



Roj: **SAP M 6232/2021 - ECLI:ES:APM:2021:6232**

Id Cendoj: **28079370222021100499**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **14/05/2021**

Nº de Recurso: **1602/2019**

Nº de Resolución: **527/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES PLANES MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

**N.I.G.:** 28.079.42.2-2013/0190868

**Recurso de Apelación 1602/2019 SRA. PLANES**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid

Autos de Filiación 1533/2013

*Apelantes/Demandados:* DON Leon

y DOÑA Florencia

**Procurador:** Doña Mª Luisa Montero Correal

*Apelado/Demandante:* DON Luis

**Procurador:** Doña Mª Mercedes Ruiz-Gopegui González

**Ponente:** Ilma. Sra. Doña Mª Dolores Planes Moreno

**SENTENCIA N° 527/2021**

**Magistrados:**

Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez

Ilma. Sra. Dª. Mª Dolores Planes Moreno

Ilmo. Sr. Don Eugenio de Pablo Fernández

\_\_\_\_\_ /

En Madrid, a catorce de mayo de dos mil veintiuno.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre Filiación, bajo el nº 1533/13, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelantes, don Leon y doña Florencia , representados por la Procurador doña Mª Luisa Montero Correal.

De otra, como apelado, don Luis , representado por la Procurador doña Mª Mercedes Ruiz-Gopegui González.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.



VISTO, siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Doña M<sup>a</sup> Dolores Planes Moreno.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 27 de febrero de 2019, por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de los de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: "FALLO: Que estimando la demanda presentada por Luis frente a Florencia y Leon de determinación de filiación e impugnación de paternidad.

1. Debo declarar y declaro que Luis es el padre del menor Vidal con todos los efectos inherentes a tal declaración y los correspondientes inscripciones o asientos que correspondan en el Registro Civil.
2. Debo condenar y condeno a los demandados al pago de las costas.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid ( artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2443-0000-00-1533-13 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 15 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2443-0000-00-1533-13

Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo".

**TERCERO.-** Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Leon y doña Florencia , oponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentándose por la representación legal de don Luis , escrito de oposición.

Por el Ministerio Fiscal se solicita la confirmación de la sentencia.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 13 de mayo de los corrientes.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El 19 de noviembre de 2013, la representación procesal de D. Luis , interpuso demanda, contra D<sup>a</sup>. Florencia , D. Leon y el menor Vidal , en la que solicita que se declare que es el padre biológico de Vidal , nacido el día NUM000 de 2011, e impugna al mismo tiempo la filiación que consta determinada legalmente en el Registro Civil, en virtud de la cual el menor es hijo de D. Leon . Pide que se reconozca la filiación del menor, con todos los efectos legales inherentes.

Alega que mantuvo con la demandada una relación de pareja entre finales de 2008 y julio de 2013, si bien con distintas rupturas y reconciliaciones, con convivencia en diferentes domicilios, y fruto de la cual nació el menor. Añade que el niño nació tras la ruptura de su relación, aunque conoció al menor cuando contaba con tres meses de edad, y posteriormente tuvo de nuevo relación afectiva con la madre y con el menor, que definitivamente se rompió en julio de 2013.

La parte demandada contestó a la demanda negando la relación afectiva con el demandante y que el menor sea hijo suyo. Manifiesta que en el momento de la concepción convivía con el codemandado D. Leon , padre del menor, con el que sigue conviviendo junto a su hijo. Igualmente hace constar que el menor consta inscrito como hijo de ambos, desde el día 24 de marzo de 2011, en el Registro Civil español, y en el Registro Consular de Bolivia, desde el 7 de noviembre de 2011, y así consta también en su certificado de bautismo, por lo que existe plena conformidad, entre la realidad registral y la constante posesión de estado del menor.



Alega igualmente que el menor tiene **nacionalidad** boliviana, y por tanto no es aplicable la legislación española, lo que a juicio de la parte demandada impone la desestimación de la demanda, por ser incorrecta la fundamentación jurídica de la demanda, al haberse basado en una legislación que no es aplicable.

