



Roj: STS 2995/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2995
Id Cendoj: 28079119912016100015
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 1957/2015
Nº de Resolución: 441/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

CASACIÓN/1957/2015

CASACIÓN núm.: 1957/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 441/2016

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. **Eduardo Baena Ruiz**

D. Pedro José Vela Torres

D. Fernando Pantaleón Prieto

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En Madrid, a 30 de junio de 2016.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2014 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el rollo de apelación nº 693/2013, dimanante de los autos de juicio de filiación nº 44/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de DIRECCION000 .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente doña Encarna , representada por el procurador don Miguel Torres Álvarez.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida don David , representado por la procuradora doña Mónica de la Paloma Fente Delgado.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña Amparo González Martínez, en nombre y representación de doña Encarna , formuló demanda de juicio verbal sobre reclamación de filiación no matrimonial e impugnación de filiación matrimonial, contra don Gines y contra don David . En el suplico de la demanda solicitaba al Juzgado dictase sentencia por la que se declare:

«1º) que el padre biológico de la menor Miriam , es don Gines , con las consecuencias legales inherentes a dicha filiación.

2º) Que consecuentemente don David , no es el padre biológico y real de la menor, por lo que se declare la nulidad del reconocimiento efectuado por el mismo, sobre la filiación realizada en su día, con la subsiguiente cancelación de los asientos registrales correspondientes.

3º) Se condene a pagar las costas del presente procedimiento a los demandados si de manera infundada se opusieran a la presente demanda.»

2.- Por Decreto de 1 de febrero de 2011 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora doña María del Carmen Cobas González en nombre y representación de don David contestó a la demanda formulada de contrario y formuló reconvenición, suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que:

«...desestimándose la demanda principal, se acuerde el mantenimiento de los pronunciamientos contenidos en el auto de Medidas Provisionales dictados por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de DIRECCION000 , en autos nº 486/2010, reproducidos literalmente en el hecho cuarto de esta demanda. Todo ello, con expresa imposición de costas a los reconvenidos.»

4.- El demandado Gines fue declarado en situación de rebeldía procesal.

5.- El Juzgado de Primera Instancia nº 11 de DIRECCION000 dictó sentencia el 17 de noviembre de 2011 con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo inadmitir e inadmito la demanda formulada por Encarna en representación de la menor Miriam contra Gines y David , al no cumplirse los requisitos de admisibilidad exigidos por el artículo 156.2º CC .»

6.- La anterior resolución fue revocada por Auto de 1 de junio de 2012 dictado por la Audiencia Provincial de Pontevedra, que acordó retrotraer las actuaciones al momento de dictarse dicha sentencia.

7.- El Juzgado dictó nuevamente sentencia el 20 de julio de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Que estimando la demanda formulada por Encarna (en representación de la menor Miriam) contra Gines y David , debo declarar y declaro:«

»1. Que el padre biológico de la menor Miriam , es Gines , con las consecuencias legales inherentes a dicha filiación.«

»2. Que consecuentemente David ,no es el padre biológico de la menor, anulándose por ello el reconocimiento de dicha filiación efectuado por el mismo ante el Registro Civil, con la subsiguiente cancelación de los asientos registrales correspondientes.«

»Una vez firme esta Sentencia, remítase testimonio al encargado del Registro Civil donde está inscrito el nacimiento de Miriam (DIRECCION000), y ello a los efectos oportunos.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación de don David , interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia correspondiendo su resolución a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra que dictó sentencia el 20 de julio de 2012 con la siguiente parte dispositiva:

«Que con acogida del recurso de apelación promovido por don David representado por la procuradora Sra. Cobas González contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia nº. 11 de

DIRECCION000 el día 20 de julio de 2012, desestimamos la demanda rectora de esta litis, sin hacer un especial pronunciamiento sobre las costas procesales de ninguna de las dos instancias.»

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación .

