



Roj: **STS 5107/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5107**

Id Cendoj: **28079110012014100656**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/12/2014**

Nº de Recurso: **1946/2013**

Nº de Resolución: **707/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Cádiz, Sección 5ª, 29-05-2013 (rec. 322/2011),
STS 5107/2014**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Dulce , doña Patricia , doña Beatriz y don Victorio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), de fecha 29 de mayo de 2013, en el rollo de apelación 322/2011 , dimanante de los autos de juicio verbal nº 247/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ubrique.

Han comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente, doña Dulce , doña Patricia , doña Beatriz y don Victorio , representados por la procuradora doña Elisa María Sainz de Baranda Rivas.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida don Bruno , representado por la procuradora doña Gloria Mesa Teichman. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera Instancia.

1 . La procuradora de los tribunales doña María Fernández Roche en nombre y representación de don Bruno , presentó demanda de juicio verbal, en reclamación e impugnación de filiación no matrimonial, ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Cádiz (antiguo mixto 8), contra doña Beatriz , contra la menor Patricia , Dulce y contra don Victorio , suplicando al Juzgado

"Que teniendo por presentado este escrito con los documentos acompañados y copia de todo ello, se sirva admitirlo, requiera a don Bruno para que comparezca y me otorgue el correspondiente apoderamiento "apud acta", y verificado tenga por formulada, en representación del mismo, demanda de juicio verbal en reclamación e impugnación de filiación no matrimonial de Dulce y Patricia contra las mismas, doña Beatriz , don Victorio y con citación del Ministerio Fiscal, y seguido el juicio por sus trámites legales, dicte sentencia en su día, por la que:

A) Declare que mi representado, don Bruno , es el padre biológico de Dulce y Patricia .

B) Declare, en consecuencia, que don Victorio , no es el padre de Dulce y Patricia .

C) Declare que los apellidos de Dulce y Patricia son, por tanto, Vicente .

D) Ordene la rectificación en el Registro Civil de la inscripción de nacimiento de Dulce , que figura inscrita en el Registro Civil de Ubrique, Sección NUM000 , Libro NUM001 , Folio NUM002 , y de la inscripción de nacimiento de Patricia , que figura inscrita en el Registro civil de Ubrique, Sección NUM000 , Libro NUM003 , Folio NUM004 , en el sentido de que:



D.1. Se haga constar que el padre de las mismas es don Bruno .

D.2. Se haga constar que el primer apellido de Dulce y de Patricia es el de Vicente .

E) *Con expresa imposición de costas a los demandados, si se opusieran a esta demanda.*"

2. La procuradora de los tribunales doña Dolores Godoy Gálvez, en nombre y representación de doña Dulce , doña Patricia , doña Beatriz y don Victorio , contestó a la demanda formulada de contrario, suplicando al Juzgado:

"Que teniendo por presentado este escrito junto con las copias que se acompañan, los admita, con devolución del poder original que se precisa para otros usos, previo testimonio para su unión a autos, y se tenga por comparecido y parte en la representación que ostento a la Procuradora doña Dolores Godoy Gálvez, en nombre de doña Dulce y doña Patricia , doña Beatriz y de don Victorio , entendiéndose conmigo las sucesivas actuaciones, y teniendo por contestada la demanda de juicio verbal de reclamación de filiación no matrimonial con impugnación de la filiación contradictoria y tras su sustanciación, con intervención del Ministerio Fiscal, dicte resolución por la que inadmita demanda y archive las presentes actuaciones por la falta de aportación del principio de prueba y, en su defecto, dicte Sentencia por la que estime las excepciones procesales de prescripción de la acción y de falta de legitimación activa invocadas, con los efectos legales inherentes a tales excepciones procesales, y subsidiariamente dicte Sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda, absuelva a mis representados de las pretensiones formuladas en su contra, todo ello con expresa condena de las costas del presente procedimiento al actor."

3. El fiscal contestó a la demanda interesando al Juzgado se le tenga por comparecido, y por opuesto a las pretensiones en ella deducidas, salvo que llegaran a probarse los hechos en los que se basa la misma.

4. El Juez de Primera Instancia e Instrucción número uno de Ubrique dictó Sentencia con fecha 1 de septiembre de 2010 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Josefa Salas Gómez en nombre y representación de don Bruno , debo declarar y declaro no haber lugar a las pretensiones de la parte actora; todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas."

Tramitación en segunda instancia.

5. La anterior resolución fue recurrida en apelación por la representación procesal de don Bruno , cuya resolución correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz que dictó sentencia el 29 de mayo de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

"Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por don Vicente contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Ubrique en fecha 1 de septiembre de 2010 y desestimando la impugnación de sentencia deducida por doña Beatriz , don Victorio , doña Dulce y doña Patricia ,

a).- Declaramos que don Bruno es el padre biológico de doña Dulce y doña Patricia . Y en consecuencia don Victorio no es el padre de aquellas.

b).- Los apellidos de doña Dulce y doña Patricia serán en adelante Vicente .

c).- Recfíquense en el Registro Civil de Ubrique, Sección Primera, las inscripciones de nacimiento de doña Dulce (Libro NUM001 , Folio NUM002) y doña Patricia (Libro NUM003 , Folio NUM004) en el sentido de hacer constar que el padre de las mismas es don Bruno y el primer apellido de ambas el de Vicente .

d).- Se imponen a la parte demandada las costas procesales de la primera instancia. En cuanto a las costas de esta alzada, no ha lugar a especial pronunciamiento respecto a las propias del recurso principal, imponiéndose las de la impugnación de sentencia a los impugnantes."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

6. Contra la anterior resolución, la representación procesal de doña Dulce , doña Patricia , doña Beatriz y don Victorio , interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Cádiz, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 447.2, ordinal tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infringiendo el artículo 1964 del Código Civil .

Segundo: Al amparo de lo dispuesto en el art. 477 2, ordinal tercero de la LEC , infringiendo el artículo 7.1 y 2 del Código Civil .



Tercero: Al amparo de lo dispuesto en el art 477.2, ordinal tercero de la LEC , infringiendo el artículo 133 del Código Civil .

Cuarto. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC . por infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en al artículo 18.1 de la CE .

Quinto. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC , infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en al artículo 18.1 de la CE

7. Por diligencia de ordenación de 31 de julio de 2013 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días, para comparecer.

