

**ESQUEMAS DE DERECHO DE FAMILIA**  
**BLOQUE IV: FILIACIÓN Y PAREJAS DE HECHO**

**(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO Y DE DOBLE GRADO DERECHO  
Y A.D.E.)**

**JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ**  
**Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Málaga**

**JESÚS MARTÍN FUSTER**  
**Doctor en Derecho. Profesor de Derecho civil**

**ACTUALIZADO A NOVIEMBRE DE 2020**

## 1. LA FILIACIÓN.

- Vínculo legal (estado civil) que une a una persona con su progenitor o progenitores o con aquellos a quienes la ley coloca en esa condición (Filiación adoptiva o derivada de técnicas de reproducción asistida).
- La normativa sobre filiación ha sido recientemente modificada en 2015 por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de Reforma de la Admón. de justicia y del Registro Civil, y por la Ley 26/2015 de 28 de julio, sobre sistema de protección de la infancia y la adolescencia. En principio, las modificaciones estaban orientadas primordialmente a dar respuesta a las dos Sentencias del T.C. de mayo y octubre de 2005, afectantes a los arts. 133 y 136 CC, pero al final la reforma ha acabado siendo de mayor calado, al afectar a algunos artículos más, aunque la valoración que se puede hacer de la misma es bastante negativa, por falta de suficiente reflexión sobre el sentido de las reformas.
- La filiación puede ser matrimonial o no matrimonial. (Esta distinción sigue existiendo, pero ya no hay diferencias legales entre ambas en cuanto a sus efectos). Las diferencias persisten en cuanto a la determinación de la filiación, como consecuencia sobre todo del juego de la presunción de paternidad matrimonial derivada del matrimonio, y en cuanto a las acciones de filiación. Es en este campo donde a nuestro juicio pueden persistir todavía algunas normas un tanto discriminatorias, a pesar de la reciente reforma legal.
- Las reformas legales producidas desde 1981 hasta la fecha van en la línea de:
  - a) Equiparación entre ambas filiaciones en cuanto a sus efectos jurídicos (no en cuanto a sus presupuestos y modos de determinación).
  - b) Búsqueda de la filiación real, a través de pruebas biológicas (aplicación, en buena medida indiscriminada, del principio de investigación de la paternidad del art. 39.2 CE), aunque con matices y límites.

- **Efectos básicos de la filiación:**

a) Derecho a los apellidos paterno y materno.

b) Derecho/deber de alimentos (para el caso de que no esté embebido dentro de la patria potestad): Casos en que esto último sucede, es decir, en que existe deber de alimentos aunque no haya patria potestad (art. 110 y 111 CC):

- Casos de Privación de patria potestad.
- Casos de Exclusión de patria potestad ex art. 111 CC.
- Otros casos de Exclusión por privación de la patria potestad “ab initio”, en el momento de determinación de la filiación (hoy inexistentes legalmente, aunque sí los hubo anteriormente).

Debemos recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con criterio discutible, señala que el derecho de obtener los alimentos precisa una demanda judicial conforme al art. 148 CC, aplicable aquí por analogía.

c) Atribución de la patria potestad al progenitor cuya filiación ha sido determinada.

d) En teoría, también derecho de convivencia y de relación con el hijo si era menor.

e) Derechos hereditarios.

- Conveniencia de revisar los efectos legales la filiación, en interés del hijo menor, por su excesiva automaticidad, sobre todo en los casos en que su determinación se produce de forma sobrevenida y después de un lapso de tiempo considerable tras el nacimiento del hijo. Nos referimos en concreto a la atribución del apellido (paterno, sobre todo), así como a la patria potestad y el derecho de convivencia y de visita.

## **2. DETERMINACION DE LA FILIACION:**

- Distinción entre determinación de la filiación y reconocimiento o prueba de la filiación.

- La primera concierne a las causas o vías por las que nace el vínculo de filiación (básicamente, al hecho natural de la generación y sus efectos, como la presunción de paternidad, y al resto de vías), mientras que con el reconocimiento se alude a la forma de acreditación (lo que no siempre es fácil). A veces la ley confunde ambos términos.

Puede existir en la ley cierta confusión con lo que es la inscripción o constancia registral de la causa de determinación.

- La **determinación** puede producirse mucho tiempo después del nacimiento, pero tiene efectos retroactivos.

Ahora bien, se trata de una retroactividad limitada por el art. 112.2 CC y por la naturaleza misma de los efectos cuya retroactividad se pretende (por ej., no sería aplicable a la exigencia de alimentos entre padre e hijo, en aplicación del art. 148.1 CC, según jurisprudencia reciente, ni tampoco daría lugar a pedir el reembolso de los satisfechos con anterioridad a la determinación de nueva filiación, tras la impugnación de la preexistente). No está del todo claro el alcance de esta limitación de la retroactividad: en principio, tiene que ver con la existencia de un vínculo o estatus previo, que conviene mantener a pesar de determinarse de forma ya definitiva y correcta la filiación. Se aplica al ámbito sucesorio, si murió algún pariente antes de la determinación de la filiación, o a la nacionalidad del sujeto cuya filiación se ha determinado. También puede ser efectiva respecto de la adquisición de la nacionalidad o vecindad conforme a la anterior filiación, si la hubo.

- La **acreditación o prueba (o reconocimiento legal)** se recoge en el art. 113 CC: En realidad, hay cierta confusión, pues se refiere a la vez, *a la prueba* de una filiación ya determinada legalmente, y por otro, *a los medios para acreditarla* en un procedimiento judicial (v.gr., posesión de estado). La posesión de estado no es propiamente un medio de acreditar la filiación, pues puede no ser suficiente en sí misma, y estar en contradicción con una filiación biológica. La presunción de

paternidad no es un medio de prueba (es un efecto): la prueba la hace la certificación registral del matrimonio (y su vigencia) y del nacimiento del hijo.

**- Determinación de la Filiación matrimonial:**

- Partimos de la idea de la certeza de la maternidad y la incertidumbre sobre la paternidad.

- Sin embargo, por una razón estadística (casi siempre son hijos del marido de la madre) y por razones de seguridad jurídica y de evitación de disputas, y especialmente como consecuencia de la obligación matrimonial de fidelidad (art. 68 CC), se ha admitido desde hace mucho tiempo la presunción de paternidad.

- No es descartable que en el futuro se extienda a las parejas no casadas, especialmente si se trata de uniones registradas (inscritas en los Registros de parejas de hecho).

**- Presunción de paternidad:**

- Regla general: art. 116 CC. Importancia de la separación de hecho, y su acreditación.

- Es presunción basada en la convivencia: se rompe si hay separación (aunque haya convivencia bajo el mismo techo, cuando es forzada por las circunstancias).

- Funciona automáticamente: no se puede evitar la inscripción del hijo como del marido de la madre (salvo excepciones contenidas en la Ley del Registro Civil: art. 44).

- Cabe la prueba en contrario (en procedimiento judicial de impugnación).
- El Encargado del Registro debe comprobar en todo caso que se cumplen los presupuestos legales de nacimiento del hijo dentro de los 300 días posteriores a la ruptura de la convivencia.
- Art. 117 CC: Rige la presunción de paternidad si nace dentro de los 180 días, pero no es tan fuerte. Si no se cumple la exigencia de nacer después de los 180 días posteriores al matrimonio, cabe un acto posterior de declaración por el marido (dentro del plazo de caducidad de 6 meses): si no se hace esa declaración auténtica en ese plazo, rige la presunción de paternidad matrimonial. En esta situación, queda excluida la posibilidad de hacer ineficaz extrajudicialmente la presunción de paternidad: ya sólo podrá acudir a la vía judicial (siempre abierta mientras no caduque el plazo legal: no se aplican los actos propios).

Se recogen dos excepciones a la eficacia de esa declaración auténtica de no aplicar la presunción.

- Art. 118 CC: Nacimiento después de 300 días de separación: No hay presunción, pero la ley permite una vía para conseguir la matrimonialidad de la filiación: el consentimiento de ambos cónyuges, incluida la esposa, lo cual es singular, pues la filiación materna estará ya determinada. (Sólo aplicable al caso de separación legal o de hecho, y no al caso de divorcio).
- Art. 119 CC: Dice que puede haber filiación matrimonial sobrevenida, aunque el nacimiento se produjera cuando no estaban aún casados sus padres. Esa filiación será previa, y se habrá determinado en alguna de las formas previstas para la filiación no matrimonial. No hay variación en sus efectos, pero sí en cuanto a las acciones de impugnación (se aplicarían las reglas de la matrimonial, por ejemplo, en cuanto a plazos para impugnar por vicios de consentimiento ex art. 138 y 141 CC, que son más cortos).

**- Determinación de la Filiación no matrimonial:**

- Filiación materna: Básicamente viene dada por el parto, no tanto por la inscripción del nacimiento, como dice el art. 120.5° CC. Podría excepcionalmente recurrirse a alguno de los otros medios a los que ahora nos referimos.

- Filiación paterna:

a) Reconocimiento de la filiación (art. 120.1° y 2° CC):

- Se pueden reconocer a todos los hijos, sea cual sea su origen, incluso aunque estuviera casado el reconocedor.

- Se trata de un acto jurídico, y no de un negocio jurídico, por cuanto no cabe alterar sus consecuencias jurídicas.

- Acto formal: Ha de hacerse en alguna de las formas señaladas en la ley:

a) Mediante declaración en el momento de la inscripción del nacimiento dando el padre su conformidad (esta es nueva desde 2015).

b) Manifestación o reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil (se entiende en un momento posterior).

c) En documento público (puede ser notarial o también judicial).

d) En testamento.

- Es un acto irrevocable siempre, aunque se revoque el documento en el que conste (por ej. un testamento). Ello no impide al reconocedor impugnar la filiación, por no coincidir con la realidad biológica (incluso aunque se trate de un “reconocimiento de complacencia”, tal como ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencias del año 2016).

- Exigencias legales:

- Art. 121 CC: Capacidad.

- Art. 122 CC: Caso de reconocimiento hecho por separado.

- Art. 123 CC: Reconocimiento de hijo mayor de edad: exige su consentimiento expreso o tácito.

- Art. 124 CC: Reconocimiento de hijo menor de edad. Necesita el consentimiento de su representante legal o bien la autorización judicial. Remisión a la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

- Art. 125 CC: Reconocimiento de hijos incestuosos.

- Art. 126 CC: Reconocimiento de hijo ya fallecido.

b) Por expediente tramitado ante el Registro Civil.

c) Por sentencia firme de reclamación de la filiación.

### **3. ACCIONES DE FILIACION:**

- Principios generales (hoy en la LEC de 2000, que las sacó del C.Civil):

a) Intervención del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC: aunque no sea en representación de nadie).

b) Indisponibilidad de las acciones de filiación: Está prohibida la renuncia, el allanamiento o la transacción por el art. 751 LEC: se refiere a una vez iniciado el procedimiento; antes, no cabe control público de la acción, por lo que un sujeto es libre de ejercitar o no la acción, sin perjuicio de que lo pueda hacer otro de los legitimados legalmente. Sí cabe el desistimiento (que como sabemos no es renuncia definitiva a la acción), pero debe haber conformidad del MF, salvo si se trata de mayores de edad.

Debe tenerse en cuenta el límite general del art. 1814 Código Civil, que prohíbe las transacciones sobre estado civil.

c) Búsqueda de verdad material: Las pruebas no se limitan a las solicitadas por las partes, sino que de oficio se pueden adoptar otras, encaminadas a conocer la realidad (art.752 LEC).

d) Eficacia de cosa juzgada “erga omnes”: Precisamente por lo anterior, las sentencias firmes dictadas, surten efecto de cosa juzgada *erga omnes*, según el art. 764 LEC. Esto es bastante discutible, y puede ser un problema cuando uno de los legitimados legalmente no ha intervenido (porque no pudo), y luego pretende una revisión de lo resuelto judicialmente (pensamos sobre todo en el hijo o en el verdadero progenitor biológico), al verse afectado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Además, el principio de investigación de la paternidad (art.39.2 CE) debe ser llevado en lo posible hasta sus últimas consecuencias, sobre todo si quien ejercita la acción de reclamación (nos referimos especialmente a ésta, y no tanto a la de impugnación) es el hijo mismo que pretende reclamar su verdadera filiación biológica.

e) Carácter reservado del asunto: se puede celebrar el juicio a puerta cerrada, o mediante actuaciones reservadas.

f) En caso de menores: ejercicio indistinto por representantes legales o por el M.Fiscal.

g) Sujetos demandantes y demandados: ver art. 765 y 766 LEC.

h) Medios de prueba utilizables: Ver art. 767 LEC:

- Necesidad de un principio de prueba: Sigue manteniéndose en la LEC, con el objeto de evitar demandas permanentes e injustificadas.

- ¿Cómo se está interpretando en la práctica ese principio de prueba? Con bastante flexibilidad.

- El art. 767 LEC permite recurrir a todo tipo de pruebas, incluso presunciones o pruebas indiciarias.

i) Principio de Libre Investigación de la paternidad (¿Y la maternidad?): Recurso a las pruebas biológicas.

- No es ilimitado: hay casos en que se cierra el paso, o en que priman otras manifestaciones.

- Imposibilidad de obligar a nadie a someterse a pruebas biológicas (por razón de derecho a la intimidad). La cuestión es jurídicamente dudosa, y hoy la doctrina se está inclinando por acoger la posibilidad de toma de muestras de ADN de forma obligatoria, por decisión judicial, aun contra la voluntad del sujeto afectado (presunto progenitor).