En el acto de la vista, tras la entrada en vigor de la reforma del artículo 133 del Código Civil, por la Ley 26/2015, de 28 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, por la parte demandada se opuso la excepción de caducidad de la acción, al haber transcurrido más de un año, desde que el demandante manifiesta que conoció su paternidad y la interposición de la demanda.

La parte demandada se negó a la práctica de la prueba biológica, que el actor solicitó en el acto de la vista.

El 27 de febrero de 2019 se dicta sentencia en primera instancia por la que se declara aplicable la legislación española, se desestima la caducidad de la acción, y se estima la demanda, se declara la paternidad del demandante y se deja sin efecto la paternidad que figuraba inscrita en el Registro civil, en base fundamentalmente a la negativa de la madre a la práctica de la prueba biológica solicitada.

**SEGUNDO.-** Frente a dicha sentencia, la parte demandada, interpone recurso de apelación con apoyo en los siguientes motivos: I) Caducidad de la acción de paternidad, razona que al haber transcurrido el plazo de un año, establecido en el artículo 133, según redacción operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, faltando la posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación por los progenitores debe ejercerse en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en los que basen su reclamación, norma que es aplicación aun cuando sea posterior a la interposición de la demanda, en virtud de los que dispone la Disposición Transitoria Primera de la ley 26/2015; Consideran, que hasta esa fecha, la legitimación de quien reclamara una filiación sin posesión de estado, no estaba legalmente reconocida y se hallaba amparada por la doctrina jurisprudencial, y citan la sentencia del TS de 17 de abril de 2018, según la cual "La aplicación de la nueva ley a los casos todavía no resueltos en el momento de su entrada en vigor no le atribuye un efecto retroactivo, puesto que el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus efectos. Resulta razonable que la ley nueva se aplique de manera inmediata no solo al contenido de la filiación sino también a su propia existencia, de modo que el hecho de que la demanda se interpusiera con anterioridad no impide al juez aplicar la ley nueva"

II) niegan la legitimación del actor por falta de interés, lo que justifican por el tiempo transcurrido desde el nacimiento del menor y el ejercicio de la acción; alegan la desatención material y afectiva del menor desde que nació, los intereses egoístas y puramente vindicativos del demandante y la falta de atención hacia el interés de la menor, que se encuentra inserta establemente dentro de una familia; añaden que además si no resultara de aplicación por su vigencia temporal el señalado plazo de caducidad, tampoco cabría aplicar la legislación española por el mismo motivo.

**TERCERO.-** Respecto a la excepción de caducidad de la acción, hay que señalar, que hasta la reforma del artículo 133 del Código Civil, operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, no estaba prevista legalmente la posibilidad de reclamación de la filiación no matrimonial, sin posesión de estado, más que por el hijo, sin plazo de caducidad, ya que podía ejercerla durante toda su vida. Como señala la sentencia del TS de tres de diciembre de 2014:

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

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



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

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

3. En este estadio de la evolución reseñada se contempla la cuestión esencial del presente recurso relativa a la reclamación de paternidad del padre biológico. Se contraponen la interdicción de la investigación de la paternidad por el progenitor con la finalidad de proteger la defensa de la familia legítima con el derecho de aquél de ver legalmente determinada la relación paterno-filial. Como decimos, y así sobrevuela sobre todo el recurso, el progenitor pasa a tener un papel activo con el peligro de irrumpir en una realidad familiar ya asentada. En nuestro ordenamiento jurídico el punto de partida sobre la reclamación de paternidad del padre biológico se sitúa en el artículo 133.1 del Código Civil que dispone claramente que "la acción de **reclamación de filiación no matrimonial** cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida", con lo que queda excluida la "legitimación" del progenitor sin posesión de estado.

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

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

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

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

5. Sentada esta doctrina por el Tribunal Supremo se dicta la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Pleno, 273/2005, de 27 de octubre declarando que la privación al progenitor para reclamar la filiación no matrimonial



faltando la posesión de estado es incompatible con el mandato de investigación de la paternidad ( artículo 39.2 de la Constitución Española ) y con el derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 de la constitución española ).