8. Esta Sala dictó Auto el 1 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

" ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de doña Dulce , doña Patricia , doña Beatriz y don Victorio , contra la sentencia dictada, con fecha 29 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª) en el rollo de apelación nº 322/2011 , dimanante de los autos de juicio verbal nº 247/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ubrique."

9. Dado traslado a las partes el Ministerio Fiscal impugnó el recurso interpuesto, interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

10. La representación procesal de don Bruno , presentó escrito ante esta Sala, manifestando su oposición al recurso formulado de contrario.

11. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de noviembre, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

1. En el presente litigio se ejercita por la representación de la parte actora, don Bruno , una acción de reclamación de filiación no matrimonial y acción de impugnación de filiación contradictoria contra doña Beatriz , doña Patricia , doña Dulce y contra don Victorio , solicitando que se declare que don Bruno es el padre biológico de Dulce y Patricia y, en consecuencia, se declare que don Victorio no es el padre de Dulce y Patricia , y todo ello con el consiguiente cambio de apellidos y rectificaciones en el Registro Civil.

2. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, si bien contiene como hechos relevantes acreditados no contradichos por la sentencia recurrida que i) don Victorio y doña Beatriz comenzaron su relación en el año 1981, antes del nacimiento de la primera hija, que fue en 1986, así como que el Sr. Victorio ha estado al frente de la educación y sostenimiento económico de Dulce y Patricia , además de las buenas relaciones afectivas existentes como padre e hijas; ii) que entre doña Beatriz y don Bruno han existido relaciones sentimentales.

3. Victorio nació el NUM005 de 1986 y Patricia el NUM006 de 1991 e inscritas en el Registro Civil de Ubrique más tarde como hijas no matrimoniales de don Victorio , en virtud del reconocimiento llevado a efecto por éste último ante el correspondiente Juez-Encargado, recogido en acta de 27 de septiembre de 1996, con el consentimiento de la madre de las entonces menores doña Beatriz .

4. Contra la sentencia de la primera instancia interpusieron recurso de apelación ambas parte, en vía principal el actor y en vía impugnatoria o adhesiva, en palabras de la Audiencia, los codemandados. El actor insistiendo en la prosperabilidad de la acción y los codemandados, por haberlo negado la sentencia, en lo relativo a la prescripción de las acciones de reclamación e impugnación de filiación deducidas en el pleito y la caducidad de esta última, así como la falta de legitimación activa oportunamente invocada, solicitando, subsidiariamente, caso de no prosperabilidad la impugnación, la desestimación de la demanda.

5. La sentencia recurrida, resolutoria del recurso de apelación, dictada el 29 de mayo de 2013 por la Sección quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz , al plantear el ámbito de la alzada en los términos recogidos, se inclina por la solvencia y fundamento del recurso principal e inconsistencia de los argumentos obstativos de los



impugnantes, puntualizando que se replantean ante la Sala las mismas cuestiones procesales y sustantivas que se hicieron valer ante el Juzgado.

6. La prescripción de la acción la rechaza por aplicación de la jurisprudencia de esta Sala, con cita de las sentencias de 24 de junio de 1996 , 20 de junio y 2 de octubre de 2000 , entre otras, por extenderse la legitimación del hijo, al amparo del artículo 133 del Código Civil , al padre y a la madre en aplicación de criterios de flexibilidad, decantados en la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2005 , que declara inconstitucional impedir al progenitor no matrimonial la reclamación de filiación en los casos de inexistencia de la posesión de estado.

7. La caducidad de la impugnación tampoco la estima, razonando que el ejercicio de la acción de reclamación permite en todo caso, y a su vez precisa, del ejercicio de la acción contradictoria, significando que el artículo 134 del Código Civil es de aplicación tanto a la filiación matrimonial como a la no matrimonial. Al ejercer la acción de reclamación puede y debe ejercer la de impugnación, en acumulación de acciones en que la impugnación es accesoria a la reclamación, que es la principal.

8. A propósito de la discutida legitimación activa del demandante se desestima su ausencia por referirse al artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la "condición de parte legítima" y añade que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". Será, pues, la relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, la que determine quienes son partes legitimadas. Al presentarse el actor como padre biológico de las codemandadas doña Dulce y doña Patricia para su reclamación de paternidad, se encuentra legitimado para la acción que ejercita por autorizarlo la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo.

9. Al estimar la acción principal y, por ende, la reclamación de paternidad, motiva que i) la negativa de las demandadas a colaborar a la prueba biológica, pues el demandado sí se presentó, impide según la doctrina constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia 11 de abril de 2012) que se declare la paternidad con base única y exclusivamente a tal negativa, si bien tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria existente en el proceso; ii) a partir de tales pautas y facilidad de las demandadas para despejar las dudas que sobre la paternidad reclamada se infiriese de otras pruebas, se valora la amplia documental aportada por el actor (historia clínica de evolución y desenlace gestacional con ocasión de ambos nacimientos, asistidos por el Sr. Calixto como médico ginecólogo, despacho telegráfico remitido a la madre en relación con la inscripción y apellidos de la niña, sentencia de separación de él con su esposa que se fundamenta en la infidelidad pública y conocida del primero, conjunto de fotos de distintas épocas en que aparecen don Bruno y doña Beatriz juntos y en unión de las hijas de ésta); iii) testifical de doña Genoveva , auxiliar de don Bruno y amiga de doña Beatriz , con sólidas y convincentes declaraciones; iv) cartas dirigidas por doña Beatriz a don Bruno en relación con las hijas de ella.

10. El actor llegó a contraer matrimonio con la madre de sus pretendidas hijas a finales del año 2004.

11. Contra meritada sentencia interpuso recurso de casación la representación de todas las partes demandadas, por interés casacional puesto que la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, formulando a tal fin cinco motivos.

RECURSO DE CASACIÓN.

SEGUNDO. Los motivos que formula son los siguientes:

1. Motivo Primero. Enunciación y Planteamiento.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 447.2, ordinal tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil , el recurso presenta interés casacional, ya que infringe el artículo 1964 del Código Civil (por su inaplicación e inobservancia en el caso de autos) que establece que las acciones personales que no tengan plazo especial de prescripción prescriben a los quince años, así como también infringe el artículo 133 del Código Civil (por su errónea interpretación y consiguiente errónea aplicación en el caso de autos) que establece que sólo el hijo tiene acción durante toda su vida para la reclamación de la filiación no matrimonial cuando falta la respectiva potestad de estado, puestos en relación con el principio general de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española , debiendo fijarse como doctrina la de que en casos como el presente en los que el progenitor no matrimonial sin posesión de estado que conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria dentro del plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales, la acción prescribe.



