



Roj: STS 1182/2012
Id Cendoj: 28079110012012100096
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1840/2010
Nº de Resolución: 73/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª por **Dª Elisenda**, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Gema Mañez Ibañez, contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y Sección, el día 20 de julio de 2010 en el rollo de apelación 374/2010, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia, en los autos sobre impugnación de filiación nº 391/2008-C. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dª Mª Cristina Moneva Arces, en nombre y representación de Dª Elisenda, en concepto de parte recurrente. Asimismo, el Procurador D. Jorge Deleito García, se personó en nombre y representación de D. Melchor en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia, interpuso demanda sobre impugnación de la filiación de D. Rubén, D. Melchor, contra Dª. Elisenda y D. Rubén. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... dicte sentencia declarando que el actor, D. Melchor no es progenitor de Rubén, con todos los efectos legales inherentes, incluidos la inscripción de la Sentencia en el Registro Civil, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada dada su mala fe"*. Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, compareciendo el Ministerio Fiscal, mediante el oportuno escrito, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"...por contestada la demanda y, en su día, dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas"*.

La representación de Dª. Elisenda, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... se dicte Sentencia por la que se declare la desestimación de la demanda, por caducidad de la acción y todo ello con expresa condena de las costas del presente procedimiento al actor, junto a lo demás que en derecho proceda"*.

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados y solicitada por las partes la práctica de la prueba pericial biológica y así acordada, se llevó a cabo la misma con el resultado que obra en las actuaciones, habiéndose señalado a continuación para la celebración del juicio, en el que comparecieron todas las partes personadas y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 13 dictó Sentencia, con fecha 5 de octubre de 2009, y con la siguiente parte dispositiva: *" QUE DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por D. Melchor contra el menor Rubén, actuando a través de su madre Dª Elisenda, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma, absolviendo a la referida parte demandada de todos los pedimentos formulados en su contra, y con expresa imposición al actor de las costas del procedimiento"*.

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Melchor. Sustanciada la apelación, la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó Sentencia, con fecha 20 de julio de 2010, con el siguiente fallo: *" Ha decidido: Primero.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la*

representación procesal de D. Melchor . Segundo.- Revocar la sentencia de instancia para , en su lugar, y con estimación de la demanda declarar que el actor Melchor no es progenitor de Rubén , con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración incluida la inscripción de la sentencia en el Registro Civil. Sin expresa imposición de las costas de la instancia. Tercero.- No hacer imposición de las costas de esta alzada".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D^a Elisenda , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por la Procuradora D^a Gema Mañez Ibañez, lo formalizó al amparo del nº 3º del apartado 2 del art. 477 de la LEC , articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del art. 136 del CC en lo relativo a la caducidad de la acción.

Segundo.- Infracción de Jurisprudencia de esta Sala de 17/10/2008 y 16/10/2008 y 03/10/2008.

Tercero.- Vulneración de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad. Sentencias del TC de 26 de mayo nº 138/2005 y de 9 de junio nº 156/2005 , en relación con la doctrina del Tribunal Supremo, en sentencias de 16/10/2008 y 17/10/2008 .

Cuarto.- Infracción del art. 39 de la Constitución y art. 9.3 y 2 de la Constitución e Infracción del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor.

Por resolución de fecha 26 de octubre de 2010, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora D^a M^a Cristina Moneva Arces, en nombre y representación de D^a Elisenda , en concepto de parte recurrente. Asimismo se personó el Procurador D. Jorge Deleito García, se personó en nombre y representación de D. Melchor en concepto de parte recurrida.

Admitido el recurso por auto de fecha 24 de mayo de 2011 , y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Jorge Deleito García, en nombre y representación de D. Melchor , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

El Ministerio Fiscal, presentó escrito impugnando los motivos del recurso de casación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el uno de febrero de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion **Roca** Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos.

1º D. Melchor y D^a Elisenda se casaron en 1992. Después de un corto periodo de separación de hecho y una vez reanudadas las relaciones, nació el hijo Rubén , el 22 octubre 1998.

2º Se dictó sentencia de separación, a demanda de la esposa, el 4 noviembre 2002 . En ella se atribuyó la guarda y custodia a la madre y se estableció un régimen de visitas del padre, que fue modificado por sentencia del juzgado de 1ª instancia nº 26 de Valencia, de 7 noviembre 2005 , limitando las visitas a la intervención en el punto de encuentro familiar, al producirse un incumplimiento que entrañaba riesgos para el menor

3º Entre 19 y 20 febrero 2008, se emiten unos mensajes vía SMS enviados por la madre del menor a la actual pareja sentimental del padre, en los que, entre otras cosas, se decía que el niño tenía familia, que tenía un padre biológico y "si quieres un ADN háztelo", entre otras frases.