- De momento, no cabe una demanda dirigida exclusivamente a investigar una paternidad, si no es conducente a una reclamación o impugnación de una filiación concreta (demanda de puro conocimiento de la realidad biológica). La doctrina propone que sean viables acciones judiciales con fines puramente cognoscitivos, sin efectos jurídicos entre las partes

implicadas (padre e hijo).

j) Ideas subyacentes en cuanto a la legitimación activa y los plazos de ejercicio de la acción:

- Relevancia de la posesión de estado.

- Protección prioritaria del interés del hijo (subyace al principio constitucional de la investigación de la paternidad): ¿se prioriza de verdad el interés del hijo, aunque sea mayor, sobre el interés de los padres y terceros? Ahora veremos que no es así en algunos casos.

- Protección de la intimidad.

- Defensa de la seguridad jurídica: evitar plazos de ejercicio imprescriptibles, que pudieran alterar una situación previamente creada y consentida.

- Recientemente, se impone la idea de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), para facilitar el ejercicio de acciones a quienes no estaban legitimados (y su interés pudiera estar justificado en abstracto), o estando legitimados, para dotarles de un plazo y unas condiciones de ejercicio suficientes y razonables. De ahí la doctrina del TC del año 2005, que ha modificado sustancialmente algunos aspectos (ahora se señalan).

- Hay una cierta falta de criterio del legislador en cada caso, en cuanto no están claros los motivos de las restricciones legales, y suscitan cierta perplejidad (ahora se comprueba).

## **1. Acciones de Reclamación de la filiación:**

### **a) Manifestada por constante posesión de estado:**

- El legislador español da bastante importancia a la posesión de estado, que no es otra cosa que una apariencia de vínculo de filiación entre dos personas, manifestado por tres signos (*nomen, fama, tractatus*). La ley trata de dar respaldo a estas apariencias, a veces incluso por encima de la realidad biológica. Por eso, en la medida en que existan estas condiciones, cualquier sujeto con interés puede reclamar que se declare esa filiación. Las consecuencias son muy dudosas, dado que afectarán incluso a quienes no intervinieron en ese proceso (eficacia de cosa juzgada *erga omnes*), quienes no podrían recurrir a pruebas biológicas (hoy certeras en el 100 %) para revocar esa previa resolución judicial, en un segundo proceso.

- Legitimación activa: cualquiera con interés legítimo (podrían ser los presuntos herederos de padre e hijo). No está claro quiénes son sujetos que tienen interés legítimo: puede entenderse en sentido amplio o más estricto. Esa cierta amplitud en la legitimación proviene precisamente de fundarse en hechos relativamente públicos y externos como los que conllevan la referida “posesión de estado”.

- Normalmente en la práctica estas acciones se refieren a la Filiación no matrimonial. Pero puede referirse también a la filiación matrimonial.

- Se habla incluso de que se trata la del art. 131 CC de una acción meramente declarativa de la filiación, como diferenciada de la de reclamación de la filiación. Sin embargo, no creemos que haya base legal para mantener esta posición.

- En la práctica, son o padre o hijo quienes normalmente reclaman.

- ¿Podría incluirse la reclamación de la maternidad? Sí, si no fue determinada en origen por el parto (Ejm: Abandono de

hijo al nacer, que no es dado en adopción, seguido de una posesión de estado).

- La ley no fija plazo para su ejercicio: luego debe ser imprescriptible.

b) **Sin posesión de estado**: Aquí la ley distingue:

b.1.- Filiación matrimonial:

- Art. 132 CC: También es imprescriptible.

- Se dice que serán supuestos excepcionales los regulados en la norma, al tratarse de filiación matrimonial. (En realidad, quizás puede haber casos respecto de hijos de la postguerra o de los llamados *hijos robados*, cuando la madre estaba casada al dar a luz; aunque en estos casos, habrá que impugnar simultáneamente la filiación ya determinada).

- Legitimación activa: padre, madre o hijo. Esa restricción obedece a la preservación de la intimidad de los sujetos, y a evitar que cualquier tercero pueda inmiscuirse y perturbar la vida de los afectados, si no existe una cierta “publicidad” derivada de la posesión de estado.

Se incluye a la madre como legitimada, incluso si se trataba de filiación paterna, como sería el caso normal: la ley no distingue. La justificación reside en que es inseparable la filiación paterna de la materna (en cuanto la primera proviene de la presunción de paternidad).

- Se recoge una legitimación excepcional de los herederos, en el caso del 132.2 CC, que es discutible porque impide a los herederos ejercitar la acción en lugar del fallecido, si éste no lo supo antes de fallecer; además, aparece limitada a un plazo quizás corto de tiempo. De todos modos, todo depende de cómo se interprete la expresión “descubrimiento de las pruebas”.

b.2.- Filiación no matrimonial:

- Art.133 CC: (sin posesión de estado)

- Legitimación activa: Originariamente estaba limitada al hijo, durante toda su vida: Se preguntaba entonces la doctrina sobre por qué no incluir a los padres. La verdad es que éstos pueden en todo momento conseguirlo por la vía del reconocimiento (aunque no siempre es así). De todos modos, parece que la jurisprudencia les ha venido reconociendo de hecho la legitimación por vía indirecta (al admitirlos como legitimados para impugnar la filiación y a la vez reclamarla, conforme al art. 134 CC), aunque no es un buen argumento sistemático.

- El TC, en STC de 27/10/2005 reconoció legitimación (al padre básicamente), si no tienen posesión de estado, dando lugar a una derogación parcial de la norma. La razón para otorgar legitimación a los progenitores está en la tutela judicial efectiva del progenitor biológico, que en teoría tenía vedado el acceso a esta acción, así como en el interés personal (y patrimonial) de unos padres por conseguir que se concrete una filiación biológica respecto de un hijo desconocido o “perdido”, y en el propio interés del hijo de disponer de otro progenitor que atienda sus necesidades, mediante acción ejercitada a instancias de ese mismo progenitor. Puede ser la paterna (sobre todo), pero también la materna.

- La reforma de 2015 ha modificado ya el art. 133.2 CC autorizando a los dos progenitores a reclamar esa filiación, pero con un límite de un año sólo a contar desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación.

- No se entiende ese corto plazo de tiempo de un año, en comparación con la filiación matrimonial (que es imprescriptible). Suponemos que se busca el respeto de la paz familiar en la relación familiar preexistente a la reclamación (que curiosamente parece presuponerse que era matrimonial, cuando puede perfectamente ser también no matrimonial). No es convincente, desde una perspectiva actual.

La negativa legal a que se pueda transmitir a los herederos (salvo continuación de la acción iniciada en vida por el progenitor) responde a la intención de aclarar que serían los herederos de padre y de madre, y no del hijo, los que tendrían esa facultad de ejercitar la acción, y la misma no se concede en caso de filiación matrimonial.

- En general, mientras el hijo sea menor de edad, la madre puede también ejercitar esa acción para reclamar filiación paterna de su hijo, como representante legal de éste.

## **2.- Acción mixta de impugnación-reclamación:**

-Art. 134 CC. Punto de partida: art. 113: filiación contradictoria.

- Prevalencia de la idea de reclamación (la impugnación es lo accesorio): Eso significa que la legitimación activa debe ser la correspondiente a la reclamación, así como sus plazos de ejercicio (y no los de las acciones de impugnación).

- Cabe la posibilidad de que se estime la acción de impugnación, pero se desestime la de reclamación, por haber sido probada convenientemente. Esta posibilidad no parece razonable, ya que podría ir en detrimento del hijo, sobre todo si es menor de edad, en cuanto podría ser utilizada como una vía fraudulenta (conseguir por esta vía lo que no se podría conseguir por la sola impugnación, donde puede haber restricciones a la legitimación activa, que no existen en los casos de reclamación).

## **3.- Acciones de Impugnación de la filiación:**

### **3.1. Filiación matrimonial:**

- Art.136 CC: Se refiere a la impugnación por el marido (padre no biológico, presuntamente).

Antes de 2005, podía ejercitarla el marido o el hijo, aunque el primero limitado a un año a contar desde el conocimiento de la inscripción registral o del nacimiento del hijo (no incluye a la madre, aunque ésta podría hacerlo como representante legal del hijo menor, pero con control previo judicial).

- La STC 26/05/2005 declaró inconstitucional el párrafo 1º, por razones de tutela judicial efectiva (ya que podía haber conocido el nacimiento, pero no saber que el hijo no era suyo en ese plazo de un año): por tanto, el TC consideró que debería dársele la oportunidad real y material de poder impugnar en estos casos.

- En 2015 se ha reformado el art. 136 CC en la línea exigida por el TC y se ha introducido un apartado 2 en el que se concede al marido el plazo de un año a contar desde que conoció “su falta de paternidad biológica”. Este apartado 2 es el decisivo y el apartado 1 debería haberse suprimido.

- Se transmite a cada heredero (del marido) la facultad de ejercitar la acción de impugnación por el tiempo que falte para completar dicho plazo. Puede ocurrir que el marido no supiera nada en vida, con lo que el plazo se contaría desde cero para cada heredero, a partir del momento en que cada uno de ellos tuviera conocimiento de la “falta de paternidad biológica” de su causante.

- No se entiende la legitimación del marido para impugnar (impugnación pura) porque podría dejar sin alimentos al hijo (menor) presunto. Hubiera sido más lógico establecer que la impugnación sólo se puede ejercitar, por sujeto distinto del hijo (mayor), cuando, a la vez que se impugna, se ejercite una acción de reclamación de la filiación (acción mixta de impugnación-reclamación).

Tampoco se entiende la amplia legitimación de los herederos, que podrían ser herederos voluntarios no familiares del marido.

En cambio, habría que plantearse la posibilidad de admitir legalmente la impugnación por los otros hijos del padre formal, incluso aunque éste no impugne, o en casos en que éste no pueda impugnar sin haber sabido la realidad biológica.

- Art. 137 CC: Legitimación del hijo.

Este artículo ha sido modificado en 2015.

Hay que distinguir según los casos:

- Si había posesión de estado:

a) Si se inscribió en el Registro, tendrá el plazo de un año a partir de entonces. Este plazo debe considerarse como excesivamente corto (parece poco razonable que con esa corta edad se esté en condiciones de tomar esa decisión de impugnar, al no gozar muchas veces de la madurez personal suficiente para ello). Habría que preguntarse qué se pretende con la caducidad del año respecto del hijo (¿proteger al padre o la familia en general?).

b) Si fuere menor o tuviera capacidad modificada judicialmente, ese plazo se cuenta desde la mayoría de edad o la recuperación de la capacidad.

c) Si desconociera la falta de paternidad del que consta formalmente como su padre en el Registro Civil, el cómputo del plazo se iniciará a partir de que tenga conocimiento de ese hecho. Esto parece lógica aplicación de su derecho de tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

- Durante la minoría de edad, pueden ejercitar la acción de impugnación, en interés del hijo, la madre, el representante legal o el Ministerio Fiscal. No convence esta amplia legitimación y desconocemos en qué caso puede interesar al hijo menor de edad que se impugne sin más su filiación matrimonial (sin a la vez reclamar la biológica no matrimonial). Recientemente, el T.Supremo (STS 30 de junio de 2016) ha restringido la legitimación de la madre, en presunto interés del hijo menor de

edad, al considerar que hay un conflicto de intereses entre ambos, que exigirá una intervención de defensor judicial del menor.

- Se transmite a los herederos del hijo la acción correspondiente por el tiempo que faltare para transcurrir los plazos. Debemos entender que si el hijo nunca lo supo, dispondrán esos herederos (ya no se dice “cada heredero”) de la totalidad del plazo.

- Si no había posesión de estado:

- La legitimación activa corresponde, en cualquier tiempo, al hijo o sus herederos.

- La legitimación pasiva de la acción ejercitada por el hijo debe corresponder al padre, pero también a la madre, en cuanto afectada por la matrimonialidad de la filiación.

- **Impugnación de la maternidad matrimonial:**

- El art. 139 CC legitima a la madre, con o sin posesión de estado, para impugnar ella misma su propia filiación materna matrimonial, pero debería permitirse también la impugnación de la filiación matrimonial materna, por parte del hijo, por el otro progenitor, y por los padres biológicos (quienes lo pueden hacer a través de la acción mixta impugnación-reclamación).

- El art. 139 CC parece limitar la acción a los casos de acreditación de la suposición de parto o no ser cierta la identidad del hijo, pero no debe ser así, pudiendo recurrirse sin más a pruebas biológicas que acrediten que no es la madre biológica.

- Plazo imprescriptible.

### **3.2. Filiación no matrimonial: Art. 140 CC.**

- También es lógico que se pueda impugnar la filiación no matrimonial, si no coincidía con los datos biológicos.
- La ley trata conjuntamente en el art. 140 CC la impugnación de la filiación *paterna y materna* no matrimonial.

#### a) Si hubo posesión de estado:

- Legitimación activa: quien aparece como hijo o como progenitor o quienes puedan verse afectados como herederos forzosos (legitimarios).
- Plazo de caducidad de 4 años, desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.
- Llegada la mayoría de edad, o recuperada la capacidad, tendrá todavía el plazo de un año (se supone que desde que recupera la capacidad, con independencia de que conozca su falta de filiación paterna o materna no matrimonial).
- No se entiende este plazo en comparación con la impugnación de la filiación matrimonial, donde es mucho más corto, y con unas condiciones diferentes: en concreto no se dice ahora nada acerca del inicio del cómputo a partir de que se conociera la falta de filiación paterna o materna (¿Debemos suponerlo también aquí? Parecería lo lógico a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional).

#### b) No hubo posesión de estado:

- Legitimación activa amplia: Todos aquellos a quienes perjudique. No queda claro qué alcance tiene esa expresión, pero parece incluir fundamentalmente a herederos, sean o no familiares.
- De nuevo no se entiende el por qué de esta amplia legitimación, en comparación con la filiación matrimonial. No se puede olvidar el carácter de vínculo personalísimo que es la filiación.
- Plazo: debemos suponer que es imprescriptible, ya que la norma no dice nada.