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

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

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

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

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

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

Meritada sentencia no anula el artículo 133.1 del Código Civil porque sería dañar, sin razón alguna, a quienes la ostentan en virtud de tal precepto, limitándose a declarar la inconstitucionalidad por negarse tal legitimación al progenitor que reclame la filiación no matrimonial sin posesión de estado. Hace, sin embargo una afirmación



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

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

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

Recoge que "de acuerdo con la citada sentencia de 22 de marzo de 2002 , hay que señalar que esta tesis se ha mantenido en las sentencias posteriores, de modo que "al superarse la literalidad del artículo 133 del Código Civil que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 del Código civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación del padre biológico" ( sentencia de 22 de marzo de 2002 . Además, sentencias de 2 de octubre de 2000 , 13 de junio de 2002 , 17 de junio de 2004 y 8 de julio de 2004 , entre las más recientes).

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

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

.....Todo ello lleva a la conclusión de que al ser la acción de reclamación imprescriptible por tratarse de una acción de estado, no se le puede aplicar el plazo de caducidad del artículo 140 del Código civil para las acciones de impugnación ejercitadas de forma aislada".

Por tanto, hasta la reforma operada por la ley 26/2015, al no haberse llevado a cabo por el legislador la exigencia señala por el Tribunal Constitucional y el TEDH, de establecer un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, sin posesión de estado, que contradice otra determinada legalmente, la situación en España era de legitimación abierta al progenitor sin plazo, con independencia de la existencia o no de posesión de estado.

De ahí, que la doctrina científica sostuviera la ineludible necesidad de una modificación legislativa que señale límites a la legitimación del progenitor, para evitar un ejercicio abusivo de su derecho, lo que se llevó a cabo con la ley 26/2015. Sin embargo, a los efectos del presente recurso hay que tener en cuenta, que tal reforma tuvo lugar una vez interpuesta la demanda, e iniciado el procedimiento, por lo que, sin duda, debe estimarse, que aun cuando no se puede estimar sin más que la nueva redacción del artículo 133 CC, supone una restricción de derechos, puesto que el sistema legalmente establecido, era mucho más restrictivo, ya que no permitía el ejercicio de la acción, si debe estimarse como de tal carácter, si tenemos en cuenta que con la interpretación realizada por la jurisprudencia la acción aquí ejercitada no estaba sometida a plazo alguno de caducidad.

Es por ello, que no estando en vigor cuando se interpuso la demanda, no puede aplicarse al presente procedimiento, tal como expresa la sentencia del TS de 17 de abril de 2018, " La aplicación de la nueva ley a los casos todavía no resueltos en el momento de su entrada en vigor no le atribuye un efecto retroactivo, puesto que el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus



efectos. Resulta razonable que la ley nueva se aplique de manera inmediata no solo al contenido de la filiación sino también a su propia existencia, de modo que el hecho de que la demanda se interpusiera con anterioridad no impide al juez aplicar la ley nueva, **salvo que ello comportara la pérdida de algún derecho adquirido conforme a la norma de conflicto anterior**". Y, esto es precisamente lo que ocurre en el presente caso, si estimáramos aquí un plazo de caducidad establecido una vez formulada la demanda, cuando con anterioridad, tal plazo no era exigible, estaríamos cercenando un derecho anterior, y vulnerando el principio de Seguridad Jurídica, consagrado en el artículo 1, 9.3, 10, 24 y 117 de nuestra Constitución, entre otros ( Tribunal Constitucional, Pleno, sentencia núm. 273/2000 de 15 noviembre de 2000, rec. 565/1994).

La interpretación de la parte apelante comportaría vetar sorpresivamente la realización del derecho del que pretende que se declare su paternidad, que confiado y apoyado por el principio de seguridad jurídica no ejercita la acción porque la norma vigente no había establecido ningún plazo acuciente para ello.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018, señala que:

" 2.ª) La aplicación del plazo de un año previsto en el art. 133.2 CC a las demandas interpuestas después de su entrada en vigor no comporta la retroactividad de una ley. La imprescriptibilidad de la acción no estaba declarada en norma alguna y fue resultado de una interpretación jurisprudencial. Esta jurisprudencia, como tal, puede ser modificada cuando exista un motivo que lo justifique y, sin duda, es suficiente justificación la introducción en la ley de un límite temporal al reconocimiento de la legitimación del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial cuando no existe posesión de estado, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional.