4º En 4 septiembre 2008, D. Melchor demandó a D^a Elisenda , ejercitando la acción de impugnación de la filiación matrimonial y pidiendo que se efectuara la prueba pericial biológica.

D^a Elisenda contestó la demanda alegando los hechos que tuvo por conveniente; se negó a efectuar la prueba pericial e interpuso la excepción de caducidad de la acción.

Figura en los autos el resultado de la prueba biológica que excluye de manera radical la paternidad del demandante.

5º La sentencia del juzgado de 1ª instancia nº 13 de Valencia, de 5 octubre 2009 , desestimó la demanda. Dijo que procedía desestimar la acción por caducidad, de acuerdo con el Art. 136.1 CC , porque "[...] ha quedado suficientemente acreditado en las actuaciones que el actor, desde mucho antes del año anterior a la presentación de la demanda, debía tener serias y constantes dudas sobre su propia paternidad biológica,

y sin que, por lo demás, el contenido de los mensajes telefónicos remitidos por la madre del menor presenten la más elemental habilidad para alterar e incrementar de forma sustancial el grado de conocimiento que sobre su eventual falta de paternidad ya tenía el actor con anterioridad".

6º El demandante apeló la anterior sentencia, que fue revocada por la SAP, sección 10 Valencia, 20 julio 2010 . Los argumentos se resumen a continuación: **a)** la prueba biológica excluyendo la paternidad del apelante D. Melchor es concluyente; **b)** existieron dudas acerca de la paternidad legalmente determinada, que se remontaron a la propia concepción y que "fueron acalladas por la esposa afirmando su paternidad"; **c)** ante las diferentes opiniones en relación a la interpretación del Art. 136.1 CC después de la STC 138/2005 , "[...] esta Sala prefiere seguir el criterio mantenido en ocasiones por el Tribunal Supremo (SSTS de 30 enero 1993 , 31 octubre 1997) que no ha tomado en consideración la existencia del plazo formalmente establecido, sino el respeto a la verdad biológica que constituye el fundamento de la vigente regulación española sobre la materia y que se encuentra reconocido en el propio Texto constitucional (Art. 39.1)" , y **d)** "ha habido poca convivencia conyugal y no puede decirse que el estado matrimonial del hijo esté consolidado, baste para ello ver la suspensión operada de las visitas desde hace más de tres años y el poco contacto habido entre padre e hijo desde la separación legal de sus progenitores. Todas estas razones unidas al propio interés del menor a quien no le conviene la situación actual en la que en lugar de padre no dispone sino de un alimentante, en los estrictos términos de la obligación jurídicamente impuesta", llevan a la estimación del recurso de apelación.

7º Dª Elisenda interpone recurso de casación, al amparo del Art. 477.2 LEC , admitido por ATS de 24 mayo 2011 .

El Ministerio Fiscal impugna los cuatro motivos del recurso de casación.

SEGUNDO. El recurso se encuentra dividido en cuatro motivos, pero en realidad existe un único argumento, relativo al inicio del plazo de caducidad de la acción para impugnar la paternidad. Por ello, se van a resumir a continuación los motivos, para luego efectuar una argumentación conjunta.

Motivo primero . Infracción del Art. 136 CC , en lo relativo a la caducidad de la acción. La sentencia recurrida da un mayor valor a la prueba biológica que a la caducidad de la acción, que se ejercitó fuera del plazo establecido en el Código. Por ello la sentencia recurrida no aplica correctamente las SSTS de 30 enero 1993 y 31 octubre 1997 , porque el plazo debe entenderse que corre a partir del momento en que el presunto padre tuviera conocimiento o sospechas fundadas de su falta de paternidad.

Motivo segundo . Infracción de las SSTS de 17 octubre 2008 , 16 octubre 2008 y 3 octubre 2008 . En todas ellas se dice que debería prevalecer la verdad material sobre la formal, pero con base en los principios de seguridad jurídica en las relaciones familiares, de estabilidad en el estado civil de las personas y del interés superior de los menores, se debe mantener la caducidad, aunque matizándose el Art. 136.1 CC , de acuerdo con la STC 138/2005 , en el sentido que el "dies a quo" será aquel en que el progenitor tenga o pueda tener conocimiento de que él no es el padre, no anulándose, por tanto, la figura de la caducidad. La acción ejercitada está sujeta al plazo de caducidad de un año a contar desde que el padre tuvo conocimiento del hecho impeditivo a su paternidad, por lo que al interponer la demanda, dicha acción había ya caducado.