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Encarna , con base en los siguientes motivos:

Primero: se invoca la infracción del art. 39.2 CE

Segundo: se invoca la infracción del art. 138 CC

2.- La Sala dictó Auto el 4 de noviembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Encarna contra la Sentencia dictada con fecha de 25 de septiembre de 2014 por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 6ª), en el rollo de apelación nº 693/2013, dimanante de los autos de juicio de filiación nº 44/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de DIRECCION000 .»

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso.

4.- La representación procesal de don David se opuso al recurso formulado de contrario.

5.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 27 de abril de 2016. Por providencia de 4 de abril de 2016, se acordó suspender el señalamiento, pasando a conocimiento del Pleno de la Sala el 18 de mayo, en que ha tenido lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido debido a la especial complejidad del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

1.- Doña Encarna , actuando en defensa de los intereses de su hija Miriam , en su condición de representante legal de la menor, formuló demanda de juicio verbal sobre reclamación de filiación no matrimonial contra don Gines , con domicilio en la ciudad de DIRECCION002 , en DIRECCION003 , pero a efectos de notificaciones en DIRECCION000 , TRAVESIA000 , NUM000 - NUM001 , y de impugnación de filiación matrimonial contra don David .

2.- La fundamentación de partida del ejercicio de tales acciones de filiación, recogida en la demanda, es que la menor es hija en realidad del codemandado don Gines , y no de don David , como consta en el Registro Civil de DIRECCION000 , y que, en consecuencia, existe interés digno de protección jurídica y amparado por la Ley, de que se declare la paternidad para lograr plena coincidencia entre la paternidad biológica y la jurídica.

3.- Jurídicamente se alega que: (i) la hija, durante toda su vida, actuando ahora a través de representante legal, en este caso, su madre biológica y a la vez formal, que comparece en interés de la menor, puede ejercitar la acción de reclamación de paternidad; (ii) complementariamente procede que ejercite la acción de impugnación de filiación, para conseguir la cancelación del asiento contradictorio obrante en el Registro Civil y de ese modo hacer coincidir la paternidad biológica y la jurídica; (iii) la jurisprudencia ha considerado en tales supuestos que la acción de impugnación es accesoria e instrumental en relación con la de reclamación de la paternidad, que es imprescriptible, y no se le puede aplicar a aquélla el plazo de caducidad del artículo 140 CC , previsto para las acciones de impugnación ejercitadas de forma aislada.

4.- La fundamentación fáctica es la siguiente: (i) el 21 de septiembre de 2006 marchó a DIRECCION003 en donde mantuvo una relación sentimental con don Gines , al que ya conocía desde el año 2004, relación que duró aproximadamente dos meses; (ii) el 28 de noviembre 2006, ya en estado de gestación, fruto de sus relaciones con don Gines , marchó a España, en donde ella, cuyo país de origen es DIRECCION001 , ya había residido en el año 2006, y concretamente en el mes de julio de ese año conoció a don David ; (iii) tras regresar a España el 28 de noviembre de 2006 inició con don David una relación sentimental, presidida por la *affectio maritalis*, que culminó en matrimonio civil, celebrado en DIRECCION000 el 3 de abril de 2009; (iv) comentó a don David la relación que había mantenido con don Gines y que fruto de ella se encontraba embarazada; (v) la menor Miriam nació el NUM002 en DIRECCION000 ; (vi) don David no sólo la apoyó en su embarazo sino que aceptó reconocer a Miriam como hija suya y así se inscribió en el Registro Civil de DIRECCION000 ; (vii) a consecuencia de disputas y desavenencias de pareja decidieron poner fin al

matrimonio mediante el oportuno procedimiento de divorcio, habiéndose dictado el 28 de julio de 2010 auto de medidas provisionales, acordándose, entre otras, las referentes a las relaciones de don David con la menor; (viii) ella, y como reconocimiento al cariño que don David profesa a la menor Miriam, prestó su consentimiento a que pudiera visitarla, pero sin sometimiento a un régimen de visitas, pues sería admitir una circunstancia que no es tal, y él conoce mejor que nadie.