#### **4.- Acciones de anulación:**

- Art. 138 CC: Se puede impugnar por vicio del consentimiento un reconocimiento de filiación no matrimonial y los demás actos jurídicos que determinen la filiación matrimonial y no matrimonial. Así, por ejemplo, también por vicio del consentimiento el prestado conjuntamente por ambos cónyuges del art.118 CC. Es dudoso que sea aplicable al consentimiento del art. 117 CC, aunque alguna sentencia lo admite.
- Legitimación activa: Quienes hubieren otorgado el reconocimiento (con error, violencia o intimidación), o sus herederos si hubiera fallecido antes de transcurrir el plazo (art. 141 CC).
- Plazo: Un año de caducidad.

#### **4. FILIACION Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA:**

- Principios básicos de la LTRHA de 2006:

1) Obtención gratuita de material genético. Sólo mediante donaciones, en las que no caben contraprestaciones, salvo cobertura de gastos por molestias físicas y gastos de desplazamiento y gastos laborales (art. 5.1 a 3 LTRHA).

Las donaciones no serán revocables salvo si el donante necesitare para sí el material genético.

2) Principio del Anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA): sólo excepcionalmente se puede acceder a su identidad, cuando haya riesgo para la vida de alguno de los nacidos por estas técnicas o cuando lo permitan las leyes procesales penales  
- No se puede desvelar, ni siquiera tras la mayoría de edad del nacido, la identidad de su padre/madre biológico, ni siquiera a efectos de simple conocimiento, sin los efectos jurídicos propios de la filiación.

3) En la duda de los fines de las TRHA, en España no se atiende al criterio de la preexistencia de una imposibilidad de procrear, sino que se prima el llamado “derecho a procrear” que tiene todo sujeto, en especial la mujer (de ahí, por ej. la admisión de la inseminación/fecundación de la mujer sola o soltera, y la post mortem). Se admite su uso por cualquier mujer, sea cual sea su condición u orientación sexual, incluso su edad.

La posición del legislador español es bastante dudosa, si se piensa en el interés del nacido por esas técnicas (al venir al mundo sin uno de los padres, con todo lo que eso puede suponer a nivel afectivo y económico).

4) Admisibilidad de todas las técnicas y posibilidades imaginables, salvo la maternidad subrogada. En otros países no es así (por ej. se excluye la inseminación heteróloga o la donación de óvulos). Esto genera un cierto “turismo reproductor” hacia España.

5) Relevancia del consentimiento de los afectados, a través de manifestación formal documental del mismo: La mujer que quiera usar estas técnicas deberá ser mayor de 18 años y prestar un consentimiento previo y perfectamente informado. Si está casada, y no separada legalmente o de hecho, deberá consentir su marido (art. 6 LTRHA).

La concurrencia de ese consentimiento implicará un modo diferenciado, distinto de los señalados en el C.Civil, de determinación de la filiación (matrimonial o no matrimonial).

6) Prohibición de impugnación/reclamación de la filiación biológica por parte de quienes se han sometido a estas técnicas prestando su consentimiento.

Lo dice el art. 8 LTRHA. No obstante, el art. 7.1 LTRHA plantea alguna duda en su remisión a las normas generales del C.Civil.

- Es muy dudoso el caso del hijo nacido por estas técnicas, dado que la ley no dice expresamente nada acerca de que tenga vedada la posibilidad de impugnar su filiación no biológica o de reclamarla. Pero todo indica que tampoco puede ejercitar una acción de impugnación-reclamación para que se declare la filiación biológica respecto del donante de material genético.

- Nada impide impugnar ese consentimiento, si se prestó de forma viciada (dolo, error, intimidación).

7) Posibilidad de la maternidad simultánea de dos mujeres, casadas o no, mediante la gestación de una de ellas (con material genético propio y ajeno), y consentimiento del otro miembro de la pareja (art.7.3 LTRHA).

8) Imposibilidad de paternidad simultánea de dos varones, casados o no, mediante la gestación por una mujer ajena con o sin material genético de uno de los varones. Esto genera una cierta desigualdad que está en la base de las continuas

reclamaciones de los últimos tiempos.

9) Se admite la inseminación/fecundación *post mortem*: art. 9 LTRHA.

10) Queda prohibida la gestación por sustitución o contrato de maternidad subrogada (art.10 LTRHA): Nulidad de pleno derecho del contrato, con o sin precio.

Se trata de una norma discutible en alguno de sus aspectos (exclusión de los casos de gratuidad), y en cuanto a sus verdaderos efectos jurídicos, respecto del hijo nacido (art. 1304 CC), o cuando se recurre fuera de España a dicha alternativa, y en ese país existe un reconocimiento formal, administrativo o judicial, de la filiación surgida por esa vía.

De momento, el TS español, en STS de 6 de febrero de 2014, ha declarado la total ineficacia de la maternidad subrogada contraída y ejecutada fuera de España: el nacido tendrá la filiación paterna de aquel miembro de la pareja cuyo material genético hubiera sido empleado, y tendrá la filiación materna determinada por la gestación.

Esta sentencia ha sido muy criticada, sobre todo desde la perspectiva de la tutela del interés del menor ya nacido por esta vía, en cuanto que se lesionan sus intereses por cuanto se le priva de padres legales (de madre, en cuanto había renunciado ya en el país de origen; de padre biológico, en cuanto obliga a un proceso judicial de reclamación de la filiación; del padre no biológico, en cuanto obliga a un proceso adoptional, una vez declarada la filiación biológica del primero), al menos durante un tiempo relevante.

## **5. UNIONES DE HECHO NO MATRIMONIALES**

- Inexistencia de regulación legal de tales parejas a nivel estatal. Se discute sobre la conveniencia de dicha regulación.
- Se fundamentan en el principio constitucional del derecho a no casarse.
- Existen cada vez más normas legales que les conceden un tratamiento puntual, tales como:
  - Ley de Arrendamientos Urbanos: art. 12.4 y 16 LAU (convivencia estable en relación de afectividad análoga a la conyugal y al menos durante dos años).
  - Art. 97 CC: extinción de pensión compensatoria por convivencia estable con otro.
  - Posibilidad de adopción por parejas no casadas desde 1987 (Disposición adicional Tercera de la Ley 11/1087). Hoy ya se recoge en el art. 175.4 C.Civil, tras la reforma de 2015.
  - Art. 320 CC: emancipación judicial.
  - Indemnización por causa de muerte en accidentes de circulación a favor de la pareja unida de forma estable con la víctima. Esta norma permite su extrapolación a cualquier indemnización por causa de muerte). La Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que ha modificado el Texto Refundido de 2004, sigue manteniendo la indemnización al conviviente por causa de muerte del otro conviviente en función de los años de convivencia.

- Punto de partida: En general, las UH no son tan de hecho, sino que casi siempre hay un pacto en la base, al menos regulador de la convivencia.
- No obstante, en la práctica se ha comprobado la necesidad de regular los problemas derivados de las crisis matrimoniales. ¿Qué soluciones se aplican, las propias del C.C. u otras diferentes?
- Pero precisamente por ser una unión “*de hecho*”, se puede pactar lo que se quiera en cuanto al desarrollo y organización de la convivencia, pero su eficacia decaerá automáticamente cuando se rompa esa convivencia, salvo que fueren pactos para el caso de ruptura.
- Esos pactos tendrán en general una eficacia puramente interna entre los convivientes, sin poder oponerse frente a terceros, al no poder inscribirse en el Registro Civil, salvo conocimiento de los mismos por esos terceros.
- Soluciones en casos de crisis de la pareja:
  - a) Respecto de hijos menores, no hay problema, pues se pueden aplicar las reglas generales, en particular los arts. 92 a 94 C.Civil y los artículos del C.Civil sobre filiación y patria potestad, que son aplicables haya o no matrimonio.
  - b) Asignación de la vivienda familiar: Se ha admitido finalmente por la jurisprudencia del TS la aplicabilidad de los principios del art. 96 CC.
  - c) Pensión compensatoria: En general se ha negado por la jurisprudencia, aunque algunas sentencias la habían acogido previamente. A nuestro juicio, debería admitirse, ya que hay idéntica “ratio” que en el matrimonio.
- Aspectos económicos:

Idea básica: No se puede pensar que en toda UH va a existir un régimen de comunidad asimilable al REM de gananciales.

Incluso aunque así se pacte, nunca se podrá instaurar un régimen de ese tipo, al no tener virtualidad frente a terceros (quizás en el futuro se admita la entrada en el Registro Civil de las UH y sus pactos, de momento no).

Los Registros de las CC.AA. son de orden administrativo y no tienen eficacia civil. Desde luego, no frente a terceros, ya que normalmente estos no pueden acceder a sus contenidos. Son registros que tienen eficacia respecto de la prueba de la existencia de UH para los convivientes (y aun así es dudosa su eficacia civil probatoria).

No hay presunción de ganancialidad ni de comunidad. En principio, los bienes adquiridos durante la convivencia serán de aquel a cuyo nombre consten.

No obstante, cabe la prueba, por cualquier medio, de que se quisieron adquirir de forma conjunta, por mitad, o en la proporción que se acredite, con lo que se admitiría una comunidad pro indiviso sobre cada bien.

- Podría entenderse constituida entre las partes una sociedad, pero no sería sociedad mercantil, al exigirse una forma solemne. Podría ser una suerte de sociedad civil, en cuanto que las sociedades civiles no exigen forma, por lo que podría demostrarse que hay una sociedad entre ellas, incluso por hechos concluyentes. Esa sociedad civil, una vez constatada su existencia, si no se pacta otra cosa, supondrá una asignación de cuotas y un ulterior reparto al 50%.

- No se puede decir, a falta de prueba de un hipotético pacto, que rija un régimen de separación de bienes, de modo que cada uno organice su vida económica como quiera. En parte es así, pero no se puede aplicar sin más el deber de contribuir de forma proporcional, ni el resto de reglas, aunque a falta de otros datos, podría ser una referencia útil.

- Eso sí, la jurisprudencia ha admitido en ocasiones que el trabajo en casa del conviviente que no obtiene ingresos sí se valora conforme al art. 1438 CC: Debe aplicarse una cierta compensación a aquel conviviente que prestó tareas domésticas,

aunque sobre la base de un enriquecimiento injusto del otro, que se habría ahorrado un dinero muy importante.

Por supuesto, siempre se puede pactar la renuncia futura a compensaciones o indemnizaciones por la ruptura, porque no estamos ante materia de alimentos.

- Derechos sucesorios: De momento, están formalmente excluidos, tanto derechos intestados como legitimarios.

La doctrina está conforme en admitir en una futura reforma legal el derecho de suceder intestadamente al menos, en casos de convivencia estable y duradera en el tiempo, basado en la presunta voluntad del causante.

Más dudoso es respecto del reconocimiento del derecho de legítima a favor del conviviente.

## **JURISPRUDENCIA RECIENTE:**

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2016:**

#### *FUNDAMENTOS DE DERECHO*

#### *PRIMERO*

*El NUM005 nació Carlota , hija biológica de doña Rosalia , sin que quedara legalmente determinada su paternidad.*

*El 8 de septiembre de 2007 doña Rosalia contrajo matrimonio con don Obdulio . No es don Obdulio el padre biológico de Carlota .*

*El 12 de noviembre de 2009 don Obdulio , en acta otorgada ante el Juez encargado del Registro Civil, reconoció a Carlota como hija suya -sabiendo que no lo era en*

realidad- con el expreso consentimiento de doña Rosalia .

Aproximadamente un año después del referido reconocimiento, cesó la convivencia conyugal entre don Obdulio y doña Rosalia . Ésta salió con su hija del domicilio familiar, e inició el procedimiento de divorcio.

El 29 de marzo de 2012 don Obdulio presentó la demanda iniciadora de este proceso, que calificó de «impugnación de reconocimiento de filiación» de Carlota . En lo ahora relevante, la representación del actor alegó lo siguiente:

«Estamos, pues, sin ninguna duda, ante lo que la doctrina y la jurisprudencia definen como reconocimiento de complacencia. Se trata, pues, de un acto, realizado por mi mandante con conocimiento de la madre de Carlota , en el que la propia declaración que constituye el reconocimiento prescinde de la realidad biológica, y ésta es totalmente ajena al reconocimiento - no la hay en el acto jurídico; tampoco en la realidad-, no hay reconocimiento porque la declaración carece de objeto y porque la filiación por naturaleza no es una institución que se invente. Este es el reconocimiento de complacencia: es radicalmente nulo ab initio e insanable. De hecho, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas ocasiones rechaza la inscripción del reconocimiento alegando que "la regulación de la filiación en el CC (LEG 1889, 27) se inspira en el principio la veracidad biológica de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad". Se deduce, pues, que la existencia de relación biológica de filiación no es en línea de principio objetivamente imprescindible en el reconocimiento (pues hay reconocimientos formales válidos que luego resultan inexactos), sino que aparezca como objeto veraz de ese acto jurídico, es decir, que el reconocedor que afirma o declara propia paternidad crea en ella, o sea verosímil o, siquiera, creíble.

»Así pues, deberá declararse la nulidad del acto de reconocimiento por falta misma del objeto.

»De forma subsidiaria, si hubiera oposición de contrario ante la pretensión de impugnación del reconocimiento por nulidad del mismo, y ante la certeza absoluta de que mi mandante no es padre biológico de Carlota , si esta circunstancia fuera negada [...], venimos a solicitar expresamente la prueba biológica de paternidad».