3.ª) El propio legislador ha considerado innecesario establecer en este caso una transitoria específica, a diferencia de lo que ha hecho en reformas recientes en las que ha modificado el plazo de ejercicio de una acción (así, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, contiene una disposición transitoria específica para la reducción del plazo general previsto para las acciones personales, mediante remisión a la transitoria contenida en el art. 1939 CC , lo que comporta que, en este caso, opera la prescripción si todo el tiempo exigido por la reforma transcurre después de su entrada en vigor).

4.ª) La Ley 26/2015 no contiene una disposición transitoria que se ocupe expresamente de la aplicación de la nueva norma contenida en el art. 133.2 CC a las demandas de reclamación de la filiación de nacidos con anterioridad a su vigencia.

La ley contiene varias disposiciones transitorias que se refieren a materias ajenas al objeto de este proceso (cese de los acogimientos constituidos judicialmente. expedientes de adopción internacional ya iniciados, certificación de antecedentes penales, beneficios de las familias numerosas) y una disposición transitoria primera que, bajo la rúbrica de "Normativa aplicable a los procedimientos judiciales ya iniciados", establece lo siguiente:

"Los procedimientos y expedientes judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley y que se encontraran en tramitación se continuarán tramitando conforme a la legislación procesal vigente en el momento del inicio del procedimiento o expediente judicial".

Esta disposición solo se ocupa de las normas procesales y procedimentales, pero no del Derecho sustantivo aplicable en los procedimientos que se encontraran en tramitación ni, como sucede en el presente caso, en los procedimientos iniciados con posterioridad respecto de nacidos antes de la entrada en vigor de la ley.

Por lo dicho, habida cuenta de la finalidad de las reformas que hace la Ley 26/2015 en el régimen de la filiación y, en particular, en el art. 133.2 CC , el silencio de las transitorias de la ley sobre cualquier otro aspecto diferente al Derecho procesal, solo puede ser interpretado como reflejo de la voluntad del legislador de la aplicación inmediata del nuevo régimen legal".

El hecho de que la ley entre en vigor inmediatamente no supone que pueda aplicarse a acciones iniciadas antes de su entrada en vigor, sino que como señala la anterior sentencia, solo puede aplicarse a acciones iniciadas tras su entrada en vigor, con independencia de la fecha en que el nacimiento del supuesto hijo tuvo lugar. En definitiva, cuando la acción se ejercitó por D. Luis , no estaba caducada, porque no se había establecido un plazo de caducidad para su ejercicio, y por tanto, no puede aplicarse con carácter retroactivo una caducidad, que no existía en la fecha de interposición de la demanda. Por ello, este motivo de recurso debe ser desestimado.

**CUARTO.-** Respecto a la ley aplicable al presente procedimiento, tal como señala la Sentencia del TS de 17 de abril de 2018, en el presente caso, cuando entró en vigor la nueva redacción del art. 9.4 CC (el 18 de agosto de 2015) la acción de reclamación interpuesta por el demandante estaba pendiente de decidirse en primera instancia, por lo que debe ser resuelta con arreglo al citado precepto, que prevé como ley aplicable la de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación que, según ha quedado acreditado en la instancia, es España, puesto que consta acreditado que el menor, nació en España, y así figura en la



certificación de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil español, y también en el Registro Civil de Consulado de Bolivia en Madrid, aunque el menor ostente la **nacionalidad** boliviana, al constar inscrito en ambos registros como hijo de padre y madre bolivianos. Fue bautizado en Madrid, y consta, por los certificados de empadronamiento aportados por la parte recurrente, que siempre ha residido en Madrid, donde igualmente asistió a la escuela infantil. Por tanto, no hay duda, que la legislación aplicable es la española, por ser el lugar de residencia del menor, así como de todas las partes.