5.- Como corolario de todo ello solicitó que se declarase: (i) Que el padre biológico de la menor Miriam es don Gines. (ii) Que consecuentemente don David no es el padre biológico y real de la menor, por lo que se declare la nulidad del reconocimiento efectuado por el mismo, sobre la filiación realizada en su día.

6.- La fecha de entrada de la presentación de la demanda fue el 17 de enero de 2011.

7.- Don David, a través de su representación procesal, contestó a la demanda oponiendo, con carácter previo, las excepciones de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad y la de improcedencia de la acumulación de acciones.

En cuanto a los hechos, y como relevante a los efectos del recurso, alegó lo que sigue: (i) no niega que el padre biológico de Miriam sea don Gines; (ii) no hubo error en el reconocimiento, que se efectuó en compañía de la progenitora demandante que demostró su plena conformidad; (iii) no puede invocarse el interés de la menor cuando con ese cambio jurídico de la paternidad se privaría a ésta del que desde su nacimiento hasta la fecha se ha comportado como auténtico padre de la misma y no sólo él sino toda la familia paterna, tíos y abuelos, mientras que el padre biológico no conoce a la niña, ni él ni su familia, y jamás ha desempeñado ninguna de las obligaciones derivadas de dicha paternidad ni declara su intención de hacerlo en el acta notarial que se acompaña; (iv) no se niega el derecho de la menor de conocer y saber quién es su padre y, teniendo en cuenta que la acción de reclamación de la paternidad es imprescriptible para ella, podrá ejercitarla durante toda su vida, por lo que ningún daño se le ocasiona si se le niega a la madre que la ejercite en nombre y representación de ella; (v) no se trata de que don David aceptase simplemente con toda su buena fe reconocer a la niña como hija suya sino que él y toda su familia acogieron a Miriam como hija, nieta y sobrina respectivamente ejerciendo todas las obligaciones derivadas de dicha paternidad, ocupándose del cuidado y manutención de la niña y existiendo entre ambos un verdadero afecto filial que, de verse interrumpido bruscamente, ocasionaría a ambos graves perjuicios psicológicos y colocaría a la menor en una situación de desasosiego y pérdida de entorno familiar; (vi) lo cierto es que la menor cuenta desde su nacimiento con un padre que ha ejercido todas sus obligaciones como tal, disfruta de un entorno familiar estable que le proporciona la familia de don David y reconoce a éste y a su familia como la única con la que cuenta, ya que ningún contacto ha tenido ni con la familia materna ni con la del padre biológico; (vii) la menor en la actualidad se relaciona con don David y su familia en los términos establecidos en el auto dictado por el Juzgado e incluso con más extensión cuando la madre hace viajes, y si prosperase la pretensión de ésta se encontraría únicamente en compañía de su madre sin una figura paterna ni un entorno familiar estable, pero con la coincidencia registral entre su realidad biológica y su realidad legal. ¿Sería ese el verdadero interés de la menor o sería más sensato pensar que el interés de una niña de tres años es tener un padre y una familia?.

8.- El demandado don David terminó solicitando la desestimación de la demanda y, además, interpuso demanda reconvenzional para que se acordase el mantenimiento de los pronunciamientos contenidos en el auto de medidas provisionales dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de DIRECCION000.

9.- El demandado don Gines, tras no poder ser emplazado en el domicilio de DIRECCION000 que indicó la parte demandante para recibir notificaciones, fue emplazado por edictos y, al no contestar a la demanda, fue declarado en rebeldía.

10.- El Juzgado de Primera Instancia número 11 de DIRECCION000 dictó sentencia el 17 de noviembre de 2011 por la que inadmitía la demanda por no cumplir los requisitos de admisibilidad exigidos por el artículo 156.2º CC.

