del artículo 133 CC responde a la necesidad de dar cumplimiento a lo decidido por el TC en su sentencia n.º 273/2005, de 27 de octubre , en cuanto establece como exigencia constitucional el reconocimiento de legitimación al progenitor para el ejercicio de la acción de determinación de la filiación respecto del otro, si bien pueda sujetarse su ejercicio a plazo. Ahora bien, el legislador a la hora de reformar el artículo 133 CC en el año 2015 no ha modificado lo dispuesto por el artículo 765 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que no puede considerarse como un olvido sino, por el contrario, como el reconocimiento de la posibilidad de coexistencia de una legitimación propia para el ejercicio de la acción con la posibilidad de actuar en representación del hijo menor o incapacitado, que está legitimado para el ejercicio de la acción durante toda su vida, tal como ocurre para el ejercicio de la generalidad de las acciones que corresponden al menor, siempre a salvo de un posible conflicto de intereses. Si no se reconociera la legitimación propia del progenitor resultaría imposible el ejercicio de la acción en el caso de fallecimiento del hijo pues ninguna acción podía ejercerse ya en su nombre por representación, pero ello no impide que - viviendo el hijo menor de edad- pueda instarse la declaración de paternidad por la madre actuando en su representación.

La sentencia impugnada, pese a citar el precepto del artículo 765 LEC , no se refiere posteriormente a dicha norma y, en consecuencia, no resuelve sobre la posible coexistencia de la misma con la nueva redacción del artículo 133 CC . Es preciso recordar que según dispone el artículo 2.2 CC la derogación de una ley por otra posterior ha de ser expresa pues, en caso contrario, sólo se produce en caso de incompatibilidad de la ley nueva con la anterior; incompatibilidad que, como se ha dicho, no existe en el caso presente.

Por ello ha de entenderse que en este caso la actuación de la madre al poner en marcha la acción para declarar la paternidad no matrimonial de su hijo menor está amparada en lo dispuesto por el artículo 765 LEC y no se opone a lo dispuesto por el artículo 133 CC .

Lo anterior lleva a que deba ser casada la sentencia impugnada, ya que la acción ejercitada en nombre del hijo menor estaba vigente, y confirmada la sentencia dictada en primera instancia haciendo suyos esta sala los argumentos en que dicha sentencia fundamenta la declaración de paternidad del demandado.

**TERCERO.-** Estimado el recurso de casación no procede condena en costas respecto de las causadas por el mismo y procede condenar al demandado al pago de las causadas por su recurso de apelación, que debió ser desestimado ( artículos 394 y 398 LEC ). Procede la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso.

## FALLO

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

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Adolfinia contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.ª) en Rollo de Apelación n.º 472/2018, con fecha 7 de noviembre de 2018 .
- 2.º- Casar la sentencia recurrida y confirmar las dictada en primera instancia.
- 3.º- Condenar al demandado don Alvaro al pago de las costas causadas por su recurso de apelación.
- 4.º- No hacer especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso, con devolución a la parte recurrente del depósito constituido para su interposición.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.