Como fundamentación jurídica de fondo de la demanda se citaron, junto a los artículos sobre filiación del Código Civil, el artículo 39 de la Constitución y determinadas declaraciones de la sentencia de esta sala 1177/2008, de 5 de diciembre (RJ 2009, 147) . En el suplico, se pidió del Juzgado que:

«[D]icte sentencia por la que estimando la presente demanda declare que D. Obdulio no es padre de Carlota , realizándose todos los actos de ejecución necesarios para que en el registro civil y en la documentación que dimane de éste no figure mi mandante como padre de la misma [...]».

**En la contestación a la demanda, se alegó:**

«[E]l actor no quiere asumir las consecuencias que la paternidad conlleva en caso de divorcio, pero sobre todo una de ellas, la económica. Le pesa enormemente [...] tener que ayudar al mantenimiento de su hija con la correspondiente pensión alimenticia.

»Olvida que los mayores de edad respondemos de todos nuestros actos, y que los hijos no son juguetes que se compran y se desechan según nos aburrimos y esta demanda supone la utilización de la hija como una muñeca que se abandona en el cuarto cuando se termina el juego.

»[...] La jurisprudencia que se cita se refiere, según dice, a la paternidad no matrimonial, pero estamos ante un caso de paternidad matrimonial, como se afirma en el hecho primero de la demanda. El reconocimiento se hizo por el hoy actor con pleno conocimiento de que la menor no es su hija biológica, luego no existe error invalidante en su consentimiento. Tratándose de filiación matrimonial, el padre puede impugnar la paternidad en el plazo de un año desde que conoce el nacimiento o desde que es conocedor del error que le llevó a reconocer al menor como hijo. En el presente caso, no puede impugnar la paternidad de ninguna manera, y mucho menos cuando en el primer hecho de su demanda reconoce que cuando reconoció a la menor como hija sabía que no era su padre biológico.

»[...] El acto de reconocimiento fue válido.

»[...] Mi representada nunca ha negado que el actor no es el padre biológico de su hija, luego carece de sentido someterla a la prueba biológica de paternidad, cuando, además, ello nada va a aportar a esta litis».

Como fundamentación jurídica de la contestación, se invocó la sentencia 300/2012, de 10 de mayo (RJ 2012, 6341) (Rec. 19/2011 ), en la que, para un caso igual al de autos en todo lo relevante, esta sala declaró que el reconocimiento realizado constante matrimonio atribuye a la filiación reconocida el carácter de matrimonial conforme al artículo 119 CC , aplicable «con independencia de la existencia o no de relación biológica del reconecedor con el reconocido». Alegó, pues, la demandada que la acción de impugnación de la paternidad procedente no era la contemplada en el artículo 140 CC , sino la contemplada en el artículo 136 CC ; que esta acción había caducado al haber transcurrido más de un año desde la inscripción de la filiación; y que no había concurrido ningún vicio de la voluntad en el reconocimiento, pues el marido reconecedor sabía que reconocía a quien no era hijo suyo desde el punto de vista biológico.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Declaró a tal efecto lo siguiente:

«En el supuesto de autos y de conformidad con la Jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 1<sup>a</sup> S 28-11- 2002 y 10-05-2012 por todas), ha de partirse de que la filiación impugnada tiene el carácter de matrimonial pues el reconocimiento de la paternidad en el Registro Civil se efectuó con posterioridad al matrimonio del actor con la demandada.

»Igualmente resulta relevante señalar que estamos ante un reconocimiento de los denominados "de complacencia", pues ambas partes admiten que la hija cuya filiación se impugna no fue engendrada por el actor.

»Sentadas esas dos premisas, la posible impugnación de la filiación se regiría por el artículo 136 del Código Civil , es decir, estaría sujeta al plazo de un año indicado en el referido artículo, plazo superado en exceso por el actor pues reconocida la filiación en el Registro Civil el 12-11-2009 no es hasta el 29-03-2012 cuando plantea la demanda de impugnación.

»Tampoco sería de aplicación el artículo 141 del Código Civil si lo que se pretendiere fuere atacar el reconocimiento realizado (que lo hizo "presionado" manifestó el actor), pues no se ha acreditado vicio alguno de la voluntad y en todo caso habría caducado la acción a ejercitar dado que el plazo establecido en el referido precepto de un año a contar desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio».

Contra la citada sentencia, don Obdulio interpuso recurso de apelación, en el que invocó las sentencias de esta sala 435/2004, de 27 de mayo (RJ 2004, 4265) (Rec. 2002/1998 ), y 669/2004, de 12 de julio (Rec. 669/2004 ), de las que extrajo los párrafos siguientes:

*«En materia de estado civil ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial».*

*«Lo que [se] deja expuesto autoriza a que el artículo 140, al referirse expresamente a la filiación no matrimonial, se está proyectando a los hijos nacidos sin que los padres se hubieran casado, como a los nacidos antes del matrimonio y no resultan hijos biológicos, como aquí sucede, no obstante el matrimonio de la madre progenitora y el padre no progenitor, incluyéndose en el concepto de progenitor a quien formalmente figura como tal, ya lo sea por reconocimiento o por otro título».*

*Alegó el entonces apelante que, conforme al último extracto transcrito, estaba legitimado para impugnar la filiación al amparo del artículo 140 CC y, consecuentemente, dentro del plazo de cuatro años establecido en su párrafo segundo.*

*Doña Rosalía se opuso al recurso, alegando en lo esencial que:*

*«[S]e introduce ex novo en el recurso de apelación, sin haberlo hecho ni en la demanda ni en la vista del juicio, la alegación del artículo 140 del Código Civil que, además, no resulta aplicable al presente caso en el que, insistimos, se está impugnando de contrario una filiación matrimonial.*

*»[L]a jurisprudencia que se cita mantiene una doctrina del Tribunal Supremo que la Sentencia 318/2011, de 4 de julio (RJ 2011, 5965) , declaró sustituida por la de considerar que el art. 140 del Código Civil se aplica en los casos de filiación extramatrimonial.*

*»Así lo mantiene también el Tribunal Supremo en las Sentencias citadas por la Sentencia recurrida, tanto la de fecha 28-11-2002 , como la alegada en nuestro escrito de contestación a la demanda, de 10-05-2012».*

*La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado; salvo en lo referente a la condena en costas al actor, por estimar contradictoria la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo respecto de las cuestiones resueltas en ambas instancias. Fundamentó su decisión como sigue:*

*«No siendo controvertido que la verdad biológica no coincide con la que representa el reconocimiento de paternidad que llevó a cabo el recurrente respecto de la menor y que ello era conocido por el demandante que, tras contraer matrimonio con la demandada, reconoce como hija suya a la hija de su esposa, estamos ante un caso de reconocimiento de complacencia, tal como se afirma en la demanda, respecto de los que ni la doctrina ni la jurisprudencia han interpretado pacíficamente los criterios de impugnación (tan como señala la STS de 26 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9527) ). La cuestión que se plantea en esa litis se concreta en si esta filiación es matrimonial o no matrimonial, pues si se le otorga la primera calificación, tal como ha resuelto la sentencia de instancia, resulta de aplicación el artículo 136 CC que establece un plazo de un año para la impugnación de la paternidad, mientras que si se califica como no matrimonial es de aplicación el artículo 140 CC , que establece un plazo de cuatro años para su impugnación. Siendo éste el planteamiento, el artículo 119 CC establece: "La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente". Este precepto ha sido interpretado en determinadas Sentencias del Tribunal Supremo en el sentido que se establece en el recurso, y así, la STS 27 mayo de 2004 citada por el recurrente se pronuncia, en un caso idéntico al aquí enjuiciado, que la filiación será no matrimonial cuando los progenitores se casen con posterioridad al nacimiento del hijo cuando éste no sea hijo biológico del padre, afirmándose: "(...) el artículo 119 determina que la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, dando a entender que se trata de padre y madre reales y que se casan con posterioridad al nacimiento del hijo o de los hijos habidos de una unión extramatrimonial precedente y siempre que el hecho de la filiación quede determinado en forma legal, (...) por lo que junto a los*

*nacidos constante matrimonio (matrimonios originarios) se colocan los nacidos con anterioridad no estando los padres casados (hijos matrimoniales anticipados). (...) El artículo 140, al referirse expresamente a la filiación extramatrimonial, se está proyectando a los hijos nacidos sin que los padres que se hubieran casado, como a los nacidos antes del matrimonio y no resultan hijos biológicos, no obstante el matrimonio de la madre progenitora y padre no progenitor".*

*»No obstante, en la STS de 10 de Mayo de 2012 (RJ 2012, 6341) , posterior a la anterior, se pronuncia también un caso idéntico al que se plantea en este recurso de apelación, y en el que el recurso de casación se fundamentó, con cita expresa de la referida STS de 27 de Mayo de 2004 y en la de 12 de julio de 2004 , en que la doctrina del TS dice que es posible ejercitar la acción de impugnación de paternidad al amparo de lo dispuesto en el Art. 140 CC cuando se trate de un reconocimiento de complacencia en el que no existe paternidad biológica. Resuelve esta Sentencia que la aplicación del Art. 119 CC se produce con independencia de la existencia o no de una relación biológica del padre reconocedor con el reconocido, porque se trata de un efecto legal del reconocimiento, unido al matrimonio de los padres, y que la restauración de la situación relativa a la coincidencia con la verdad biológica sólo puede tener lugar mediante las correspondientes acciones de impugnación de la filiación, que deben ejercitarse en los plazos y condiciones previstos en la ley, llegando así a la conclusión de que, en el caso enjuiciado, la filiación tiene carácter matrimonial por cuanto una vez contraído matrimonio, el impugnante reconoció al hijo de su esposa, es decir, de acuerdo con uno de los medios para determinar la filiación matrimonial previstos en el Art. 120 CC , afirmando: que este reconocimiento, efectuado constante matrimonio, atribuye a la filiación reconocida el carácter de matrimonial, puesto que el matrimonio de los padre produce el cambio del régimen de filiación, tal como afirma STS 1162/2002, de 28 de noviembre (RJ 2002, 10418) , que dice: "En cambio, la impugnación de la filiación (ya determinada) después del matrimonio de los padres es el de la filiación matrimonial. Por el matrimonio de los padres, el estado de filiación de los hijos habidos antes cambia de régimen y se cumple la prevención del artículo 119 de que el hecho de la filiación quede determinado legalmente con el hecho del subsiguiente reconocimiento. Este reconocimiento deja sin efecto la indeterminación de la filiación no matrimonial por interpretación a contrario sensu de la resolución de la Dirección General de los Registros de 22 de Enero de 1988".*

*»Si bien la doctrina jurisprudencial se forma con vocación del estabilidad y permanencia por exigirlas la certeza del derecho, y consiguientemente la seguridad jurídica, ello no significa que deba enquistarse, pues debe responder a la evolución y desarrollo jurídico en atención a las circunstancias de los tiempos, considerando esta Sala de aplicación al caso enjuiciado la STS más reciente (y la que en ella se cita) al responder a la interpretación del artículo 119 CC acorde con la realidad social al tiempo que ha de ser aplicado ( art. 3.1 CC ), y ello conlleva confirmar la sentencia recurrida ya que, resultando de aplicación el artículo 136 CC , y no el artículo 140 del mismo texto legal , cuando el demandante impugna su paternidad habría transcurrido más de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil».*

*Contra la sentencia de la Audiencia, don Obdulio ha interpuesto recurso de casación consistente en un único motivo, en el que denuncia infracción del artículo 140 CC , por no haber sido aplicado al caso de autos, y del artículo 136 CC , por haberse aplicado indebidamente, desconociendo la doctrina fijada por esta sala en las sentencias de 27 de mayo de 2004 y 12 de julio de 2004 .*

*Respecto de la primera de estas sentencias, el ahora recurrente insiste en la tesis de que la aplicación del artículo 119 CC requiere que quienes han contraído matrimonio después del nacimiento del hijo sean el padre y la madre reales (biológicos) del hijo. Transcribe, seguidamente, el siguiente párrafo de la misma sentencia:*

*«La imperatividad del artículo 39 de la Constitución , que exige la protección de los hijos, clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, con la anomalía de atribuir potestad sobre los mismos a quien no es su padre biológico y la aplicación de un formalismo riguroso vendría a potenciar una situación injusta y hasta*

*en línea de fraude, por lo que se impone la adecuada interpretación de la norma en la línea que marca el artículo tres del Código Civil . Esta doctrina se reitera en la sentencia de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6227) , al otorgar toda eficacia decisiva al hecho de que el padre que impugnó no era el padre biológico, pues la paternidad real, en otro caso, resultaría clamorosamente inexacta si se atribuyera a quien ha probado que no engendró el hijo y sólo se limitó a reconocerle como acto de complacencia y, aún más, se llegaría a proteger situaciones de indefensión, que violentan el artículo 24 de la Constitución ».*

*Con esa cita, el ahora recurrente parece defender de nuevo su posición originaria: la nulidad de los reconocimientos de complacencia; lo que vendría confirmado con la subsiguiente cita de un párrafo de la sentencia de esta sala de 12 de julio de 2004 en el sentido de que «ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial». Y es lo cierto que dicha sentencia, revocando la dictada en apelación, confirmó la del Juzgado, que había declarado la nulidad de un reconocimiento de complacencia en un caso idéntico al de los presentes autos en todo lo relevante; con declaraciones, en aquélla, como las siguientes:*

*«[N]o pueden omitirse las sanciones sobre la prevalencia de la verdad material en las cuestiones de estado civil que prescribe el art. 39 de la C.E ., y cuyo significado, es obvio, ha de cohonestarse, incluso, con el beneficio de los propios hijos, objetivo que en el presente recurso, no puede decirse que se cumpla con la declaración judicial recurrida, porque, ni se respeta la primacía de aquella verdad, ni tampoco es atendible que la misma reconocida sólo aduzca en su defensa que se contrarreste ese móvil económico de su falso progenitor y que, por ello, por la misma se aferra a impedirlo.*