En su planteamiento se afirma que no existe jurisprudencia directa para el caso del progenitor que reclama una filiación no matrimonial sin posesión de estado y que concurre el carácter extraordinario de interés casacional de crear jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado. Pretende, en esencia, que su acción no sea imprescriptible, como lo es para el hijo, sino sujeta a la prescripción de 15 años.

Subsidiariamente, sin cita jurisprudencial, entiende que se declare la caducidad de la acción de impugnación.

2. Motivo Segundo. Enunciación y Planteamiento.

Al amparo de lo dispuesto en el art. 477 2, ordinal tercero de la LEC , el recurso presenta interés casacional, ya que se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo el artículo 7.1 y 2 del Código Civil (por su inaplicación al caso de autos) que establece como principio general del Derecho la buena fe en el ejercicio de los derechos, la prohibición de ir contra los propios actos, el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que unánimemente viene interpretando tal precepto en dichos apartados, puesto en relación con el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que impone a los Jueces y Tribunales rechazar las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho, debiendo fijarse como doctrina la de que los Juzgados y Tribunales rechazarán las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado en aquellos supuestos en que el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea, sino que lo hace de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento, máxime cuando se trata de la reclamación de la paternidad de dos hijos.

En su planteamiento acude a que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe así como a que la Ley no ampara el abuso del derecho.

Según la parte recurrente no cita ni aporta jurisprudencia, a efectos de acreditar el interés casacional, por ser un principio general al que se opone la sentencia recurrida, sentencia que, por otro lado, afirma que ha obviado pronunciarse sobre dicho principio, incurriendo en incongruencia omisiva con evidente vulneración del artículo 24 de la Constitución Española que contiene el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva.

Recoge que supondría en todo caso un flagrante abuso de derecho y un ejercicio antisocial del mismo por ejercicio extemporáneo e intempestivo que no puede ser tutelado por los Tribunales de Justicia en ningún caso, pues colisiona gravemente con el derecho e interés de mis representadas, doña Dulce y doña Patricia (cuyo interés en tanto que hijas debe ser el prevalentemente protegido por el ordenamiento) en cuanto a la preservación de su propia identidad, de los vínculos familiares, de los afectivos y sociales y la estabilidad de su estado civil, así como de su propia intimidad personal y familiar, que ya cuentan con su apellido, Campanario, en definitiva, de la seguridad jurídica en el marco de las relaciones de parentesco y familiares, lo que supone un grave atentado a la posesión de estado familiar que durante todos estos años (desde su nacimiento) han mantenido los cuatro codemandados a que represento, cuando por el contrario, el actor que no ha convivido ni tratado ni a Dulce ni a Patricia , a las que ni tan siquiera ha conocido (sólo las ha conocido en fechas recientes), y a las que ni ha mantenido económicamente ni alimentado, ni educado, ni se ha preocupado por sus estudios ni su salud, ni las ha cuidado ni protegido, ni les ha procurado una formación, aparece ahora de forma sorpresiva, inoportuna, extemporánea e intempestiva

Finalmente denuncia en su planteamiento que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz ahora recurrida en casación ha obviado y omitido pronunciarse sobre el motivo de oposición a la demanda y al recurso de apelación consistente en la invocación y aplicación al caso de la norma del artículo 7.1 y 2 del Código Civil atinente a la buena fe en el ejercicio de los derechos, la prohibición de ir contra los propios actos, al abuso de derecho y al ejercicio antisocial del derecho, y a la doctrina jurisprudencial del TS sobre dicho precepto, lo cual sin duda supone una incongruencia omisiva de la citada Sentencia (no resuelve un motivo de la oposición a la demanda debidamente planteado por esta parte demandada tanto en la instancia como en la apelación) y que supone una vulneración del derecho fundamental de mis mandantes a la tutela judicial efectiva del art. 24. de la CE .

3. Motivo tercero. Enunciación y planteamiento.

Al amparo de lo dispuesto en el art 477.2, ordinal tercero de la LEC , el recurso presenta interés casacional, ya que se opone a determinada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo el artículo 133 del Código Civil (por su errónea interpretación y consiguiente errónea aplicación en el caso de autos) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene interpretando que la reclamación de filiación extramatrimonial sólo la puede instar el padre cuando goce de la posesión constante de estado (como se deduce del art. 133 del Código Civil , que solo la atribuye al hijo) y aunque no desconoce la doctrina jurisprudencial del



propio TS que ha extendido también al padre o madre tal acción no puede ampararse indiscriminadamente en generalizaciones que puedan dañar seriamente pacíficas situaciones personales constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor y del menor mismo, por lo que hay que ponderar otros intereses que puedan justificar la restricción de la legitimación, según se recoge expresamente en la doctrina jurisprudencial citada en las SSTs de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 28 de mayo de 1997 (Recurso 1858/1993) y de fecha 1 de Febrero de 2002 (Recurso 2524/1996), debiendo fijarse como doctrina la de que en orden a la legitimación en la reclamación de la filiación no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado cuando el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea el mismo -el pretendido padre o progenitor- carece de legitimación activa, ya se trate como falta de legitimación activa "*ad processum*" o como falta de legitimación activa "*ad causam*" cuando acciona reclamando su paternidad no matrimonial y consiguiente impugnación de la filiación contradictoria de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento.

En su planteamiento insiste en la vulneración del artículo 133 del Código Civil así como la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las sentencias citadas en el enunciado.

Niega que en caso de falta de posesión de estado el padre tenga legitimación para reclamar la filiación no matrimonial, entendiéndolo que sólo el hijo tiene legitimación.

Afirma la parte recurrente ser conocedora de la jurisprudencia de la Sala al respecto como de la doctrina del Tribunal Constitucional, pero añade que la ampliación de la legitimación debe hacerse sin generalizaciones que puedan dañar muy seriamente a pacíficas situaciones personales y posesorias constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor, que en definitiva pudiera afectar negativamente a la paz familiar y seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares, con perjuicio para los hijos.