La motivación fue la que sigue: (i) la acción de reconocimiento y simultánea impugnación de filiación es ejercitada por la madre no en su propio nombre, sino como representante legal de su hija menor de edad; (ii) a tenor de lo dispuesto en el artículo 162 CC la representación legal corresponde no sólo a la madre que ejercita la presente acción sino también a don David, por cuanto al momento de presentación de la demanda ambos ostentan la patria potestad sobre la menor; (iii) por tanto se está ante el ejercicio de una acción derivada de la patria potestad, en que existe desacuerdo entre ambos progenitores, supuesto en que, conforme al artículo 156.2 CC, el juez habría de atribuir sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre; (iv) como así no se ha efectuado, falta un requisito esencial para la admisibilidad de la demanda.

11.- La citada sentencia fue objeto de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora, del que conoció la Sección número 6 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que dictó auto el 1 de junio de 2012 estimatorio del mismo. Motivó su decisión en que el artículo 156 CC no regula ningún requisito de admisibilidad de la demanda cuando se ejercita una acción de reclamación de filiación. Presentada la misma frente a quien se designa padre biológico, la intervención en el procedimiento de quien consta formalmente en el Registro Civil como progenitor, lo es a virtud de la presentación de la subordinada acción de impugnación de paternidad, ya que de acuerdo con el artículo 134 CC el ejercicio de la acción de reclamación permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria. Y la oposición (o desacuerdo) con la pretensión de la demandante que muestra el ahora demandado se canaliza a través del procedimiento prevenido en los artículos 764 y siguientes LEC, que en ningún caso, hacen referencia a la sedicente necesidad de una previa decisión judicial.

12.- Recibidas las actuaciones ante el Juzgado de Primera Instancia, se dicta una nueva sentencia con fecha de 20 de julio de 2012 en la que se determina, con carácter previo, que: «Sin perjuicio de entender que el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, no resuelve la cuestión planteada en la sentencia ya dictada en los presentes autos, cual es la necesidad de determinar a cuál de los dos progenitores debería corresponder la representación legal de la menor, a los efectos del ejercicio de la presente acción», pues el padre registral detenta también la patria potestad sobre la menor, «en ejecución de lo ordenado por la Audiencia Provincial, procede entrar a valorar el fondo de la controversia planteada». En consecuencia, la sentencia estima la demanda formulada al considerar, sustancialmente, que la filiación biológica no había sido discutida existiendo, además, prueba biológica de paternidad.»

13.- Frente a la citada resolución se formuló recurso de apelación por el padre registral demandado.

La Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, mediante sentencia de fecha de 25 de septiembre de 2014, acoge el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, con desestimación de la demanda.

Con carácter previo, la sentencia de la Sala de apelación, resuelve sobre la alegación de la falta de resolución judicial previa acerca de cuál de los padres le correspondería la facultad de ejercitar las acciones, determinando que «sin necesidad de más amplias y complejas consideraciones» la alegación debe desestimarse por afectarle la "cosa juzgada" al haber sido ya resuelta en auto precedentes de 1 de junio de 2012, en el que se decidió, descartando que fuera necesaria una decisión judicial precedente, que se dictara nueva sentencia «entrando en el núcleo del asunto».

Seguidamente, la Sala *a quo* sostiene que, si bien existe una línea doctrinal de la Sala Primera del Tribunal Supremo tendente a dar prevalencia a la verdad biológica, entiende que son más sólidas y de mayor peso específico las razones que amparan la tesis de la irrevocabilidad del reconocimiento de complacencia, de acuerdo con el sentido del voto particular formulado a la STS de 4 de julio de 2011 que transcribe.

Considera la Audiencia Provincial, en definitiva, como argumentos en contra de la impugnación de la filiación determinada por reconocimiento: la doctrina de los actos propios, la interdicción de que un acto quede al arbitrio de una de las partes que lo otorga, la seguridad y la indisponibilidad del estado civil, y el propio interés del menor, y añade: «*el bien de la hija está precisamente en el mantenimiento de la paternidad que se impugna, tal y como ha quedado sentado, atendiendo la actora a intereses puramente particulares y ajenos a aquel prioritario designio legal y jurisprudencial, resultando inadmisibile que quien ha dado su consentimiento libre y solemne al reconocimiento de complacencia del padre no biológico pueda retractarse y eludir las consecuencias del reconocimiento, cuando le convenga y aunque le perjudique a la hija*».