*»Esta Sala, en definitiva, entiende que, pese a los desvíos de una conducta acorde con los modelos de asunción de lo antes querido, y su reprobación en los planos de la sociología al uso, dentro del campo del Derecho, y de la legalidad imperante, sería una clamorosa irregularidad mantener un reconocimiento de la filiación en contra de lo así sabido por los interesados, evitando de ese modo que se prolongue "sine die" ese evidente estado civil pugnante con el personal designio de los afectados».*

*Conviene avanzar a este respecto que, dos días después de dictarse la sentencia de 12 de julio de 2004 , la tesis de que el principio de veracidad biológica exigiría la nulidad de los reconocimientos de complacencia quedó ya implícitamente rechazada por la sentencia 793/2004, de 14 de julio (RJ 2004, 4676) (Rec. 2576/2000) , y desde entonces nunca ha sido acogida por esta sala; que tampoco mantiene desde hace años la doctrina de la nulidad en general de los reconocimientos contrarios a la verdad biológica, declarada en las sentencias 265/1994, de 28 de marzo (RJ 1994, 2528) (Rec. 1574/1991) , 947/1997, de 31 de octubre (Rec. 2916/1993) , y 498/2004, de 4 de junio (RJ 2004, 4418) (Rec. 2338/1998) . Volveremos sobre la cuestión más adelante, pues procede retomar ahora el hilo de la exposición.*

*El contenido de la oposición al recurso de casación formulada por la representación de doña Rosalia (bajo la dirección a lo que parece de un nuevo letrado de oficio) es sorprendente, ya que, partiendo de la premisa de que la doctrina que fijó el Pleno de esta sala en la sentencia 318/2011, de 4 de julio (RJ 2011, 5965) (Rec. 385/2007) , permitiría a don Obdulio la impugnación de la paternidad de Carlota , al amparo del artículo 140.II CC , dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento -pareciendo aceptar así que la filiación impugnada fuera no matrimonial-, se discrepa de dicha doctrina con los argumentos que desarrolló el voto particular discrepante acompañado a la referida sentencia. Para concluir alegando que establecer regímenes jurídicos diferentes para la impugnación de la filiación matrimonial determinada por reconocimiento y la no matrimonial determinada del mismo modo comportaría una discriminación por razón del nacimiento, contraria al artículo 14 CE (RCL 1978, 2836) .*

*En fin, el Ministerio Fiscal se ha manifestado conforme con el recurso de casación interpuesto por don Obdulio y ha pedido que se revoque la sentencia de la Audiencia a quo y se dicte otra accediendo a las pretensiones del recurrente. En lo esencial, el Ministerio Fiscal recuerda la doctrina fijada en la sentencia del Pleno de esta sala de 4 de julio de 2011 , de la que resalta el pronunciamiento siguiente:*

«[L]a acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del artículo 140 CC , dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento».

Para afirmar a continuación el carácter no matrimonial de la filiación de Carlota -en línea con la sentencia de esta sala de 27 mayo de 2004 , frente a la posterior de 10 de mayo de 2012- con el argumento de que el artículo 119 CC se refiere literalmente a «los progenitores», y sólo es progenitor, por definición, el padre biológico.

## SEGUNDO

No cabe duda de que el reconocimiento de Carlota por don Obdulio como hija suya fue un reconocimiento «de complacencia»: una denominación bien establecida, que mantendremos. Caben ciertamente reconocimientos de complacencia de la maternidad; pero en lo que sigue contemplaremos sólo los referidos a la paternidad, puesto que es este el caso de autos y, con mucho, el más frecuente en la práctica; y también en beneficio de la claridad del análisis, habida cuenta de la complejidad jurídica de la materia.

La filiación paterna que determinan legalmente los reconocimientos de complacencia que contemplamos puede ser no matrimonial ( art. 120.1 ° y 2° CC (LEG 1889, 27) ) o matrimonial: artículo 138 CC , primera frase, en relación con los artículos 117 (reconocimiento expreso o tácito del marido), 118 (reconocimiento implícito en el consentimiento del marido) y 119 CC ; respecto a éste último, asumiendo que no requiere que el reconocedor sea el padre biológico del reconocido.

Lo que caracteriza a los reconocimientos de que se trata es que el autor del reconocimiento, sabiendo o teniendo la convicción de que no es el padre biológico del reconocido, declara su voluntad de reconocerlo con el propósito práctico de tenerlo por hijo biológico suyo: con la finalidad jurídica de constituir entre ambos una relación jurídica de filiación paterna como la que es propia de la paternidad por naturaleza. Eso diferencia radicalmente los reconocimientos de complacencia de los denominados reconocimientos «de conveniencia»: con la finalidad de crear una mera apariencia de que existe dicha relación de filiación, en orden a conseguir la consecuencia jurídica favorable de una norma (sobre nacionalidad, permisos de residencia, beneficios sociales, etc.) cuyo supuesto de hecho la requiere. Estos reconocimientos se contemplan en el apartado 4 del artículo 235-27 del Código Civil de Catalunya, a cuyo tenor:

«El reconocimiento de paternidad hecho en fraude de ley es nulo. La acción de nulidad es imprescriptible y puede ser ejercida por el Ministerio Fiscal o por cualquier otra persona con interés legítimo y directo».

Como se desprende de cuanto hemos expuesto en el fundamento de derecho primero, las principales cuestiones jurídicas que los reconocimientos de complacencia de la paternidad han planteado son las siguientes:

1.ª) Si, por razón de ser de complacencia, esos reconocimientos son, o no, nulos de pleno derecho.

La respuesta afirmativa -bien lo señaló don Obdulio en su demanda- la sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado: entre otras, en las resoluciones de 5 de junio de 2006 (BOE 12-11-1996, pp. 32251-32252) y la 28ª de 29 de octubre de 2012 (BOMJ 10-4-2013, pp. 12-14), en los términos siguientes:

«Hay que insistir en la idea de que la regulación de la filiación en el Código Civil español se inspira en el principio de la veracidad biológica (principio reforzado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 138) y por la más reciente de 27 de octubre de 2005 que declaran la inconstitucionalidad de los artículos 136.1 y 133.1 del C.c ., respectivamente), de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá

*ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad».*

*En el mismo sentido, la reciente resolución 1ª de 4 de septiembre de 2015 (BOMJ 26-1-2016), que indica la vía de la adopción.*

*Hemos avanzado ya la actual posición de esta sala sobre esta cuestión desde la sentencia 793/2004, de 14 de julio (RJ 2004, 4676) . La fijaremos de modo expreso en la presente, argumentándola cumplidamente.*

*2.ª) Asumiendo que la respuesta a la cuestión 1.ª sea negativa: ¿cabe, o no, que el reconocedor de complacencia de su paternidad provoque la ineficacia sobrevenida del reconocimiento, ejercitando una acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido?*

*El planteamiento de esta cuestión presupone distinguir las acciones de anulación del reconocimiento en sí, que combaten directamente la validez del reconocimiento como título de determinación legal de la filiación paterna, de las acciones de impugnación de la paternidad legalmente determinada mediante el reconocimiento; acciones, éstas, que se basan en la inexistencia del título de constitución de la filiación paterna -en no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido-, y que, de prosperar, provocarán la ineficacia sobrevenida del reconocimiento. Lo que importa resaltar, para precisar más la jurisprudencia de esta sala, a pesar del cuidado en diferenciar ambos tipos de acciones que se tomaron las sentencias 1012/2008, de 29 de octubre (RJ 2008, 5802) (Rec. 1414/2003 ), y 1177/2008, de 5 de diciembre (RJ 2009, 147) (Rec. 1763/2004 ) - ya antes la sentencia 1131/2001, de 26 de noviembre (RJ 2001, 9527) (Rec. 2380/1996)-, a la luz de la claridad con la que los diferencia el artículo 138 CC ; a propósito del cual, la Sentencia 579/2004, de 5 de julio (RJ 2004, 5454) (Rec. 2303/1998 ), dejó ya bien sentado lo siguiente:*

*«Según dispone el artículo 138 del Código Civil , tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento (el formal, que regula el artículo 120.1º, el expreso o tácito al que se refiere el artículo 117, y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación como matrimonial, que contempla el artículo 118), cabe una impugnación del título de determinación, por existencia de vicio en la formación o exteriorización de la voluntad, mediante la llamada acción declarativa negativa que regulan los artículos 138 y 141, y una impugnación por causas distintas, entre ellas la inexistencia de una realidad biológica (mediante una acción de impugnación en sentido estricto), que regulan el mismo artículo 138 y, por remisión, las normas contenidas en la sección y capítulo terceros del título quinto del libro primero del Código Civil , entre otras, la del artículo 136».*

*La doctrina de esta sala sobre la referida cuestión 2.ª fue fijada por la sentencia del Pleno 318/2011, de 4 de julio . En la presente, la mantendremos (aunque matizando su fallo cuando declara «la nulidad» del reconocimiento) con argumentos adicionales.*

*Dicha sentencia contempló un caso en el que la filiación paterna que determinó legalmente el reconocimiento de complacencia era no matrimonial. Por esa razón, declaró que la acción de impugnación de la paternidad que el reconocedor podía ejercitar es la regulada en el artículo 140.II CC , sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años. Cuando la filiación paterna que determine legalmente el reconocimiento de complacencia sea matrimonial, la acción que podrá ejercitar el reconocedor es la regulada en el artículo 136 CC , sujeta a un plazo de caducidad de un año.*

*Esta sala tiene bien establecido que las diferencias de régimen jurídico de la impugnación de la paternidad, en atención al carácter no matrimonial o matrimonial de la impugnada, no constituye discriminación contraria al artículo 14 CE (RCL 1978, 2836) ( SSTS 1012/2008, de 29 de octubre , y 1177/2008, de 5 de diciembre ; y en análogo sentido, sobre las diferencias de régimen jurídico de la reclamación de la paternidad, STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273) ).*

3.ª) Asumiendo, en fin, que la respuesta a la cuestión 2.ª sea afirmativa: habiendo contraído matrimonio el reconocedor de complacencia y la madre del reconocido con posterioridad al nacimiento de éste, y habida cuenta de lo que dispone el artículo 119 CC, la acción de impugnación de la paternidad que el reconocedor podrá ejercitar ¿es la regulada en el artículo 136 CC con un plazo de caducidad de un año, o la regulada en el artículo 140.II CC con un plazo de caducidad de cuatro años (dando por supuesto que existió la correspondiente posesión de estado, como es natural cuando se trata de un reconocimiento de complacencia)?

Sobre la referida cuestión 3.ª, procede señalar que la sentencia de esta sala 751/2010, de 29 de noviembre (RJ 2011, 1545) (Rec. 1064/2007), consideró aplicable el artículo 140.II CC al decidir un caso en que el reconocimiento fue anterior al matrimonio entre el reconocedor de complacencia y la madre del reconocido; y también la tan mencionada sentencia 300/2012, de 10 de mayo, pareció limitar la aplicación del artículo 136 CC al supuesto de reconocimiento posterior a ese matrimonio; supuesto, éste, para el que ya la sentencia 1162/2002, de 28 de noviembre (RJ 2002, 10418) (Rec. 1362/1997), había declarado aplicable el artículo 119 CC, lo que excluía la aplicación del artículo 140 CC. Y antes, la sentencia 1131/2001, de 26 de noviembre, había decidido en igual sentido en un caso en el que el reconocimiento se realizó el mismo día de la celebración del matrimonio.

Es necesario, pues, fijar aquí la doctrina de esta sala al respecto.

### TERCERO

En el caso de autos, don Obdulio sostuvo principalmente en su demanda que la respuesta a la cuestión 1.ª, de las que hemos planteado en el fundamento de derecho segundo, debe ser afirmativa: que su reconocimiento de complacencia de la paternidad de Carlota fue nulo de pleno derecho, puesto que no se correspondió con la verdad biológica (él no es el padre biológico de Carlota). Tesis, esa, que el ahora recurrente nunca ha abandonado con claridad.

Esta sala, en Pleno, fija la doctrina siguiente:

El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica.

Las razones por las que fijamos dicha doctrina jurisprudencial -dejando de lado la posible pero rarísima hipótesis de que el autor del reconocimiento de complacencia sea en realidad el padre biológico del reconocido, contra la que era su convicción al tiempo de reconocerlo- son las que siguen:

1.ª) El Código Civil (LEG 1889, 27) español no establece como requisito estructural para la validez del reconocimiento que éste se corresponda con la verdad biológica. No figura como tal requisito en los artículos 121 a 126 CC. Ningún otro artículo del mismo cuerpo legal contempla una acción de anulación del reconocimiento por falta de correspondencia con la verdad biológica; es más, su artículo 138 parece excluir toda acción de anulación del reconocimiento, por falta de dicha correspondencia, que no sea la contemplada en el artículo 141 CC.