4. Motivo Cuarto. Enunciación y Planteamiento.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2, ordinal tercero de la LEC , el recurso presenta interés casacional, por infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en el artículo 18.1 de la CE que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto en relación con el 9.3 de la CE relativo a la seguridad jurídica, el artículo 10 de la CE relativo a la dignidad de la persona: derechos inviolables que le son inherentes; libre desarrollo de la personalidad y el artículo 39 apartados 1 , 3 y 4 de la CE , preceptos que también han sido infringidos, debiendo fijarse como doctrina la de que el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares prevalece sobre el derecho a la investigación de la paternidad del último inciso del artículo 39.2 de la CE -que cede frente a los anteriores derechos- en supuestos como el de autos en que cuando el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea la acción de filiación matrimonial sin posesión de estado del pretendido padre o progenitor no puede estimarse por los Tribunales por prevalencia de los indicados derechos fundamentales del hijo y para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares y la posesión de estado familiar, incluido el apellido del que viniera disfrutando, cuando el pretendido progenitor acciona reclamando su paternidad no matrimonial y consiguiente impugnación de la filiación contradictoria de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento

En su extenso alegato hace un planteamiento que, desde la cita de preceptos constitucionales que amparan derechos fundamentales de la persona, insiste en la afectación que sufrirían estos si se amplía generosamente la legitimación del progenitor en caso de falta de posesión de estado para reclamar la filiación extramatrimonial.

Finaliza este planteamiento con la afirmación de que la sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de las demandadas cuya filiación se declara y lo dispuesto en los artículos 9.3 y 10 de la Constitución Española , puestos en relación con el artículo 39 en sus apartados 1, 2 y 4, incurriendo también en infracción del artículo 24 de la Constitución Española que contiene el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por haber incurrido en incongruencia omisiva al no dar respuesta a este motivo de oposición a la demanda planteado por ella tanto en la instancia como en la alzada.

5. Motivo Quinto. Enunciación y Planteamiento.



Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2, ordinal tercero de la LEC, el recurso presenta interés casacional, por infracción de precepto constitucional, concretamente de lo dispuesto en el artículo 18.1 de la CE que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto en relación con el 9.3 de la CE relativo a la seguridad jurídica, el artículo 10 de la CE relativo a la dignidad de la persona dignidad de la persona: derechos inviolables que le son inherentes; libre desarrollo de la personalidad y el artículo 39 apartados 1, 3 y 4 de la CE, preceptos que también han sido infringidos junto al artículo 767.3 y 4 de la LEC, debiendo fijarse como doctrina la de que está justificada la negativa a someterse a la prueba biológica cuando el presunto progenitor no matrimonial conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce (desde un primer momento) y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria de dicho hijo de forma tempestiva y temporánea sino que lo hace de forma intempestiva y extemporánea ya pasados muchos años desde el nacimiento por prevalencia de los indicados derechos fundamentales del hijo y para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones familiares y la posesión de estado familiar, incluido el apellido del que viniera disfrutando.

En su planteamiento insiste, pero ahora para justificar la negativa de las demandadas a someterse a la prueba biológica, en la circunstancia de ejercitar el progenitor la acción de reclamación de filiación no matrimonial, sin existir posesión de estado, de forma intempestiva y extemporánea.

TERCERO. Consideraciones Previas.

Antes de dar respuesta a los motivos formulados con el contenido que más adelante se expondrá, conviene hacer unas previas consideraciones para concretar el ámbito del debate y para servir de soporte a la decisión de la Sala.

1. La Ley 11/1981, de 13 de mayo impuso un novedoso régimen para la filiación. El legislador pretendió equilibrar los delicados intereses en conflicto y proteger la certeza de la filiación matrimonial. El matrimonio no se prima respecto a los efectos de la filiación, pero su existencia o no si influye a la hora de discriminar los títulos de su determinación así como para articular el sistema de acciones. Como dice la exposición de motivos del proyecto de Ley "haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación". Otro factor en que incide la reforma en cuanto al régimen de las acciones es el de la existencia o no de la posesión de estado. Con esos pilares aborda la diferenciación de plazos y legitimación activa para facilitar la adecuación de la filiación legal a la social, esto es, la que se vive por la posesión de estado, y poner trabas o límites a la impugnación de la filiación matrimonial.

Sobre todo ello es ilustrador lo que afirma la exposición de motivos del proyecto de Ley: "Al regular la determinación del vínculo jurídico de filiación, la presente ley refleja la influencia de dos criterios encontrados. De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco".

En esta fase legislativa postconstitucional destaca: i) la no discriminación de la filiación no matrimonial; ii) la admisión de la investigación de la paternidad y iii) algo de sumo interés, cual es, la consideración de que el interés del hijo es preeminente respecto al del progenitor, como se desprende de que aquél siempre esté legitimado para el ejercicio de las acciones de filiación así como que el mayor de edad pueda negarse al reconocimiento por su progenitor.

2. Motivos de tipo social y jurídico, destacando de entre los últimos la interpretación de los derechos fundamentales llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en los últimos años, ha provocado un cambio inacabado en la evolución del régimen jurídico de la filiación, con importantes sentencias, que afectan sustancialmente a las acciones de aquella, como son la de impugnación de presunción de la paternidad marital y la de reclamación de la filiación extramatrimonial. En esta evolución la investigación de la paternidad que se incorpora como un medio de defensa del hijo contra la irresponsabilidad del progenitor, se ha venido a poner también a disposición de éste, concediéndole que pueda obtener la declaración de paternidad así como la impugnación de la incierta. Con este reconocimiento de los derechos fundamentales del progenitor deja de ser el hijo el centro de estas acciones de filiación y queda como compartiéndolo con el progenitor.

3. En este estadio de la evolución reseñada se contempla la cuestión esencial del presente recurso relativa a la reclamación de paternidad del padre biológico. Se contraponen la interdicción de la investigación de la paternidad por el progenitor con la finalidad de proteger la defensa de la familia legítima con el derecho de aquél de ver legalmente determinada la relación paterno-filial. Como decimos, y así sobrevuela sobre todo el recurso, el progenitor pasa a tener un papel activo con el peligro de irrumpir en una realidad familiar ya



asentada. En nuestro ordenamiento jurídico el punto de partida sobre la reclamación de paternidad del padre biológico se sitúa en el artículo 133.1 del Código Civil que dispone claramente que "la acción de reclamación de filiación no matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida", con lo que queda excluida la "legitimación" del progenitor sin posesión de estado.