14.- Frente a la citada resolución se interpone recurso de casación por la parte actora, madre de la menor, articulando el recurso en dos motivos. Alega la parte la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, en concreto, de las SSTS de 12 de julio de 2004, de 5 de diciembre de 2008 o de 19 de julio de 2012. Sentencias en las que se vendría a dar prevalencia a la verdad biológica, con reconocimiento de la impugnación de la filiación realizada por reconocimiento de complacencia.

En el motivo primero de recurso se invoca la infracción del art. 39.2 CE por su implicación en la sentencia que se recurre. Considera la recurrente que, en el caso examinado, debería de partirse de un hecho incuestionable de quién es el padre biológico de la menor, por lo que entiende que atribuir a ésta una paternidad no real entraría en contradicción con el precepto constitucional citado, y añade: «*La verdad biológica como hecho determinante de la filiación, se impone sobre otras consideraciones, a la vista de tal precepto, que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, que incidiría en la anomalía de atribuir la patria potestad sobre Miriam a quién no es su progenitor*».

Por su parte, en el motivo segundo, se invoca la infracción del art. 138 CC por su inaplicación en la sentencia que se recurre, en contra del criterio mantenido en la Sala Primera del Tribunal Supremo expresado en las sentencias citadas.

15.- La Sala dictó auto el 4 de noviembre de 2015 admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, se opuso al mismo la parte recurrida.

16.- En su informe el Ministerio Fiscal considera, con cita de las resoluciones recaídas en el procedimiento, que el recurso debe de ser estimado.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Acciones ejercitadas.

1.- La Sala se ve obligada a hacer esta previa consideración sobre las acciones ejercitadas, ya que la sentencia recurrida, con una clara intención, loable pero procesalmente errónea, de salvaguardar el interés de la menor, introduce como razón de decidir (*ratio decidendi*) de su resolución la impugnación del reconocimiento de complacencia, contradiciéndose el Tribunal con lo razonado previamente, pues esta acción, como ahora expondremos, en ningún momento se ejercita como autónoma.

2.- La actora, según hemos recogido en el resumen de antecedentes, deja claro que, como representante legal de su hija y en interés de ella, ejercita una acción de reclamación de paternidad, pero que, complementariamente, ejercita la acción de impugnación de filiación matrimonial por mor de lo dispuesto en el artículo 134 CC, toda vez que se reclama una filiación que contradice la inscrita. Deja sentado más adelante que no se trata del ejercicio de una acción de impugnación de filiación de forma aislada y, por tanto, no le será de aplicación el plazo de caducidad del artículo 140 CC. La ejercitada es accesoria e instrumental en relación con la de reclamación de la paternidad, citando jurisprudencia de la Sala sobre tal acumulación. La Audiencia Provincial así lo reconoce en el auto de 1 de junio de 2012, resolutorio del recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 17 de noviembre de 2011 por el que se inadmitió la demanda. Recoge la resolución citada de la Sección Sexta de la Audiencia que la intervención en el procedimiento de quien consta formalmente en el Registro Civil como progenitor lo es a virtud de la presentación de la «subordinada» acción de impugnación de paternidad, y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 134 CC.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 20 de julio 2012, al decidir sobre las acciones ejercitadas, y dando respuesta a las excepciones opuestas por el demandado personado, razona que, aunque no exista controversia sobre la acción de reclamación de paternidad, no puede obviarse y decidir sólo sobre la de impugnación para declarar que se encuentra caducada, pues ello sólo permitiría anular la inscripción de la menor en el Registro Civil como hija de David, pero no permitiría por sí sola la inscripción de la filiación a favor del demandado Gines; para lo que resulta imprescindible el ejercicio de la acción de reclamación.