Motivo tercero. Vulneración de la doctrina del TC en materia de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad, contenida en las SSTS 138/2005, de 26 mayo y 156/2005, de 9 junio , en relación con las SSTS de 17 y 16 octubre 2008. La sentencia recurrida contradice todos los argumentos dados por la doctrina mencionada.

Motivo cuarto . Infracción del Art. 39 CE y el Art. 9.3 y 2 CE , del Art. 2 LO 1/1996 , de protección jurídica del menor.

TERCERO. La STC 138/2005, de 26 mayo , declaró inconstitucional el párrafo primero del Art. 136 CC , tal como quedó redactado por ley 11/1981, de 13 mayo, "en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro civil" (asimismo STC 156/2005, de 9 junio). Entre sus argumentos, figura el que se reproduce: "[...] el enunciado legal, al referirse tan solo al marido que desconoce el nacimiento del hijo, entraña la exclusión a contrario de quien, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, sin embargo desconoce su falta de paternidad biológica, quedando de este modo al margen de la previsión legal" . Por ello, la STC que declaró inconstitucional el Art. 136.1 CC , dice que esta exclusión, "tiene como consecuencia una imposibilidad real de ejercitar la acción impugnatoria por el marido que adquiere conocimiento de ambos datos -el nacimiento del hijo inscrito y que no es progenitor biológico- son presupuestos ineludibles no ya para el éxito de la acción impugnatoria de la

paternidad matrimonial, sino para la mera substanciación de la pretensión impugnatoria.[...] la imposibilidad de ejercitar la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial mientras falte un principio de prueba, que solo puede aportarse si existe el previo conocimiento de la discrepancia del Registro civil con la verdad biológica, aboca al principio acciones nondum notae nondum praescribuntur (Art. 1969 CC)".

Esta doctrina había sido ya aplicada por esta Sala antes de la decisión constitucional, de tal manera que la sentencia citada considera que a pesar de ello, debía pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de dicho artículo (SSTS 30 enero 1993 , 276/2001, de 23 marzo , 1140/2002, de 3 diciembre y 825/2003 , de 15 septiembre).

Con posterioridad a la sentencia del Tribunal constitucional, esta Sala ha centrado el problema en la determinación del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial, porque el ejercicio de dicha acción sigue estando sometido a un plazo de caducidad, aunque lo que ha cambiado, al ser declarado inconstitucional, es el día de inicio del plazo, que ahora se coloca en la existencia de un principio de prueba, conocido por la parte impugnante, porque de otra forma, la presunción de paternidad, inicialmente *iuris tantum*, pasaría a convertirse en *iuris et de iure* , lo que no parece haber querido la ley. En este sentido se pronuncian las SSTS 915/2008, de 3 octubre , 919/2008, de 16 octubre y 924/2008, de 17 octubre .

CUARTO. En aplicación de esta jurisprudencia, debe considerarse que el principio de prueba del que debe partirse como momento de fijación del *dies a quo* en este caso es la manifestación de la propia recurrente, mediante el envío de diversos SMS, en los que comunicó a su ex marido la no paternidad y le recomendó que efectuara una prueba de ADN, con lo que daba a entender claramente que no era el padre. Es a partir de este momento que empieza a correr el plazo de caducidad de la acción de impugnación, porque si bien es cierto que el ahora recurrido había manifestado con anterioridad una serie de dudas, nunca se materializaron. Es de remarcar también que la recurrente, después de proporcionar ella misma el principio de prueba que determinaba el inicio del plazo para fijar la caducidad, se negó a efectuar la prueba biológica, que finalmente se llevó a cabo.

Por todas las razones expuestas, se desestiman los motivos primero, segundo, tercero y cuarto del recurso.

QUINTO. La desestimación de todos los motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a. Elisenda contra la SAP, sección 10, de Valencia, de 20 julio 2010 , determina la de su recurso de casación.

Procede imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo establecido en el Art. 398.1 LEC .

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a. Elisenda contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10^a, de 20 julio 2010, en el rollo de apelación nº 374/2010 .

2º No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3º Se imponen a la parte recurrente, las costas

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayon Cobos .-** **Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion **Roca** Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.