4. El Tribunal Supremo, sin embargo, a partir de los años 90 se inclinó mayoritariamente por reconocer la "legitimación" del progenitor, contrariando la dicción literal del precepto, apoyándose en una antinomia entre el artículo 133.1 y el artículo 134, que resuelve acudiendo a una interpretación lógica y sistemática.

Es cierto que la sentencia de fecha 28 de mayo de 1997, (Recurso 1858/1993), partiendo de que la jurisprudencia debe mantenerse y respetarse, advierte que sin "hacer uso de ella sin generalizaciones que puedan dañar muy seriamente a pacíficas situaciones posesorias constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor", así como que la de fecha 1 de febrero de 2002 (Recurso 2524/1996), sobre la base de no tener por acreditada la paternidad, añade que, aún permitiéndose la investigación de la paternidad, "no se ha llegado a introducir en nuestro sistema jurídico la investigación indiscriminada que resulta perturbadora en el orden interno familiar y contraria al estado civil y posesión de hecho del mismo".

Poco después se dicta por la Sala la sentencia de 22 de marzo de 2002 (Recurso 3112/1996) en la que cita la de 24 de junio de 1996 (Recurso 3379/1992), recogiendo que en años posteriores a esta tal interpretación se ha mantenido sin fisuras, citando como representativa la de 20 de junio de 2000 (Recurso 2392/1998), para concluir que no ha infringido el párrafo primero del artículo 133 CC en relación con el artículo 39.2 de la Constitución , ni desde luego la jurisprudencia (motivo primero), porque de lo razonado anteriormente se desprende que dicho precepto constitucional es precisamente uno de los más importantes fundamentos de la doctrina consolidada de esta Sala; tampoco se infringe el artículo 134 CC en relación con el párrafo primero de su artículo 133 (motivo segundo) porque asimismo se desprende de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior que la relación entre ambos preceptos constituye otro de los fundamentos de la jurisprudencia de esta Sala para reconocer legitimación al progenitor biológico para reclamar la paternidad extramatrimonial pese a faltar la posesión de estado; y tampoco se infringen los apartados 2, 1 y 4 del artículo 39 de la Constitución ni el artículo 24 de la misma (motivos tercero y cuarto, numerado "quinto" en el recurso), porque igualmente resulta de la jurisprudencia de esta Sala que como más beneficioso para el menor se considera la determinación de su paternidad, máxime cuando en este caso resulta que el demandante inicial falleció después de interpuesta la demanda y no se derivarían ya para el menor los perjuicios que de la personalidad conflictiva de aquél se predicaban en el recurso.

En ellas late, en ocasiones, el peligro que pudiera derivarse del ejercicio de la acción pero sin establecerse concretas limitaciones al mismo, a salvo la exigencia legal que con la demanda se acompañe un principio de prueba de los hechos en que se funda a efectos de admisión (artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente) o la doctrina jurisprudencial sobre la prueba de investigación biológica en caso de negativa injustificada para someterse a ella.

5. Sentada esta doctrina por el Tribunal Supremo se dicta la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Pleno, 273/2005, de 27 de octubre declarando que la privación al progenitor para reclamar la filiación no matrimonial faltando la posesión de estado es incompatible con el mandato de investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución Española) y con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española).

Recoge la sentencia que "...Pues bien, a la hora de plasmar el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad, en el concreto extremo de la determinación de la filiación, el legislador pretendió reflejar en la regulación introducida en el Código Civil por la Ley 11/1981 dos criterios encontrados: "De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco. E intentando equilibrar estos dos criterios, se confería especial relevancia a la posesión de estado, 'tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen (exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código Civil)..."

"...De esta forma, el Código Civil establece una amplia legitimación ("cualquier persona con interés legítimo") para reclamar la filiación manifestada por una constante posesión de estado (artículo 131), esto es, cuando existe una situación en la que, pese a no contar con una paternidad o maternidad no matrimonial reconocida formalmente, se tiene el concepto público de hijo con respecto al padre o la madre, formado por actos directos



de éstos o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (SSTs de 10 de marzo y 30 de junio de 1988), situación que también se ha identificado doctrinalmente a través de la concurrencia de alguno de los requisitos de nomen, tractatus y fama o reputatio..."

"...En cambio, cuando falta el presupuesto de la posesión de estado, el art. 133 CC sólo otorga la legitimación al hijo durante toda su vida y, bajo determinadas condiciones, también a sus herederos, mas no -en la literalidad del precepto- al progenitor. Se ha primado así el interés del hijo, dotándolo de los instrumentos necesarios para el establecimiento de la verdad biológica que hagan efectivo el mandato del constituyente de impedir la existencia de discriminaciones por razón de nacimiento y que permitan obtener el cumplimiento por parte de los padres de sus deberes respecto de los hijos menores, en especial, el de prestarles la asistencia precisa durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (art. 39.3 CE). Al mismo tiempo, y en conexión con el favor filii, el legislador ha dado mayor relevancia a la seguridad familiar, evitando que puedan llevarse a los Tribunales pretensiones abusivas carentes del respaldo de una situación fáctica que les otorgue un fundamento cierto..."

"... Así pues, resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos (artículo 39.2 CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) en el estado civil de las personas.

Ahora bien, en tal ponderación, en relación con el supuesto que ha dado origen a la presente cuestión, el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. En efecto, la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (artículo 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Pues bien, el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado desde el momento en que, aparte de que podría haber sido sustituido por otras limitaciones (como la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción), el sistema articulado por nuestro ordenamiento no permite, en ningún caso, el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas, desde el momento en que, a tal efecto, se prevé que 'en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde' (artículo 767.1 LEC y, anteriormente, el derogado artículo 127 CC)..."

"... En suma, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción. ..."

Meritada sentencia no anula el artículo 133.1 del Código Civil porque sería dañar, sin razón alguna, a quienes la ostentan en virtud de tal precepto, limitándose a declarar la inconstitucionalidad por negarse tal legitimación al progenitor que reclame la filiación no matrimonial sin posesión de estado. Hace, sin embargo una afirmación relevante para el presente recurso cuando afirma que "...En suma, resuelta en los términos señalados para el caso concreto la cuestión planteada, la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo , FJ 6), el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)".