La sentencia recurrida, en el fundamento de derecho tercero, motiva la acumulación de la acción de reclamación de la paternidad con la de impugnación de la filiación matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 CC, citando jurisprudencia sobre el carácter accesorio de ésta respecto de aquella y, sin embargo, de forma sorprendente, contradiciendo lo anteriormente afirmado, enjuicia con el carácter de principal, para desestimar la demanda, la acción de impugnación de reconocimiento de complacencia, que no era la ejercitada, quedando en la práctica como accesoria de ella la de reclamación de la paternidad.

Ello ha tenido un efecto perturbador para el recurso de casación que, en su segundo motivo, considera infringido el artículo 138 CC, así como en el informe del Ministerio Fiscal.

Por tanto, debe quedar claro que la menor, a través de su madre como representante legal de ella, ejercita una acción de reclamación de la paternidad no matrimonial y otra accesoria y subordinada de impugnación de filiación matrimonial. Si ésta última se desestima, tendría que haber un pronunciamiento desestimatorio de la primera, en evitación de contradicciones sobre la filiación. Sin embargo, se ignora por qué se desestima la acción de reclamación de la paternidad, teniendo en cuenta que quien ejercita la acción es la menor.

Ello conduce al núcleo del debate, atisbado por el juzgador de la primera instancia, pues la sentencia recurrida en la letra B del fundamento de derecho séptimo, parece hacer descansar su decisión en la contradicción de intereses entre la madre y la hija menor de edad a la que representa, afirmando que el bien de ésta se encuentra precisamente en el mantenimiento de la paternidad que se impugna, atendiendo la actora a intereses puramente particulares. Confundiéndose en que la acción no la ejercita la actora en nombre propio sino en representación de su hija, niega la sentencia recurrida que «quien ha dado su consentimiento

libre y solemne al reconocimiento de complacencia del padre no biológico pueda retractarse y eludir las consecuencias del reconocimiento, cuando le convenga y aunque perjudique a la hija».

TERCERO.- Acciones de filiación e interés del menor.

1.- La sentencia de 3 de diciembre de 2014, Rc. 1946/2013 , contiene una serie de consideraciones relacionadas con las acciones de filiación y el interés de los menores o de los hijos, aunque el supuesto de hecho difiera del aquí enjuiciado, pues se refiere a la legitimación del progenitor sin posesión de estado para ejercitar la acción de filiación. Si la traemos a colación es para extraer de ella principios generales que inspiran el ejercicio de tales acciones. Las consideraciones son las siguientes:

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

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

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

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

El peligro que sobrevuela con esta evolución favorable al progenitor es el de irrumpir en una realidad familiar ya asentada y, de ahí, el que se exija al legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, que regule el ejercicio de tales acciones en evitación de que se ponga en peligro la seguridad familiar. Las sentencias del TC al respecto, por lo que aquí interesa, fueron la 138/2005, de 26 de mayo de 2005 , y la 273/2005, de 27 de octubre de 2005 .

Esta última razonaba:

«...Pues bien, a la hora de plasmar el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad, en el concreto extremo de la determinación de la filiación, el legislador pretendió reflejar en la regulación introducida en el Código Civil por la Ley 11/1981 dos criterios encontrados: «De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco. E intentando

equilibrar estos dos criterios, se confería especial relevancia a la posesión de estado, 'tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen (exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código Civil)... «

»...De esta forma, el Código Civil establece una amplia legitimación ("cualquier persona con interés legítimo") para reclamar la filiación manifestada por una constante posesión de estado (artículo 131), esto es, cuando existe una situación en la que, pese a no contar con una paternidad o maternidad no matrimonial reconocida formalmente, se tiene el concepto público de hijo con respecto al padre o la madre, formado por actos directos de éstos o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (SSTS de 10 de marzo y 30 de junio de 1988), situación que también se ha identificado doctrinalmente a través de la concurrencia de alguno de los requisitos de *nomen, tractatus y fama o reputatio* ...«

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

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

Ahora bien, en tal ponderación, en relación con el supuesto que ha dado origen a la presente cuestión, el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial.»

Concluye la sentencia concediendo legitimación al progenitor para ejercitar la acción de filiación, pero exige del legislador que la regule para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación.