Tal como señala la sentencia citada, " *El nuevo art. 9.4 CC es una norma materialmente ordenada ya que, además de la conexión con los criterios escogidos, también tiene en cuenta el contenido de las leyes en presencia y el resultado de su aplicación.*

*Ello, en consecuencia, permite afirmar que contiene una carga valorativa material que justifica su aplicación inmediata cuando se plantea el establecimiento de la filiación en un procedimiento judicial.*

2.ª) *La aplicación de la nueva ley a los casos todavía no resueltos en el momento de su entrada en vigor no le atribuye un efecto retroactivo, puesto que el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus efectos. Resulta razonable que la ley nueva se aplique de manera inmediata no solo al contenido de la filiación sino también a su propia existencia, de modo que el hecho de que la demanda se interpusiera con anterioridad no impide al juez aplicar la ley nueva, salvo que ello comportara la pérdida de algún derecho adquirido conforme a la norma de conflicto anterior.*

3.ª) *Parece razonable añadir que la nueva ley sería aplicable desde su entrada en vigor a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en primera instancia, en atención a la existencia de diversas instancias judiciales, por razones de seguridad jurídica y en aras de evitar la aplicación sorpresiva de un derecho que pudiera resultar imprevisible para alguna de las partes cuando la conexión no guardara relación con los sujetos litigantes".*

Pero en todo caso, si estimáramos, que resulta aplicable al presente caso la legislación boliviana, tal como alega la recurrente, por ser la ley correspondiente a la **nacionalidad** del menor, la consecuencia, no sería la desestimación de la demanda por no haberse alegado dicha normativa como fundamentación de la acción ejercitada, sino que tal normativa debería haber sido aportada y acreditada por quien la alega, a fin de que los tribunales españoles, cuya competencia para el conocimiento del presente procedimiento no ha sido puesta en duda por ninguna de las partes pudieran aplicar dicho derecho. Lo que en el presente caso no ha sucedido, puesto que la parte recurrente, en ningún caso ha acreditado que la aplicación de la legislación boliviana, no hubiera permitido la admisión a trámite de la demanda o hubiera conllevado necesariamente la desestimación de la misma. En ningún momento, ni en la contestación a la demanda, ni en el acto de la vista, se hizo referencia al contenido de la legislación boliviana, que solo se trae a colación en el presente recurso de apelación introduciendo así un nuevo elemento de debate, que no pudo ser contradicho por la parte contraria en el procedimiento y que no puede ser tenido en consideración en esta alzada por ser contrario a los principios de preclusión y contradicción, generando indefensión para la contraparte, pues no cabe introducir cuestiones nuevas.

Tal como expresan entre otras la SSTS de 25 de septiembre de 1999, rec. 140/1995, el recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque permite al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquél a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia, entendiéndose como pretensión nueva tanto la que resulta totalmente independiente de la planteada ante el Tribunal "a quo", como la que supone cualquier modo de alteración o complementación de la misma, de acuerdo con el principio general del derecho "pendente appellatione, nihil innovetur", y el principio procesal de prohibición de la "mutatio libelli", que consagra el art. 456.1 LEC, de modo que la segunda instancia se puede extender únicamente a lo que ha sido objeto de la primera instancia ( STS de 30 de noviembre de 2000, rec. 3008/1995 ), no admitiendo la introducción de cuestiones nuevas ( STS de 27 de septiembre de 2000, rec. 2908/1995 ).

En cualquier caso, resulta incuestionable, que resulta de aplicación la legislación española, por ser el lugar de residencia del menor, desde su nacimiento, con independencia de su **nacionalidad**.

**QUINTO.-** Se alude igualmente, como motivo de recurso, el interés del menor, que según la recurrente podría verse gravemente perjudicado por la modificación de la filiación legalmente determinada, de la que ha disfrutado el menor desde su nacimiento, conviviendo en un núcleo familiar que lo ha protegido y atendido en todas sus necesidades teniendo ya conciencia de su situación familiar, y disfrutando de unas relaciones familiares adecuadas.