Más tarde se dictó por el Tribunal Constitucional sobre cuestión idéntica la sentencia 52/2006, de 16 de febrero .

6. Tras dictarse la primera sentencia citada del Tribunal Constitucional se dictó sentencia por esta Sala el 14 de diciembre de 2005 (Recurso 56.25/2000) en la que acude al contenido de la sentencia que hemos mencionado de 22 de marzo de 2002 .

Recoge que "de acuerdo con la citada sentencia de 22 de marzo de 2002 , hay que señalar que esta tesis se ha mantenido en las sentencias posteriores, de modo que "al superarse la literalidad del artículo 133 del Código Civil que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta



más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 del Código civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación del padre biológico" (sentencia de 22 de marzo de 2002 . Además, sentencias de 2 de octubre de 2000 , 13 de junio de 2002 , 17 de junio de 2004 y 8 de julio de 2004 , entre las más recientes).

Esta jurisprudencia está en la línea de otras disposiciones semejantes en el derecho comparado. Así el artículo 339.3 del Código civil francés considera que cuando existe la posesión de estado durante 10 años, no se puede impugnar el reconocimiento, a no ser que la acción la interpongan el hijo o aquellos que pretenden ser los auténticos padres (de ceux que si prétendent les parents véritables). El artículo 104.2 del Codi de Família de Catalunya legitima para la reclamación de la filiación no matrimonial al padre o a la madre cuando el reconocimiento previamente efectuado no haya producido eficacia por falta de consentimiento de los hijos o de aprobación judicial".

Más adelante recoge la doctrina del Tribunal Constitucional que hemos transcrito y concluye que "aunque el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente para evitar la declaración de inconstitucionalidad, la interpretación correctora que este Tribunal ha realizado del artículo 133 del Código civil , lo cierto es que después de la sentencia 273/2005 y a falta de la necesaria reforma legal del artículo 133.1 del Código civil , esta Sala, con mayor razón, debe seguir sus propios precedentes en relación con la legitimación del progenitor no matrimonial para interponer la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial".

Contiene además dicha sentencia otro pronunciamiento relevante para el presente recurso en relación con la caducidad de la acción de impugnación, al afirmar que "la recurrente olvida que el actor interpuso en su día dos acciones: la de reclamación de la filiación y la de impugnación de la filiación contradictoria. Se trata de una acción mixta que "debe quedar sometida al régimen de la acción de reclamación", porque la finalidad de ésta última es la de determinar la filiación, a la que se opone, de manera formal, la que consta en el Registro civil, y por ello debe ser impugnada, tal como establece el artículo 113.2 del Código civil . Por ello esta Sala ha considerado que la acción de impugnación es accesorias, instrumental e inevitable cuando se reclama una filiación que contradice la inscrita. Esta doctrina es unánime en la jurisprudencia de esta Sala, como puede comprobarse en las sentencias de 3 de junio de 1988 , 20 de diciembre de 1991 , 17 de marzo de 1995 , 13 de junio y 9 de julio de 2002 , entre otras. Todo ello lleva a la conclusión de que al ser la acción de reclamación imprescriptible por tratarse de una acción de estado, no se le puede aplicar el plazo de caducidad del artículo 140 del Código civil para las acciones de impugnación ejercitadas de forma aislada".

7. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando existen intereses contrapuestos entre el del progenitor a ver declarada su paternidad y la situación familiar que vive el hijo, legitima los límites que las legislaciones nacionales hayan establecido para la satisfacción del interés del progenitor. Se cita a tal fin aquellas soluciones adoptadas por los Estados, protegiendo la seguridad jurídica y afectiva del hijo inserto en una familia frente a la pretensión de quien afirma ser progenitor biológico. (Decisión de inadmisión de la Comisión de 6 de abril de 1994 -M.B. Contra Reino Unido-, la del Tribunal de 29 de junio de 1999 -Nylund contra Finlandia-, la SEEDH de 8 de octubre de 2002- Yousef contra Países Bajos-), decisiones que no cita nuestro Tribunal Constitucional pero que debió tener presente cuando exige, que ante la insuficiencia normativa del precepto, sea el legislador el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, <con inclusión, en su caso de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de los límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1. CE)>.

Al no haberse llevado a cabo por el legislador tal exigencia la situación actual en España es de legitimación abierta al progenitor sin plazo, con independencia de la existencia o no de posesión de estado.

De ahí, que la doctrina científica sostenga que se hace imprescindible una modificación legislativa que señale límites a la legitimación del progenitor, para evitar un ejercicio abusivo de su derecho.

A juicio de esta doctrina tales límites pueden ser: i) temporales; ii) tener en cuenta su conducta precedente a la reclamación; iii) que el reconocimiento sea meramente formal, limitándose los efectos de la declaración.

En nuestro país se han hecho previsiones en tal sentido en la legislación catalana, ya citada, y en la Compilación de Navarra, pero no con carácter general como exigía el Tribunal Constitucional.

CUARTO. Desestimación del Motivo PRIMERO.



Hemos de partir de que el motivo se formula por presentar interés casacional, infringiendo la sentencia el artículo 1964 del Código Civil que prevé el plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales.

El artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que *<se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.*

Cuando se trata de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.>

Consecuencia de ello es que a la denuncia de infracción de normas sustantiva haya de añadirse la concurrencia de alguno de los tres supuestos de interés casacional previstos en la Ley, lo que no sucede en el presente motivo.

Se cita la norma sustantiva pero no la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se estima infringida.

Conocedora la parte recurrente de tal carencia pretende que la Sala fije doctrina por la que "en casos como el presente en los que el progenitor no matrimonial sin posesión de estado que conoce el nacimiento del hijo desde que el nacimiento se produce y el mismo se considera así mismo como padre y no acciona reclamando su paternidad no matrimonial e impugnando la filiación contradictoria dentro del plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales, la acción prescribe".

Excepcionalmente cabe la posibilidad de que se admita un recurso por interés casacional cuando, como aquí sucede, lo pretendido sea que el Tribunal modifique su propia jurisprudencia anterior.