Parece seguir así lo sugerido por algún sector de la doctrina en el sentido de que la investigación de la paternidad no sea un valor absoluto si el sujeto activo es el progenitor, encontrándose justificado que se impongan restricciones a la legitimación de éste para accionar, por considerarse más dignos de protección los intereses del hijo. Se viene a contraponer tal principio de verdad biológica con la preservación de la paz familiar, pero bien entendido que esta preservación ha de venir referida al interés del hijo, por lo que la paz familiar será aquella que beneficie a éste por encontrarse en una situación consolidada de familia, que ha podido formarse al margen de la biológica. La protección de esta situación familiar en que se encuentra integrado el menor vendría a tener el mismo apoyo constitucional que el principio de investigación de la paternidad, al encontrarse recogidos ambos principios en el artículo 39 CE .

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando existen intereses contrapuestos entre el del progenitor a ver declarada su paternidad y la situación familiar que vive el hijo, legítima los límites que las legislaciones nacionales hayan establecido para la satisfacción del interés del hijo. Se citan a tal fin aquellas soluciones adoptadas por los Estados, protegiendo la seguridad jurídica y afectiva del hijo inserto en una familia frente a la pretensión de quien afirma ser progenitor biológico (Decisión de inadmisión de la Comisión de 6 de abril de 1994 -M.B. Contra Reino Unido-, la del Tribunal de 29 de junio de 1999 -Nylund contra Finlandia-, la STEDH de 8 de octubre de 2002 - Yousef contra Países Bajos-). Decisiones que no cita nuestro Tribunal Constitucional pero que debió de tener presentes cuando exige, que ante la insuficiencia normativa del precepto / Art. 133 CC), sea el legislador el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, «con inclusión, en su caso de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de los límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1. CE).»

Sin embargo la búsqueda de la verdad biológica y el interés del hijo coinciden cuanto es éste el que reclama la filiación. Así la STS de 11 de marzo de 1988 afirma que «la finalidad de las pruebas biológicas no

es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto de orden material como moral, como ya declararon las sentencias de esta Sala de 19 de noviembre de 1985 y 14 de noviembre de 1987 ».

3.- Aunque el legislador se ha hecho esperar, en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha modificado el Código Civil respecto a determinadas normas sobre acciones de filiación, en concreto los artículos 133 , 136 , 137 , 138 y 140 , recogiendo el sentido de ponderación de intereses sugeridos por la doctrina y fijados por el Tribunal Constitucional.

CUARTO.- Hechas las anteriores consideraciones, y teniendo en cuenta que la acción de reclamación de filiación la ejercita la hija, pero a través de la madre como representante legal de ella, se podría entender, en principio, que coincide y no entra en colisión la búsqueda de la verdad biológica y el interés de la hija.

Sin embargo, la sentencia recurrida, y no ha sido combatida en ese extremo, recoge una serie de circunstancias de las que infiere la existencia de intereses contrapuestos entre madre e hija.

Afirma lo que sigue :

« Gines no conoce personalmente a la niña., y no hay constancia de que contribuyese a su sustento ni se preocupase de modo real y efectivo por ella. En este extremo, son totalmente insatisfactorias las meras manifestaciones vertidas ante Notario por el demandado, Gines , y su círculo familiar y de amistad. En definitiva, la falta de pruebas tan fáciles como habituales (fotografías, transferencias bancarias...), nos lleva a dar por probado, tanto la inexistencia de toda relación entre Gines y Miriam , como la falta de contribución del primero al sostenimiento de la segunda.

»Por el contrario, David , desde el nacimiento de Miriam , viene actuando de forma ininterrumpida como el verdadero padre de la menor, cumpliendo escrupulosamente con sus obligaciones como tal, y proporcionando él y su familia -en unión de la demandante lógicamente- un entorno de bienestar y de estabilidad emocional y afectiva a la menor.