Como se deduce del resumen de antecedentes que expresamente se ha aceptado, el demandante, compañero de trabajo de la madre, conoció no solo su estado de gestación, sino también el nacimiento del menor, cuando





este contaba solo tres meses, pese a lo que no lo reconoció ni consta que lo asistiera nunca económicamente, y solo en los esporádicos momentos en que tuvo relación con la madre, la tuvo con el niño según señala en su escrito de demanda. El menor fue reconocido desde su nacimiento por D. Leon , que según consta acreditado convivía con la madre, tanto en el momento de la concepción, como en el del nacimiento del niño, con el que convivió y al que en todo momento trató como hijo, y como tal fue tenido en todas sus relaciones y en el entorno del menor. El niño disfrutaba de una situación familiar pacífica y normalizada con su padre y su madre, cuando se interpuso la demanda. En definitiva, el demandante ejercita la acción con la decidida oposición de los codemandados, que pretenden evitar el reconocimiento de una filiación que no ha estado acompañada del ejercicio de las obligaciones que ello conllevaba, sin causa alguna que lo justificase. Junto a la manifiesta pasividad del demandante en lo relativo a sus obligaciones paternofiliales nos encontramos con la constitución de un legítimo y efectivo núcleo familiar alternativo, con proyección registral y pública, que pretende desmantelarse con afectación de derechos fundamentales del pequeño Vidal , para lo que sin duda tendrá que concurrir una causa legítima que lo justifique.

El Tribunal Constitucional declaró en la sentencia del Pleno 273/2005 de 27 octubre (cuestión de inconstitucionalidad 1687/1998):

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

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

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

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

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

De la referida doctrina constitucional se extrae apoyo interpretativo de los preceptos mencionados en el sentido de que hay que velar por la seguridad jurídica, proscripción de pretensiones abusivas, dignidad de la persona, protección de la seguridad familiar y otorgando prevalencia al hijo. En el presente caso, la causa legítima para la interposición de la demanda, cuando la situación familiar del pequeño Vidal estaba estabilizada, y convivía felizmente con quien, a todos los efectos, es todavía su padre, solo puede encontrarse en la necesidad de que la filiación del menor quede establecida conforme a la realidad biológica.

Sin embargo, tal realidad no ha quedado acreditada en el presente procedimiento. La sentencia estima acreditado la existencia de una relación afectiva entre D<sup>a</sup>. Florencia y D. Luis , lo que, unido a la negativa de la madre a someter al menor a la práctica de la prueba de paternidad, propuesta y admitida a trámite en el acto de la vista, y por tanto en la fase procesal adecuada para ello, puesto que el procedimiento de filiación, de conformidad con lo que establece el artículo 753 LEC, debe sustanciarse por los trámites del juicio verbal, con las especialidades contenidas en los artículos siguientes. Y, de conformidad con lo que establece el artículo 443 LEC, el momento para proponer y practicar prueba, en este tipo de procedimiento es el acto de la vista. Además, el artículo 752 LEC, determina que "Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.

Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes".



No puede por tanto estimarse que la prueba biológica no fue propuesta o admitida en debida forma, y de ninguna manera puede entenderse justificada la negativa a la práctica de esta prueba en la vulneración de derechos fundamentales del menor puesto que a partir de la STC 7/1994, de 17 de enero, existe el deber de soportar estas pruebas siempre que sean consideradas indispensables por la autoridad judicial y no entrañen un grave quebranto para la salud, por lo que "atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física y a la intimidad del afectado".

Ahora bien, la falta de la prueba biológica acordada no permite, por si misma, declarar la filiación, porque como afirma la Sentencia del TS de 20 de septiembre de 2002, "en definitiva: si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa de prueba biológica, si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que unido a los indicios, permite declarar la filiación" ( en el mismo sentido las sentencias de 1 de julio, 19 de diciembre de 2003, y 27 de octubre de 2005 entre otras).