Sin embargo en el presente supuesto tal modificación no cabe, pues, como se ha recogido en el fundamento precedente de cuestiones previas, sobre todo a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional allí citadas, en tanto en cuanto el legislador no dé respuesta a la exigencia que en ellas se recoge, la legitimación del progenitor sin posesión de estado para reclamar la paternidad no matrimonial se encuentra equiparada a la del hijo, conforme a la interpretación que se hace del artículo 133.1 del Código Civil y, por tanto, sin sujeción a plazo. Téngase en cuenta, además, que el plazo puede ser una limitación para el ejercicio de la acción, pero el legislador puede optar por otras, como ya hemos expuesto, siendo por tanto este y no la Sala la que debe dar cumplimiento a la exigencia del Tribunal Constitucional como con toda claridad se expresa éste.

Tampoco puede prosperar el motivo respecto de la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad, pues, con independencia de los óbices procesales para su admisión, se plantea para el supuesto de que se considere dicha acción como independiente o autónoma de la de reclamación, sin que así suceda, pues, según la doctrina de la Sala, ya recogida (sentencia 14 de diciembre de 2005), "se trata de una acción mixta que debe quedar sometida al régimen de la acción de reclamación".

QUINTO. Desestimación del Motivo Segundo.

Ni la sentencia de primera instancia ni la resolutoria del recurso de apelación, objeto del presente de casación, hacen pronunciamiento alguno sobre si la acción de reclamación de paternidad ejercitada se adecua o no al principio general del Derecho sobre la buena fe en el ejercicio de los derechos o si incurre o no en abuso de derecho, cuestiones estas que, basta el examen de la contestación de la demanda así como el escrito de oposición e impugnación del recurso de apelación, para constatar que fueron alegadas y planteadas con la necesaria fundamentación.

Siendo ello así difícilmente la sentencia recurrida ha podido infringir doctrina jurisprudencial de esta Sala, pues se ignora las motivaciones en que pudiese fundar su no acogimiento, con independencia de que no se cite una concreta sentencia sobre el abuso de derecho en el ejercicio de esta concreta acción, limitándose a generalizaciones más propias de alegaciones en la instancia que en casación, aún entendiéndose que son razonables y en sintonía con las reflexiones recogidas en el fundamento de derecho de las consideraciones previas.

En realidad lo que la parte pretende es que la Sala, a través de este motivo de casación, subsane la incongruencia omisiva de la sentencia recurrida, como con toda claridad se desprende del penúltimo párrafo del planteamiento del motivo.



Tal pretensión no es posible legalmente, ya que la incongruencia omisiva no encaja en los motivos de casación sino en los de infracción procesal al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 218.1 del mismo Texto legal .

Pero aún así, y siendo la cuestión de gran relevancia y merecedora de una determinada y pormenorizada respuesta en atención a las singularidades fácticas que rodean el supuesto, la parte debió agotar los medios posibles para la denuncia o subsanación de la infracción o defecto procesal, solicitando previamente la aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia (Auto de 7 de octubre de 2014; Sentencia de 30 de septiembre de 2014 , 14 de marzo de 2012 , 11 de noviembre de 2011 , entre otras).

SEXTO . Desestimación del Motivo Tercero.

Al admitir la sentencia recurrida que el actor tiene legitimación activa para ejercitar la acción de reclamación de paternidad no matrimonial sin posesión de estado, al amparo del artículo 133 del Código Civil , la parte recurrente entiende que infringe tal precepto sustantivo y la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de esta Sala de 28 de mayo de 1997 y 1 de febrero de 2002 , que huyen de generalizaciones de legitimación en supuestos como el presente.

Ya se ha recogido lo relativo a la legitimación en el fundamento de derecho frontispicio de la respuesta a cada motivo de casación, y en él se recoge el estado actual de la doctrina del Tribunal Constitucional. Conforme a tal doctrina el progenitor tiene legitimación sin plazo para ejercitar la acción de reclamación de paternidad no matrimonial sin posesión de estado. También nos hemos hecho eco de los peligros que para la seguridad jurídica y la paz familiar puede suponer tal legitimación sin límites, pero dejando constancia que la elección y concreción de tales limitaciones corresponde al legislador, y al día de hoy no se han fijado.

Por todo ello el motivo se desestima.

SÉPTIMO. Desestimación del Motivo Cuarto.

Procede su desestimación por idénticas razones que las expuestas en el anterior motivo. Resulta difícil encajar en la infracción de preceptos de la Constitución la legitimación del progenitor en los términos planteada, cuando es el intérprete de ella el que se la ha otorgado en su Sentencia de Pleno 273/2005, de 27 de octubre y en la 52/2006, de 16 de febrero .

Insiste la parte dentro del planteamiento de este motivo en haber incurrido la sentencia de instancia en incongruencia omisiva, remitiéndonos a lo ya expuesto al dar respuesta al motivo segundo.

Procede, pues, la desestimación del presente motivo.

OCTAVO. Desestimación del Quinto Motivo.

La referencia a la vulneración de los derechos fundamentales de las hijas, alegados para justificar su negativa, no es admisible, porque a partir de la STC 7/1994, de 17 de enero , existe el deber de soportar estas pruebas siempre que sean consideradas indispensables por la autoridad judicial y no entrañen un grave quebranto para la salud, por lo que "atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física y a la intimidad del afectado". La falta de la prueba biológica acordada no permite, por si misma, declarar la filiación, porque como afirma la Sentencia de este Tribunal de 20 de septiembre de 2002 , "en definitiva: si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa de prueba biológica, si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que unido a los indicios, permite declarar la filiación" (ver asimismo las sentencias de 1 de julio , 19 de diciembre de 2003 , y 27 de octubre de 2005 entre otras).

Con dicha doctrina debe decaer el motivo que, además, entiende como causa justificada de la negativa a la realización de la prueba biológica la falta de legitimación del progenitor por las circunstancias del caso concreto, a lo que ya se ha ofrecido cumplida respuesta.

De otra parte se ha de tener en cuenta que la "*ratio decidendi*" de la sentencia para declarar la paternidad no reside, con carácter relevante, en la mencionada negativa sino en las pruebas documentales valoradas, entre las que se encuentran las cartas de la madre, en principio negadas y luego reconocidas, así como la testifical. A ello naturalmente se une la negativa a la prueba biológica, sin motivos de salud que justifiquen la renuncia, cuya práctica facilitaría conocer precisamente lo que las demandadas niegan, esto es, la paternidad del actor, solventando las hipotéticas dudas.