2.ª) Ninguno de los requisitos de validez o eficacia del reconocimiento establecidos en los artículos 121 a 126 CC busca asegurar que aquél se corresponda con la verdad biológica: obviamente no, los consentimientos complementarios previstos en los artículos 123, 124 y 126; tampoco, la aprobación judicial que requiere el artículo 124 CC,

*puesto que la falta de tal correspondencia no tiene por qué significar que el reconocimiento sea contrario al interés del menor o incapaz de cuyo reconocimiento se trate.*

*En cuanto a la aprobación judicial exigida por el artículo 121 CC para el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad, es preciso despejar la duda que puede generar lo que dispone el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016 y 1354), de la Jurisdicción Voluntaria :*

*«El Juez resolverá lo que proceda sobre el reconocimiento de que se trate, atendiendo para ello al discernimiento de progenitor, la veracidad o autenticidad de su acto, la verosimilitud de la relación de procreación, sin necesidad de una prueba plena de la misma, y el interés del reconocido cuando sea menor o persona con capacidad modificada judicialmente».*

*Es evidente que la norma transcrita en modo alguno establece que la correspondencia con la verdad biológica sea con carácter general un requisito de validez del reconocimiento. A lo más, cabría deducir de la misma que es un requisito de validez del reconocimiento contemplado en el artículo 121 CC (no, del que contempla el artículo 124 CC, al que hay que entender referido sólo el mandato al Juez de que atienda al «interés del reconocido»); pero parece que la interpretación más correcta del expresado artículo 26.1 no es entender que el Juez deberá negar la aprobación del reconocimiento que contempla el artículo 121 CC siempre que llegue a la convicción de que no se corresponde con la verdad biológica, sino que, en tal caso, el Juez habrá de asegurarse de que el incapaz o el que no puede contraer matrimonio por razón de edad conoce esa (probable) falta de correspondencia, y de si, pese a ello, mantiene su intención de reconocer, teniendo capacidad suficiente para entender y querer los efectos jurídicos de tal reconocimiento (de complacencia).*

*3.ª) Frente al autorizado criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, considera esta sala que - como dejó bien claro la sentencia del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo (RTC 2005, 138), que el mismo Centro Directivo invoca- las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica ( arts. 10.1 y 39.2 CE (RCL 1978, 2836) ) pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en interés de los menores de edad ( arts. 9.3, 39.3 y 39.4 CE ). En ese sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 707/2014, de 3 de diciembre (RJ 2014, 6258) (Rec. 1946/2013), y 441/2016, de 30 de junio (Rec. 1957/2015), esta última del Pleno. No impone, pues, nuestra Ley Fundamental que en la filiación por naturaleza la verdad biológica prevalezca siempre sobre la realidad jurídica: sobre la determinación legal de esa clase de filiación. De otro modo, habría que considerar inconstitucionales la totalidad de las limitaciones de la legitimación activa y los plazos de caducidad que resultan de la regulación «De las acciones de filiación» contenida en el Capítulo III del Título V del Libro I del Código Civil.*

*4.ª) Es evidente que la tesis de que el reconocimiento de complacencia de la paternidad es nulo por falta de objeto presupone, sin base legal alguna, que el reconocimiento es, en el Derecho español, una confesión de la realidad o, al menos, de la convicción que el reconocedor tiene de que el reconocido es hijo biológico suyo.*

*5.ª) No cabe sostener la ilicitud de la causa del reconocimiento de complacencia sobre la base de que la intención del reconocedor es hacer nacer, al margen de las normas sobre la adopción, una relación jurídica de filiación entre él y la persona de la que sabe o tiene la convicción de que no es hijo biológico suyo, puesto que dicha motivación no puede considerarse contraria a la ley: el autor de un reconocimiento de complacencia de su paternidad no pretende (ni por supuesto conseguirá) establecer una relación jurídica de filiación adoptiva con el reconocido. No puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la Ley 17/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes. Ni contraria a la moral: se*

*constata que los reconocimientos de complacencia de la paternidad son frecuentes, y no se aprecia que susciten reproche social; lo que sugiere que cumplen una función que, normalmente -cuando la convivencia entre el reconocedor y la madre del reconocido perdura-, se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos los concernidos. En la contestación a la demanda, el representante de doña Rosalia alegó que:*

*«[T]ras varios años de convivencia, dos de ellos casados, y una vez que el matrimonio decidió tener descendencia, el hoy actor planteó a mi presentada la conveniencia de reconocer antes a la hija para que todos los hijos tuvieran los mismos apellidos y no fuesen objeto de comentarios entre todos los compañeros una vez que se escolarizasen».*

*Parece creíble, se comprende humanamente, y todo pudo acabar bien. Cabe comprender también las reticencias de la gente común ante la solución alternativa de la adopción. Los reconocimientos de complacencia no son, pues, una práctica que el brazo armado del Derecho tenga que combatir.*

*6.ª) La nulidad de los referidos reconocimientos no encuentra tampoco soporte en la norma del artículo 6.4 CC (fraude objetivo de las normas sobre la adopción), porque la sanción que establece no es la nulidad, y obviamente el reconocimiento de complacencia no vale para establecer una filiación adoptiva entre el reconocedor y el reconocido; ni para determinar -como se confirmará más adelante- una filiación por naturaleza que no pueda impugnarse por falta de correspondencia entre el reconocimiento y la verdad biológica.*

*7.ª) En fin, pero no menos importante: esta sala considera inaceptables las consecuencias a las que abocaría la tesis de la nulidad del reconocimiento de complacencia de la paternidad en un Derecho como el español vigente: la acción declarativa de su nulidad sería imprescriptible, y podría ser ejercida por cualquier persona con interés legítimo y directo, acaso incluso por el Ministerio Fiscal: como ya expusimos que dispone el apartado 4 del artículo 235-27 del Código Civil catalán para «el reconocimiento de la paternidad hecho en fraude de ley», que hemos denominado aquí reconocimiento «de conveniencia».*

#### **CUARTO**

*En el caso de autos, la representación de doña Rosalia sostiene, al oponerse al recurso de casación interpuesto por don Obdulio , e invocando los argumentos del voto particular acompañado a la sentencia del pleno de esta sala 318/2011, de 4 de julio (RJ 2011, 5965) , que la respuesta a la cuestión 2.ª planteada en el fundamento de derecho segundo de la presente sentencia debe ser negativa: sostiene que don Obdulio carece de legitimación para destruir la eficacia de su reconocimiento de la paternidad de Carlota -dado que fue un reconocimiento de complacencia-, mediante el ejercicio de una acción de impugnación de dicha paternidad fundada en el hecho de que Carlota no es hija biológica suya.*

*Esta sala, en Pleno, manteniendo el criterio adoptado en la referida sentencia de 4 de julio de 2011 , fija la doctrina siguiente:*

*Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente será la regulada en el artículo 136 CC (LEG 1889, 27) si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción.*

*Las razones por las que fijamos dicha doctrina jurisprudencial -que es oportuno aclarar que no consideramos impuesta por el principio constitucional de verdad*

biológica- son las que siguen:

1.º) *Privar al autor del reconocimiento de complacencia de la acción de impugnación de la paternidad fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido carece de base legal en las normas sobre filiación. En efecto:*

*El artículo 136 CC no priva de dicha acción al marido que, en los casos que respectivamente contemplan los artículos 117 y 118 CC , haya reconocido su paternidad expresa o tácitamente, o consentido la inscripción de la filiación como matrimonial, sabiendo o estando convencido de no ser el padre biológico del hijo de su cónyuge.*

*El artículo 140 CC no priva de legitimación activa al reconocedor por el hecho de que haya reconocido sabiendo o teniendo la convicción de no ser el padre biológico del reconocido.*

2.º) *Lo anterior no justifica dirigir a los mencionados artículos reproche constitucional alguno, puesto que el legislador ha atendido las exigencias del principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad del estado civil determinado mediante el reconocimiento, especialmente en interés del reconocido, estableciendo los respectivos plazos de caducidad de un año ( art. 136 CC ) y cuatro años ( art. 140.II CC ), se trate o no de un reconocimiento de complacencia.*

3.º) *Dado que no se trata de un reconocimiento «de conveniencia» o en fraude de ley, la regla nemo audiatur propriam turpitudinem allegans no puede valer para impedir al reconocedor de complacencia el ejercicio de la expresada acción de impugnación de la paternidad.*

4.º) *Tampoco cabe invocar a dicho efecto lo que dispone el artículo 7.1 CC (doctrina de los actos propios), pues las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible ( art. 1814 CC ).*

5.º) *Como muestra una somera comparación de los artículos 737 y 741 CC , el reconocimiento es irrevocable; pero eso significa que el reconocedor no puede hacerlo ineficaz mediante una declaración de retractación. Es por tanto incorrecto calificar de revocación la ineficacia sobrevinida del reconocimiento, sea o no de complacencia, a consecuencia de haber prosperado la acción de impugnación de la paternidad por no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido.*

6.º) *Es cierto que el artículo 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (RCL 2006, 1071) , sobre técnicas de reproducción asistida, prohíbe impugnar su paternidad al marido que haya prestado consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación de su mujer con contribución de donante o donantes; pero la diferencia entre ese tipo de casos y los reconocimientos de complacencia de la paternidad es clara y decisiva: el reconocedor de complacencia es ajeno a la decisión de la madre de engendrar al que será reconocido por aquél.*

7.º) *No sobraría añadir, en fin, que no parece justa una visión general de los reconocedores de complacencia como personas frívolas o inconstantes, cuyos caprichosos cambios de opinión no pueda el Derecho tolerar: a las que deba privárseles de toda posibilidad de reconstruir su vida afectiva y familiar, aunque se haya quebrado la convivencia con la madre del reconocido a pesar de lo que, en la normalidad de los casos, preveían y deseaban que ocurriera. La solución de que, aun siendo reconocedores de complacencia, puedan tener esa posibilidad abierta durante los breves plazos de caducidad establecidos con carácter general en los artículos 136 y 140.II CC , nos parece una solución moderada, que conjuga adecuadamente los intereses en juego.*

QUINTO

*En el caso de autos, don Obdulio a partir de su recurso de apelación, y el Ministerio Fiscal ante esta sala, sostienen, para la cuestión 3.ª de las que planteamos en el fundamento de derecho segundo de la presente sentencia, que la acción de impugnación de la paternidad que el autor del reconocimiento de complacencia podrá ejercitar es siempre la que regula el artículo 140.II CC (LEG 1889, 27) , con plazo de caducidad de cuatro años: también en el caso de reconocimiento posterior al matrimonio entre el reconocedor y la madre del reconocido. Doña Rosalia ha sostenido en las dos instancias que la acción que el reconocedor de complacencia podrá ejercitar es la regulada en el artículo 136 CC , con plazo de caducidad de un año; y esta tesis fue acogida por el Juzgado y por la Audiencia a quo, al menos para el caso de reconocimiento posterior al matrimonio.*

*Esta sala, en Pleno, fija la doctrina siguiente:*

*En caso de que el autor del reconocimiento de complacencia y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento de éste, la acción de impugnación de la paternidad que dicho reconocedor podrá ejercitar será la regulada en el artículo 136 CC , durante el plazo de caducidad de un año que el mismo artículo establece. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del referido matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción que regula el artículo 140.II CC , en cuyo caso, el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CC : el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto.*

*Las razones por las que fijamos dicha doctrina jurisprudencial -y que la hacen aplicable sea, o no, de complacencia el reconocimiento- son las que se exponen a continuación:*

*1.ª) La finalidad del artículo 119 CC es robustecer la protección jurídica de la familia que se ha convertido en matrimonial, y precisamente por la razón de que ha venido a serlo; un robustecimiento que consiste, especialmente, en hacer más difícil la impugnación de la filiación.*

*2.ª) No se compadece con esa finalidad entender que la aplicación del artículo 119 requiere que «los progenitores» a los que se refiere sean el padre y la madre biológicos. Hay que interpretar dicha expresión en el sentido de «el padre y la madre» legales, esto es, las personas cuya paternidad y maternidad ha quedado determinada legalmente. Y quizás porque tal determinación puede producirse con posterioridad a la celebración del matrimonio entre ellas, fue la simple razón por la que el legislador empleó la expresión «los progenitores», en vez de «el padre y la madre».*

*3.ª) El artículo 235-7 del Código Civil de Catalunya dispone:*

*«1. Los hijos comunes nacidos antes del matrimonio del padre y de la madre tienen, desde la fecha de celebración de éste, la condición de matrimoniales si la filiación queda determinada legalmente.*

*»2. La impugnación de la filiación a que se refiere el apartado 1 se rige por las reglas de la filiación no matrimonial».*

*Nada semejante aparece en el Código Civil del Estado.*

*4.ª) Ni el tenor literal ni la ratio del artículo 119 CC permiten limitar en modo alguno el alcance de su consecuencia jurídica en atención al hecho de que la determinación legal de la filiación -el reconocimiento de la paternidad en lo que aquí interesa- se haya producido con anterioridad a la celebración del matrimonio. De hecho, lo que se había planteado la doctrina es si ése sería el único caso en el que el precepto se aplicaría, respondiendo unánimemente en sentido negativo. El orden temporal en el que*

*hayan tenido lugar el matrimonio y la determinación legal de la filiación (el reconocimiento de la paternidad en lo que interesa) es irrelevante para la consecuencia de que la filiación adquiere a todos los efectos el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio.*

*Conviene añadir que, si el reconocimiento es posterior al matrimonio, el dies a quo del plazo de caducidad de un año será el día de la perfección del reconocimiento. Si el matrimonio es posterior, el día de su celebración; aunque, si hubiera caducado antes la acción para impugnar la paternidad no matrimonial, debería denegarse también al reconecedor la acción del artículo 136 CC, pues no parece lógico que disponga de un mayor plazo para impugnar por el simple hecho de haberse casado con la madre.*

*5.º) En fin, no se nos alcanza razón alguna para que lo que antecede no deba valer igual porque sea de complacencia el reconocimiento que determine legalmente la paternidad del hijo de la cónyuge del reconecedor.*