En el presente caso, el propio demandante sostiene en su demanda que no admitió su paternidad, cuando le fue comunicado el estado de gestación de D<sup>a</sup>. Florencia, porque en ese momento no mantenían una relación estable, ni de fidelidad mutua, lo que hizo dudar al mismo de su paternidad. Señala que no fue hasta que conoció al Vidal tres meses después de su nacimiento, cuando al ver el gran parecido que mantenía con él, no se convenció de que realmente era su hijo, pese a lo cual, no entabló en ese momento acción alguna para su reconocimiento, y es solo cuando ya se encontraba rota definitivamente la relación que según afirma existió entre él y la madre de Vidal, cuando procede a la interposición de la demanda.

Lo cierto es, que la prueba practicada en el presente procedimiento, en absoluto permite tener por cierta la paternidad de D. Luis, ni los rasgos físicos del menor son en absoluto determinantes, pues a su corta edad, y de las fotografías aportadas por las partes, tiene rasgos que permitirían admitir que el menor es hijo del demandante, pero también parece guardar un gran parecido físico con el que hasta la fecha consta legalmente como su padre, D. Leon. Por otra parte, las dudas que sobre la paternidad del pequeño Vidal pudiera tener D. Luis, no han quedado en absoluto despejadas durante la tramitación del presente procedimiento, ni la prueba practicada permite deducir que la negativa a la práctica de la prueba biológica permite declarar la paternidad, puesto que si bien existen indicios de que D. Luis pudiera ser el padre biológico de Vidal, también los hay de que D. Leon, pareja estable de D<sup>a</sup>. Florencia, que convivía con ella en el tiempo en que quedó embarazada, y con el que según D. Luis también mantenía relaciones íntimas con ella, no lo sea. El propio escrito de demanda, y la prueba testifical practicada en el acto de la vista a instancias de D. Luis, puso de manifiesto, que según este D. Florencia mantuvo relaciones con otros hombres en el tiempo en que el niño fue concebido, por lo que, con tales planteamientos, y no habiéndose practicado la prueba biológica que permita determinar sin ninguna duda, si D. Luis es o no el padre de Vidal, no cabe tener a este declarar judicialmente dicha filiación.

Debe tenerse en cuenta, no solo que, en este caso, se estaría declarando por sentencia una filiación, que devendría inatacable, sin que exista elementos de prueba suficientes para ello, por lo que se estima más adecuado al interés del menor mantener la filiación determinada legalmente, y que en su caso, si el menor tuviera dudas o interés por aclarar la verdad sobre su filiación biológica, tendría siempre la posibilidad de accionar y ejercer las acciones de filiación que estimara oportunas, mientras que si dicha filiación, que a la vista de las pruebas practicadas, no puede determinarse ni siquiera con un nivel de duda suficiente como para tenerla por cierta, se declara por sentencia esta devendría inatacable y se privaría a Vidal de poder conocer su realidad biológica, sometiéndose libremente a dichas pruebas.

Por todo ello, procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia, desestimando en consecuencia la demanda interpuesta y dejando sin efecto la declaración de paternidad contenida en la misma.

**SEXTO.-** La estimación del recurso conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en esta alzada a ninguna de las partes ( artículo 398 en relación con el artículo 384, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil), así como la procedencia de dejar sin efecto la condena en costas contenida en la sentencia de primera instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la Procuradora Sra. Montero Correal, en nombre y representación de D. Leon, D<sup>a</sup>. Florencia y D. Vidal, contra la sentencia dictada el día 27 de febrero de 2019, en el procedimiento de filiación seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Madrid, con el nº de autos 1533/2013 y, en consecuencia revocamos la citada resolución, desestimando la demanda formulada por la Procuradora Sra. Ruiz-Gopegui González, en nombre y representación de D. Luis, contra los recurrentes,



dejando igualmente sin efecto la condena en costas contenida en la referida sentencia, y sin hacer expresa imposición de las ocasionadas en esta alzada.

Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal, conforme a la Ley 1/09 de 30 de noviembre, disposición Adicional 15ª punto 8, devuélvasele por el Juzgado de Instancia.

**MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN:** Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-1602-19, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CEJUDC