»Como consecuencia de ese doble y contrapuesto actuar, de Gines y David , damos igualmente por probado.: A) Que el bien de la menor está completamente realizado con la actual situación, de tal modo que, de alterarse la misma, con la doble solicitud de la madre de la menor, de reclamación de paternidad biológica y de impugnación de reconocimiento -y de: paternidad-, se abocaría a la hija a una nueva y muy perjudicial situación con la pérdida del núcleo familiar. actual, plenamente satisfactorio para ella. B) Que,. consiguientemente, la madre, bajo el pretexto de buscar la verdad biológica de la niña, no actúa por los intereses -preferentes- de esta sino por motivos personales y distintos, del bienestar de la menor, que se halla - insistimos- colmado desde su nacimiento. En definitiva, la madre no procede realmente "en defensa de los intereses de su hija", como pregona en la demanda.».

QUINTO.- El artículo 765.1 LEC dispone que «las acciones de determinación o impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación Civil, correspondan al hijo menor de edad o incapacitado podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente», pero el artículo 162 CC prevé que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, si bien se exceptúan los actos «...[e]n que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo». Consecuencia de lo anterior, partiendo de la contradicción de intereses que declara la sentencia recurrida entre la hija menor de edad y la madre, ésta no puede ser representante legal de aquella en las acciones ejercitadas, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 163 CC , procedería el nombramiento de un defensor que la represente en juicio, o lo que es lo mismo que la represente para el ejercicio de estas acciones si aprecia que con ello se satisface el interés de la menor, bien entendido que el no ejercicio de ellas no priva a la hija de la acción de reclamación al llegar a la mayoría de edad, y por su propia y voluntaria determinación.

Como no se hizo así, la Sala, como ya resolvió en la sentencia núm. 481/1997, de 5 de junio, Rc. 1817/1993 , se plantea, por ser prioritaria a la decisión del recurso y haber formado parte del debate desde el inicio, si se han observado las garantías formales aplicables al mismo. La respuesta, según se ha razonado, es que no se han observado. Como recoge la sentencia citada, si es posible aislar un ejemplo en que los intereses o derechos del menor deban estar suficientemente protegidos, es en casos como el presente, en el que con la acción entablada se aspira a extinguir su privilegiado estado civil como hija matrimonial. La Sala ha venido reiterando la necesidad de nombramiento de defensor judicial del menor en acciones de filiación, por ser contrarios sus intereses a los de su madre, en sentencias posteriores (SSTS de 8 de diciembre de 1999 ; 7 noviembre 2012 ; de 17 de enero de 2003 y 4 de marzo de 2003).

Consecuencia de lo expuesto es que se tenga por mal planteada la relación jurídico procesal, por carecer la madre de la representación legal de la menor para el ejercicio, en interés de ésta, de las acciones de reclamación de paternidad extramatrimonial y de impugnación de la filiación matrimonial.

Ahora bien, no siendo el supuesto enjuiciado similar a los citados precedentemente, por cuanto la menor no es aquí demandada sino titular de la acción ejercitada, la solución correcta será apreciar la falta de legitimación de la madre para, como representante de la hija y en interés de ella, ejercitar las acciones mencionadas.

SEXTO.- Por todo lo expuesto, y atendiendo a la doctrina de la equivalencia de resultados o pérdida del efecto útil del recurso, procede la desestimación del recurso de casación (SSTS de 28 de junio de 2012 ; 8 de febrero de 2016 y 11 de febrero de 2016).

SÉPTIMO.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

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

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Encarna , representada por el procurador don Miguel Torres Álvarez, contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2014 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el rollo de apelación nº 693/2013, dimanante de los autos de juicio de filiación nº 44/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de DIRECCION000 .

2.º Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

3.º Imponer a la parte recurrente en las costas el recurso, compartida del depósito constituido para recurrir

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

Así se acuerda y firma.

Francisco Marín Castán José Antonio Seijas Quintana

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno

Rafael Sarazá Jimena **Eduardo Baena Ruiz**

Pedro José Vela Torres Fernando Pantaleón Prieto

Xavier O' Callaghan Muñoz