## **Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 2017:**

### *II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS*

*1. El Juzgado de violencia sobre la mujer núm. 1 de Tafalla plantea cuestión de inconstitucionalidad contra la ley 71 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077) (o fuero nuevo de Navarra), aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, en la redacción dada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (LNA 1987, 976), en la medida en que, al limitar a los hijos no matrimoniales las posibilidades del ejercicio de la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad, en el caso de la filiación no matrimonial, excluye la posibilidad de su ejercicio por los progenitores, de modo que vulneraría los artículos 24.1 y 39.2 CE (RCL 1978, 2836). El Fiscal General del Estado ha apoyado la estimación de la cuestión, en tanto que el Letrado del Parlamento de Navarra ha solicitado su inadmisión o, subsidiariamente, su desestimación.*

*Ha de aclararse, ante todo, que aunque el Auto de 6 de septiembre de 2016 resuelva en su parte dispositiva plantear la cuestión de inconstitucionalidad en relación con la ley 71 del Fuero Nuevo de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077), en realidad, sus dudas de constitucionalidad se circunscriben al apartado b) de dicha Ley, que es el que regula específicamente las acciones de declaración de la filiación no matrimonial, respecto de las cuales ha surgido el problema en el proceso a quo, siendo además dicho apartado el que fue objeto exclusivo del trámite de audiencia a la partes y al Fiscal del artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (RCL 1979, 2383) (LOTIC). Por consiguiente, nuestro estudio se centrará exclusivamente en el referido apartado b) de la ley 71 de la Compilación.*

2. Con carácter previo a resolver el fondo de la cuestión planteada, resulta preciso analizar la eventual concurrencia de las causas de inadmisión alegadas por el Letrado del Parlamento de Navarra, que ha opuesto las siguientes: en primer lugar, que no se ha dado debido cumplimiento al trámite de audiencia del artículo 35.2 LOTC (RCL 1979, 2383), ya que el Ministerio Fiscal no ha realizado un juicio de conformidad de la norma a la Constitución (RCL 1978, 2836) en su informe emitido en la vía judicial; en segundo lugar, que el procedimiento no estaba concluso cuando fue planteada la presente cuestión, ya que la solicitud de cuestionamiento se suscitó por la parte actora tras la celebración de la prueba admitida en la vista oral como petición alternativa a su petición principal, que era la declaración de filiación, al haber opuesto la parte demandada la falta de legitimación activa para promover el procedimiento; y, finalmente, que no se ha efectuado el debido juicio de relevancia y aplicabilidad de la norma en el auto de cuestionamiento para razonar que el contenido de su fallo depende de la validez de la norma.

Pues bien, no cabe apreciar la concurrencia de ninguna de las causas de inadmisión alegadas por el Letrado del Parlamento de Navarra. En cuanto a la primera, este Tribunal ha reiterado la importancia que tiene el trámite de audiencia del artículo 35.2 LOTC y la exigencia de que el órgano judicial identifique en la providencia que da inicio a dicho trámite los preceptos cuestionados y las normas constitucionales que se estiman de posible vulneración con el fin de posibilitar que las partes y el Ministerio Fiscal «puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta» ( art. 35.2 LOTC; así, por ejemplo, STC 95/2015, de 14 de mayo (RTC 2015, 95), FJ 2). Ahora bien, una vez que se ha dado estricto cumplimiento al trámite de audiencia previsto en el artículo 35.2 LOTC por el órgano judicial a las partes personadas y al Ministerio Fiscal en los términos exigidos por nuestra doctrina, lo que no ha sido controvertido en este procedimiento, la circunstancia de que, en el marco de dicho trámite, el Ministerio Fiscal se haya limitado a informar sobre el cumplimiento de los requisitos procesales para promover la presente cuestión de inconstitucionalidad y no sobre la eventual conformidad de la norma con la Constitución no puede tener el efecto pretendido por el Letrado del Parlamento de Navarra de que se alce como un obstáculo de admisibilidad que solo es predicable, en su caso, respecto de la actuación del órgano judicial, como único legitimado para la promoción de este procedimiento.

Del mismo modo, tampoco la circunstancia de que la parte demandante solicitara en el transcurso del desarrollo de la vista oral al órgano judicial que planteara la cuestión de inconstitucionalidad puede tener los efectos pretendidos por el Letrado del Parlamento de Navarra de inadmisión por incumplimiento del artículo 35.2 LOTC, ya que, desde la perspectiva de dicho precepto, lo relevante es el momento en que el órgano judicial efectivamente acuerda plantear la cuestión que, como ya se ha expuesto y no ha sido discutido por ninguna de las partes, lo fue una vez finalizada la vista oral y cuando el procedimiento ya estaba concluso y dentro del plazo para dictar sentencia.

Por último, también hay que descartar que no se haya efectuado el debido juicio de relevancia y aplicabilidad de la norma en el Auto de planteamiento para razonar que el contenido de su fallo depende de la validez de la norma. Como ha puesto de manifiesto el Fiscal General del Estado y también ha reconocido en sus alegaciones el Letrado del Parlamento de Navarra, en el referido Auto se ha razonado que la norma cuestionada resultaba de aplicación al caso en tanto que la controversia se sustanció entre partes que tenían vecindad civil navarra, resultando, por tanto, relevante para el fallo en tanto que la demandada alegó la falta de legitimación activa del actor.

3. Una vez descartados los anteriores óbices, procede entrar ya en el examen del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. El apartado b) de la ley 71 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077) (aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo), en la redacción dada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril

(LNA 1987, 976) , limita las posibilidades del ejercicio de la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad en los casos de filiación no matrimonial a los hijos no matrimoniales, excluyendo de su ejercicio a los progenitores.

En los términos expuestos por el órgano judicial cuestionante, y tal como también ha defendido el Fiscal General del Estado en este procedimiento, debe concluirse que el citado apartado b) de la ley 71 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra es contrario a los artículos 24.1 y 39.2 CE (RCL 1978, 2836) , por excluir a los progenitores del ejercicio de la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad en los casos de filiación no matrimonial.

Las razones para sustentar esta declaración de inconstitucionalidad son plenamente coincidentes con las expuestas por el Pleno de este Tribunal en la STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273) , FFJJ 5 a 7, y reiteradas en la STC 52/2006, de 16 de febrero (RTC 2006, 52) , FJ 2, en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 133 del Código civil (LEG 1889, 27) (CC), en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo (RCL 1981, 1151) , conforme al cual, la acción de reclamación de la filiación, cuando faltara la respectiva posesión de estado, correspondía únicamente al hijo durante toda su vida. Como se resumía en la STC 52/2006 (RTC 2006, 52) , FJ 2, con remisión a la STC 273/2005 (RTC 2005, 273) , FJ 7, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar la filiación en el supuesto contemplado por el referido precepto «no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción». Sobre este particular, señaló la STC 52/2006 (RTC 2006, 52) en el fundamento citado que, en la ponderación de los intereses en presencia, «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 ( art. 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».

En el caso que nos ocupa, la regulación del apartado b) de la ley 71 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra es aún más rígida que la que se contenía en el artículo 133 CC, pues éste sólo restringía la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial al hijo cuando no existiera posesión de estado, mientras que en el supuesto de la norma foral, sólo se reconoce legitimación para reclamar la declaración de la filiación no matrimonial al hijo (y, en determinados supuestos, a sus descendientes), en los casos específicamente contemplados por la propia norma, incluido el supuesto de existencia de posesión de estado (párrafo 2). Es decir, que a diferencia de lo que sucedía en el Código civil, ni siquiera en el caso de existir posesión de estado podrán los progenitores reclamar la declaración de la filiación no matrimonial, otorgándose una absoluta prevalencia al hijo en detrimento de aquéllos, sin que, como ya se dijo en la STC 273/2005, FJ 7, el sacrificio que se les impone resulte constitucionalmente justificado puesto que, aparte de que podría haber sido sustituido por la imposición de determinadas limitaciones, el sistema articulado por la propia Compilación impide el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas, desde el momento en que, al establecer las disposiciones generales en la materia, la ley 70 de la Compilación prevé expresamente, en términos similares al art. 767.1 de la Ley de enjuiciamiento civil ( LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) ), que el juez «no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde».

La conclusión alcanzada no resulta alterada por la invocación de la STC 236/2000, de 16 de octubre (RTC 2000, 236) , FJ 5, que efectúa el Letrado del Parlamento de Navarra. El objeto de análisis en dicha resolución quedó limitada a la queja referida a la posible vulneración del derecho a la igualdad ( art. 14 CE), que se fundamentaba

*en el diferente tratamiento dispensado por razón de vecindad civil, atendido el contenido más restrictivo de la ley 71 de la Compilación en relación con el Derecho civil común respecto de la reclamación de la filiación no matrimonial, siendo la aplicación preferente de aquélla, según entendió este Tribunal, consecuencia de una previsión del legislador estatal, en ejercicio de la competencia ex art. 149.1.8 CE, que remitía a la «ley personal del hijo». La Sentencia no consideró válido el término de comparación que allí utilizaba la parte recurrente entre Derecho civil común y Derecho foral, sobre el que basaba su queja de discriminación, pues no cabía aceptar la comparación que se utilizaba con la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, «y, sobre todo, porque, en definitiva, no estamos ante supuestos sustancialmente idénticos, sino, como se ha dicho, ante realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución» (FJ 5). En cualquier caso, y a los efectos que aquí interesan, lo relevante es que no existió ningún pronunciamiento sobre la eventual vulneración de los artículos 24.1 y 39.2 CE, que pudiera producirse con la restricción de la legitimación activa para promover la declaración de la filiación no matrimonial, extremo que, en cambio, sí fue resuelto en relación con la regulación del derecho civil común en las citadas SSTC 273/2005 y 52/2006, en el sentido ya expuesto.*

*4. Finalmente, se ha de concretar el alcance del pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley 71 b) de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077) . Al igual que ocurría en cuanto al artículo 133 CC (LEG 1889, 27) en el supuesto resuelto por las SSTC 273/2005 (RTC 2005, 273) , FJ 9, y 52/2006 (RTC 2006, 52) , FJ 3, la declaración de inconstitucionalidad del precepto no ha de ir acompañada de la correlativa declaración de nulidad del mismo. Su inconstitucionalidad deriva de su carácter excluyente, pues, en cuanto su tenor sólo se refiere al hijo y a sus herederos, implica la exclusión de los progenitores, que se verán privados de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial. De esta forma, un pronunciamiento de nulidad no sólo no repararía la inconstitucionalidad apreciada, sino que produciría el indeseable efecto de privar de una acción que no merece tacha de inconstitucionalidad alguna a quienes la ostentan de manera acorde con la Constitución (RCL 1978, 2836) , sin que exista una razón justificada para ello. Como dijimos en la STC 273/2005, FJ 9, «la declaración de nulidad de este precepto, consecuente a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable». Por tanto, al tratarse de una omisión del legislador contraria a la Constitución que no puede ser subsanada mediante la anulación del precepto, la apreciación de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa del mismo 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, el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial, 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 (RCL 1978, 2836) ). En todo caso, corresponde al legislador, en el plazo de un año, dar respuesta normativa a la situación planteada.*

#### **FALLO**

*En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN (RCL 1978, 2836) DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,*

*Ha decidido*

*Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar la inconstitucionalidad del apartado b) de la ley 71 de la Compilación de Derecho civil Foral*

de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077) , aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, en la redacción dada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (LNA 1987, 976) , en cuanto impide a los progenitores la reclamación de la filiación no matrimonial, con el alcance expuesto en el fundamento jurídico 4.

## **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2017:**

### *FUNDAMENTOS DE DERECHO*

#### *PRIMERO. Resumen de antecedentes*

*1. Raimundo mantuvo una relación estable de pareja con Purificacion . En el marco de esa relación, el NUM000 de 2011 nació Teofilo . El día 2 de junio de 2011, Raimundo reconoció en el Registro Civil la paternidad de Teofilo .*

*Más tarde, Purificacion marchó a Quito (Ecuador) con su hijo Teofilo , donde viven en la actualidad.*

*2. En diciembre de 2011, Raimundo presentó una demanda de impugnación de la paternidad, por entender que Teofilo no es hijo suyo. Aportó con la demanda un informe del Centro de Fertilidad y Genética que, sobre unas muestras de ADN, concluye que Raimundo no es el padre biológico de Teofilo .*

*En la primera instancia se acordó la prueba pericial biológica, que no pudo llegar a practicarse porque, si bien la madre ( Purificacion ) manifestó que podría hacerse en septiembre de 2013, cuando vinieran a España, luego comunicó que no podrían venir y no indicó fecha alguna en que pudieran hacerlo.*

*A pesar de lo anterior, continuó la tramitación en primera instancia y en la vista oral compareció Felicísima , que era quien había realizado el informe aportado con la demanda. Manifestó la veracidad de los resultados, pero no pudo asegurar que las muestras de ADN que se le entregaron correspondieran con el demandante y con Teofilo , al no quedar acreditada la veracidad y seguridad de la cadena de custodia.*

*3. La sentencia de primera instancia, dictada el 17 de julio de 2013 , desestimó la demanda, por considerar que no había quedado probado que el demandante no fuera padre biológico de Teofilo . Y al respecto razona:*

*«Tampoco se considera procedente equiparar la imposibilidad, o implícita negativa de la demandada, a la práctica de la prueba biológica que venía acordada al reconocimiento tácito de la «no paternidad» del demandante por parte de la demandada, cuando, dejando aparte que ni tan siquiera lo ha insinuado ésta en los contados escritos dirigidos al juzgado, no existe en autos otra prueba o evidencia ni documental ni testifical de la que poder extraer dicha presunción, cuando el artículo 386.1 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) establece que sólo a partir de un hecho admitido o probado, que en este caso no existe, el tribunal puede presumir la certeza, a*

los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

4. La sentencia de primera instancia fue apelada por Raimundo . La vista del recurso fue señalada para el día 12 de junio de 2014. La Audiencia, mediante sentencia de 24 de junio de 2014 (JUR 2014, 244750) , desestimó el recurso de apelación, sobre la base del siguiente razonamiento:

«Del examen y valoración de todas las actuaciones y del resultado de las pruebas practicadas, no se aprecia la existencia de engaño o error, como se alega en la demanda, en el reconocimiento efectuado del menor, nacido el NUM000 de 2011, como hijo propio en el Registro Civil el 2 de junio de 2011, sino que se presenta como acto voluntario de reconocimiento de su paternidad extramatrimonial, que no se impugna hasta el 7 de diciembre de 2011, ni desvirtuada la determinación legal de la filiación, debiendo confirmarse la sentencia de instancia que desestima la demanda, porque en el presente caso no se ha justificado que concurra ninguno de los vicios del consentimiento; en consecuencia, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida».