NOVENO. En atención a todo lo expuesto procede la desestimación del recurso de casación, pero teniendo en cuenta las especiales circunstancias fácticas y jurídicas recogidas a lo largo de la presente resolución en un tema tan relevante como es el estado civil de las personas a efectos de filiación, conforme al artículo 398 en



relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hace expresa imposición de las costas del recurso de casación.

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Dulce , doña Patricia , doña Beatriz y don Victorio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), de fecha 29 de mayo de 2013, en el rollo de apelación 322/2011 , dimanante de los autos de juicio verbal nº 247/2009 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ubrique.

2. No hacer imposición de las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLA **TIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas .- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O 'Callaghan Muñoz .- Jose Luis Calvo Cabello.-**

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:4/12/2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DE ESTA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2014, RECAÍDA EN EL RECURSO Nº 1946 DE 2013 .

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria expresada en la sentencia. Expreso a continuación las razones de mi discrepancia.

1. Se aceptan los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia a la que se opone el presente voto particular.

2. El magistrado que formula el presente voto particular entiende estimables los motivos esgrimidos con los números tercero, cuarto y quinto, todos relacionados con la falta de legitimación del demandante, debiendo entenderse infringido el art. 133 del Código Civil .

3. El demandante Don. Bruno carece de interés legítimo (art.133, en relación con el art. 131 del C. Civil), pues como se deduce del resumen de antecedentes que expresamente se ha aceptado, el demandante, de profesión ginecólogo asistió a la madre de las niñas durante su embarazo y parto, consciente de que eran hijas suyas, pese a lo que no las reconoció ni asistió económica ni afectivamente. Dichas niñas (entonces) nacidas en 1986 y 1991, hoy demandadas, fueron reconocidas por el Sr. Victorio el 27 de septiembre de 1996, con el consentimiento de la madre, de forma que las hijas han tenido como padre al referido Sr. Victorio , que ha estado al frente de su educación y sostenimiento económico. El Sr. Victorio comenzó su relación con D.ª Beatriz (madre de las demandadas) en el año 1981. Al estar reconocidas por el Sr. Victorio las demandadas ostentan como primer apellido el de " Carlos Manuel " .

4. No consta cuál sea el "interés legítimo" que pretende ostentar el demandante, pues hizo abandono ostensible de sus obligaciones como progenitor, conociendo que lo era, posibilitando que las entonces menores consideraran como padre Sr. Victorio , y ostentaran su apellido, cual si padre biológico fuese.

5. Cuando las hijas son mayores de edad, en un contexto familiar ajeno al demandante, pretende modificar su estatus jurídico-familiar, alterando sus apellidos que son la forma de ser conocidas en sociedad, alterando la seguridad jurídica a la que razonablemente podían aspirar, siendo la referida seguridad jurídica un valor constitucional que se recoge en los arts. 1, 9.3, 10, 24 y 117, entre otros (Tribunal Constitucional, Pleno, sentencia núm. 273/2000 de 15 Noviembre de 2000, rec. 565/1994).

6. Dicho cambio de apellidos, al que otras legislaciones se oponen, como se refiere en la sentencia de esta Sala, provocan una grave afectación de su derecho a la intimidad, en cuanto manifestación del necesario respeto a su dignidad como persona. Igualmente se produce una intolerable y odiosa perturbación de su marco familiar de referencia, por lo que se violaría el art. 39 de la Constitución .

7. En suma, el demandante no está legitimado al carecer del necesario interés legítimo que exige el art. 133 del Código Civil , en relación con el art. 131 del mismo texto legal , ejercitando la acción con la decidida oposición



de las demandadas y de su madre, que pretenden evitar el reconocimiento de una filiación que no ha estado acompañada del ejercicio de las obligaciones que ello conllevaba, sin causa alguna que lo justificase. Junto a la manifiesta pasividad del demandante en lo relativo a sus obligaciones paternofiliales nos encontramos con la constitución de un legítimo y efectivo núcleo familiar alternativo, con proyección registral y pública, que pretende desmantelarse con afectación de derechos fundamentales de las demandadas sin causa legítima que lo justifique.

8. El Tribunal Constitucional declaró (STC Pleno 273/2005 de 27 octubre (cuestión de inconstitucionalidad 1687/1998):

...en la ya citada STC 138/2005 hemos señalado que el mandato del constituyente al legislador de posibilitar la investigación de la paternidad «guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona».

Al mismo tiempo, y en conexión con el favor filii, el legislador ha dado mayor relevancia a la seguridad familiar, evitando que puedan llevarse a los Tribunales pretensiones abusivas carentes del respaldo de una situación fáctica que les otorgue un fundamento cierto.

Así pues, resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en el estado civil de las personas.

En suma, resuelta en los términos señalados para el caso concreto la cuestión planteada, la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo , FJ 6), el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En el mismo sentido STC Pleno 52/2006 de 16 Feb . (cuestión de inconstitucionalidad 3180-2004, respecto al art. 133, párrafo primero del Código Civil).

9. De la referida doctrina constitucional se extrae apoyo interpretativo de los preceptos mencionados en el sentido de que hay que velar por la seguridad jurídica, proscripción de pretensiones abusivas, dignidad de la persona, protección de la seguridad familiar y otorgando prevalencia al hijo.

10. En la sentencia contra la que se plantea el voto particular, se argumenta que el abuso de derecho es una cuestión nueva no invocada en la instancia pero obvia el análisis del "interés legítimo", necesario para ostentar legitimación a la hora de interponer la demanda, cuestión que sí se ha debatido, entendiendo el magistrado que formula el presente voto particular que dicho "interés legítimo" brilla por su ausencia, tal y como se ha razonado.

11. Debería haberse tenido por estimado el recurso de casación, imponiendo al demandante las costas de la primera instancia y las de la apelación, y sin expreso pronunciamiento en las de casación (arts. 394 y 398 LEC).

Se habría de proceder a la devolución del depósito para recurrir.

En consecuencia, se debería haber estimado el recurso de casación interpuesto por Sras. Patricia Dulce y por la Sra. Beatriz , casando la sentencia recurrida en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por Don. Bruno . Procediendo imponer al demandante las costas de la primera instancia y las de la apelación, y sin expreso pronunciamiento en las de casación.

Madrid a 4 de diciembre de 2014.

Francisco Javier Arroyo Fiestas

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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.