5. Antes de que se dictara la sentencia de apelación, el 30 de abril de 2014 , Raimundo solicitó otro informe realizado por Laboratorios Genética Clínica LabGenetics, que al parecer excluía a Raimundo como padre biológico de Teofilo . El informe fue emitido el 8 de mayo de 2014. Este documento, a pesar de que se disponía de él antes de la vista, que había sido señalada para el 12 de junio de 2014, no fue aportado al tribunal de apelación.

6. El día 3 de julio de 2014, Raimundo hizo una comparecencia en la Audiencia Provincial, en la que manifestó su intención de recurrir la sentencia de apelación. En esta comparecencia, alegó que disponía de aquel informe de 8 de mayo de 2014.

Designado letrado del turno de oficio, este desaconsejó al demandante interponer el recurso de casación o el extraordinario por infracción procesal. Y esperó a la firmeza de la sentencia para formular una demanda de revisión, fundada en el art. 510.1º LEC , en la recuperación de un documento nuevo (el informe de 8 de mayo de 2014).

## SEGUNDO

### Planteamiento de la revisión

1. Raimundo funda la revisión de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de junio de 2014 (JUR 2014, 244750) , en el motivo previsto en el art. 510.1º LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) . Entiende que «el informe pericial de investigación biológica y que lleva fecha de petición de 30 de abril de 2014, y generado el 8 de mayo de 2014, se obtuvo después de dictada la sentencia de primera instancia de 17 de julio de 2013 , y apenas mes y medio anterior a la sentencia de apelación, pero los efectos legales de dicho documento han precluido como prueba decisiva y su presentación ante la Sala hubiera sido procesalmente estéril e ineficaz a efectos de la filiación ya resuelta».

2. Los demandados no han comparecido y han sido declarados en rebeldía.

3. Por su parte, el Ministerio Fiscal informa a favor de la revisión. Parte de la consideración de que no pudo ser practicada la prueba biológica de paternidad, y argumenta en el siguiente sentido:

«se puede aplicar la doctrina contenida en la sentencia fecha 11/10/2007 , recodada en la STS de fecha 12/12/2014 (RJ 2014, 6655) , en las que tratándose de un

*documento aportado, prueba biológica de paternidad sobre ausencia de paternidad del demandante, si bien posterior a la sentencia impugnada, no podía estar a disposición de las partes en ningún caso...».*

### **TERCERO**

#### *Desestimación de la revisión*

**1.** *Debemos desestimar la demanda de revisión porque no se cumplen los requisitos exigidos por la ley para ello. El motivo de revisión invocado es el previsto en el ordinal 1º del art. 510 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) :*

*"si después de pronunciada -la sentencia-, se recobrasen u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado".*

*En relación con este motivo de revisión, es doctrina general contenida, entre otras en la sentencia 827/2013, de 27 de diciembre (RJ 2013, 8419) , lo siguiente:*

*«para que proceda la revisión de una sentencia firme por la causa primera del artículo 510 LEC , es necesario que los documentos se hubieran obtenido o, en su caso, recobrado, después de pronunciada la sentencia cuya rescisión se pretende; que no se hubiera podido disponer de ellos en el proceso en que recayó dicha sentencia, por causa de fuerza mayor o, en su caso, por obra de la parte en cuyo favor se hubiere decidido el conflicto; que se trate de documentos decisivos para el pleito, esto es, con valor y eficacia de resolverlo; y que la concurrencia de los requisitos expresados se pruebe por la parte demandante, a quien incumbe la correspondiente carga procesal ( sentencias 1102/2007, de 11 de octubre ; 16/2009, de 27 de enero ; 558/2009, de 6 de julio (RJ 2009, 6464) ; 304/2011, de 14 de abril ; 407/2012, de 4 de julio ; y 756/2012, de 13 de diciembre (RJ 2013, 1250) , entre otras muchas)».*

**2.** *En el presente caso, no estamos ante un documento posterior a la sentencia, como el propio demandante reconoce. Es un informe pericial, otra prueba biológica distinta de la aportada con la demanda, que fue solicitada por el demandante durante la tramitación de la apelación y obtenida un mes antes del día señalado para la vista del recurso. A pesar de ello, el informe no fue aportado, pudiéndolo haber sido.*

*Frente a la justificación del demandante de que no se aportó porque había precluido el momento de proponer pruebas, debemos recordar que el procedimiento de reconocimiento e impugnación de la filiación es un proceso especial, en el que se aplican de forma flexible las reglas sobre preclusión de alegaciones y admisión de medios de prueba ( arts. 752 y 767 LEC ).*

*De tal forma que en este caso, y a diferencia de los precedentes invocados, consta que el documento es anterior a la sentencia y que, además, pudo haber sido aportado a los autos antes de la vista de la apelación, en atención a las reseñadas características de este proceso especial. Todo lo cual impide que podamos reconocer a este documento la consideración de documento recobrado con posterioridad a la sentencia cuya revisión se solicita.*

**3.** *La desestimación de la demanda de revisión conlleva, conforme al art 516.2 LEC , la imposición de las costas a la parte demandante.*

## FALLO

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

*Desestimar la demanda de revisión formulada por Raimundo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22ª) de 24 de junio de 2014 (rollo 1478/2013 (JUR 2014, 244750) ). Se imponen las costas a la demandante. Líbrese a la Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.*

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

*Así se acuerda y firma.*

## **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2017:**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*PRIMERO. Doña Raimunda formuló demanda de adopción de medidas definitivas en las que, entre otras, solicitó se le atribuyera el uso de la vivienda familiar, CALLE000 n.º NUM000 , como progenitora custodia de su hija menor Zaira , nacida el NUM003 de 2008, debiendo abandonarla el padre, Don Justiniano . Dice doña Raimunda que durante los aproximadamente ocho años que han convivido como pareja en dicho domicilio ha formado parte de la familia, en los periodos que le correspondía, otra hija que el demandado tuvo de una unión anterior, la cual mantiene una estrecha relación con ella y con su hermana Zaira desde su nacimiento.*

*La oposición a esta medida por parte el demandado viene determinada por el perjuicio que la misma produciría a su otra hija menor, Victoria , nacida el NUM004 de 2000, fruto de una relación anterior, por ser el de esta hija el interés más necesitado de protección, y porque la vivienda es propiedad de sus padres, disponiendo doña Raimunda de otra vivienda adecuada a sus necesidades, también propiedad familiar.*

*La sentencia del juzgado dice que no se ha desplegado prueba suficiente de que el padre viva con la hija habida de la primera relación - Victoria -, y que está probado que la guarda y custodia se ha atribuido judicialmente a la madre, y no se ha cambiado.*

*Recurrida la sentencia en apelación por el padre, la Audiencia Provincial revocó esta medida de uso de la vivienda en el sentido de no atribuirlo a la hija Zaira y a su madre, por constituir el domicilio del padre en compañía de su hija Victoria .*

*Dice lo siguiente:*

«(...) este tribunal entiende que la vivienda que se debate se encuentra ubicada en la misma zona de Huelva capital en la que se encuentra aquella otra vivienda que constituía el domicilio de la demandante antes de iniciarse la convivencia con el demandado, CALLE001 , propiedad familiar, y de la que no niega pueda utilizarla, ni pone razones para considerarla inadecuada, estando el núcleo residencial con suficiente dotación de servicios y que satisface las necesidades de escolarización y desarrollo social de menores de corta edad, como ocurre con la vivienda que se debate ubicada en la CALLE000 . De modo que el uso de la vivienda que era familiar no tiene más sentido que se conceda a dicha parte, porque no se aprecia en ello un interés familiar preferente y necesitado de mayor protección (...)».

También añade lo siguiente:

(...) Este tribunal aprecia razones suficientes para no atribuir el uso de la vivienda que fue familiar a la parte demandante. Por las circunstancias de la situación, más que por el carácter ajeno del bien, unido a los actuales parámetros familiares de uno y otro progenitor, advertimos que dicha atribución del uso viene a entorpecer el desarrollo vital común de las hijas, custodia y comunicación entre ellas, en cuanto que si el uso del bien inmueble se atribuye a la menor Zaira se vería desplazada del mismo la otra hija menor del padre D. Justiniano , Victoria , hermana de Zaira y desfavorecidas ambas en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común (...) ».

SEGUNDO. Doña Raimunda formula recurso de casación que desarrolla en un único motivo, por infracción del artículo 96 del Código Civil (LEG 1889, 27) , al no atribuir la sentencia el uso de la vivienda a la hija menor común de las partes bajo cuya custodia ha quedado, lo que se opone la jurisprudencia de esta sala establecida en las sentencias de 28 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6048) , que a su vez cita las de 17 de junio (RJ 2013, 4375) y 17 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7255) .

Se desestima.

La sentencia 660/2014, de 28 de noviembre (RJ 2014, 6048) recuerda, y como tal reitera, que es doctrina de esta sala que:

«la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC ». Esta doctrina ha sido aplicada en sentencias anteriores, como la 236/2011, de 14 abril (RJ 2011, 3590) , 257/2012, de 26 abril y 499/2012 de 13 de julio .

Reitera también, con cita de la sentencia 426/2013, de 17 de junio (RJ 2013, 4375) que:

«El interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros».

Lo que pretende el artículo 96 del CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y

nivel de relaciones.

*Y no se infringe por lo siguiente:*

1.- *El artículo 96 del Código Civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos, lo que pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que se adapte a estas nuevas realidades. La aplicación analógica que ha hecho la sentencia, incardinando la medida de uso en el párrafo 2.º y no en el 1.º del artículo 96, es correcta: solo en caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y otro progenitor en la que ha existido una convivencia estable.*

2.- *Es cierto que el padre de Victoria no tiene atribuida la custodia de esta hija, hermana de vínculo sencillo de Zaira , que no es parte en este litigio. Es, sin embargo, hecho probado de la sentencia que la vivienda litigiosa ha constituido la residencia familiar estable de ambas niñas, su lugar de encuentro, durante periodos amplios, pese a no ser propiedad de ninguno de los progenitores, lo que ha permitido no solo una efectiva comunicación entre las hermanas de vínculo sencillo, sino cumplimentar una de las indicaciones en las que el Código Civil objetiva el interés del menor: procurar «no separar a los hermanos» (artículo 92.5 ).*

*Que las hijas sean de progenitoras distintas no debe dar lugar a que esta unión entre ambas quede desfavorecida mediante la atribución del uso a la parte recurrente a través del párrafo 1.º del artículo 96 del Código Civil , por ser la progenitora en cuya compañía queda la hija. No haciéndolo, se consigue mantener el encuentro entre Victoria y Zaira en la vivienda que fue de las dos puesto que si el uso se atribuye a Zaira y su madre, bajo cuya custodia queda, se vería desplazada la otra hija menor del padre y «desfavorecidas ambas en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común», lo que no es conforme con el interés familiar preferente y necesitado de mayor protección al entorpecer «el desarrollo vital común de las hijas, custodia y comunicación entre ellas» en los periodos de convivencia con el padre.*

3.- *Hay, además, otras circunstancias que impiden esta atribución del uso. Con reiteración ha dicho esta Sala que hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo ( sentencias 671/2012, de 5 de noviembre (RJ 2012, 10135) , 426/2013, de 17 de junio (RJ 2013, 4375) ).*

4.- *Existe en este caso otra vivienda en la misma zona, que constituyó el domicilio de la recurrente antes de iniciarse la convivencia con el demandado, propiedad familiar, y de la que no niega que pueda utilizarla, ni opone razones para considerarla inadecuada; vivienda con «suficiente dotación de servicios y que satisface las necesidades de escolarización y desarrollo social de menores de corta edad, como ocurre con la vivienda que se debate ubicada en la CALLE000 . De modo que el uso de la vivienda que era familiar no tiene más sentido que se conceda a dicha parte, porque no se aprecia en ello un interés familiar preferente y necesitado de mayor protección».*

5.- *La sentencia 695/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6839) estableció la doctrina siguiente: «El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello*

*siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos».*

*Pues bien, la vivienda que fue familiar de esta segunda relación es propiedad de los padres del demandado, por lo que atribuir su uso a la hija y a la madre que ostenta la guarda y custodia, «corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario...Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda» ( sentencias 695/2011, de 10 de octubre (RJ 2011, 6839) ; 596/2015, de 30 de octubre (RJ 2015, 5044) , 279/2016, de 28 de abril (RJ 2016, 2216) ).*

*TERCERO. .- Conclusión de lo que se expone: la sentencia ha valorado de una forma correcta el interés de las menores, que es lo que debe primar en este caso, y ha dado adecuada y justa repuesta a un problema complejo vinculado al uso de la vivienda familiar que, necesariamente, esta sala debe compartir,*

*Se desestima el recurso y se imponen las costas a la parte recurrente, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).*