

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

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

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

JESÚS MARTÍN FUSTER
Abogado

ACTUALIZADO A NOVIEMBRE DE 2018

1. LA FILIACIÓN.

- Vínculo legal (estado civil) que une a una persona con su progenitor o progenitores o con aquellos a quienes la ley coloca en esa condición (Filiación adoptiva).

- La normativa sobre filiación ha sido recientemente modificada en 2015 por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de Reforma de la Admón. de justicia y del Registro Civil, y por la Ley 26/2015 de 28 de julio, sobre sistema de protección de la infancia y la adolescencia. En principio, las modificaciones estaban orientadas primordialmente a dar respuesta a las dos Sentencias del T.C. de mayo y octubre de 2005, afectantes a los arts. 133 y 136 CC, pero al final la reforma ha acabado siendo de mayor calado, al afectar a más artículos, aunque la valoración que se puede hacer de la misma es bastante negativa, por falta de suficiente reflexión sobre el sentido de las reformas.

- La filiación puede ser matrimonial o no matrimonial. (Esta distinción sigue existiendo, pero ya no hay diferencias legales entre ambas en cuanto a sus efectos). Las diferencias persisten en cuanto a la determinación de la filiación, como consecuencia sobre todo del juego de la presunción de paternidad matrimonial derivada del matrimonio, y en cuanto a las acciones de filiación. Es en este campo donde a nuestro juicio pueden persistir todavía algunas normas un tanto discriminatorias, a pesar de la reciente reforma legal.

- Las reformas legales producidas desde 1981 hasta la fecha van en la línea de:

a) Equiparación entre ambas filiaciones en cuanto a sus efectos jurídicos.

b) Búsqueda de la filiación real, a través de pruebas biológicas (aplicación, en buena medida indiscriminada, del principio de investigación de la paternidad del art. 39.2 CE).

- Efectos básicos de la filiación:

a) Derecho a los apellidos paterno y materno.

b) Derecho de alimentos (para el caso de que no esté embebido dentro de la patria potestad): Casos en que esto último sucede:

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

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

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

- Conveniencia de revisar los efectos legales la filiación, sobre todo en los casos en que su determinación se produce de forma sobrevenida y después de un lapso de tiempo considerable tras el nacimiento del hijo.

2. DETERMINACION DE LA FILIACION:

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

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

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

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

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

- El **reconocimiento** se señala en el art. 113 CC: En realidad, hay cierta confusión, pues se refiere a la vez, *a la prueba* de una filiación ya determinada legalmente, y por otro, *a medios para acreditarla* en un procedimiento judicial (v.gr., posesión de estado). La posesión de estado no es propiamente un medio de acreditar la filiación, pues puede no ser suficiente en sí misma, y estar en contradicción con una filiación biológica. La presunción de paternidad no es un medio de prueba (es un efecto): la prueba la hace la certificación registral del matrimonio (y su vigencia) y del nacimiento del hijo.

- Determinación de la Filiación matrimonial:

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

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

- No es descartable que en el futuro se extienda a las parejas no casadas, especialmente si se trata de uniones registradas (inscritas en los Registros de parejas de hecho).
- Presunción de paternidad:
- Regla general: art. 116 CC. Importancia de la separación de hecho, y su acreditación.
- Es presunción basada en la convivencia: se rompe si hay separación (aunque haya convivencia bajo el mismo techo, cuando es forzada por las circunstancias).
- Funciona automáticamente: no se puede evitar la inscripción del hijo como del marido de la madre (salvo excepciones).
- Cabe la prueba en contrario (en procedimiento judicial de impugnación).
- El Encargado del Registro debe comprobar en todo caso que se cumplen los presupuestos legales de nacimiento del hijo dentro de los 300 días posteriores a la ruptura de la convivencia.
- Art. 117 CC: Rige la presunción de paternidad si nace dentro de los 180 días, pero no es tan fuerte. Si no se cumple la exigencia de nacer después de los 180 días posteriores al matrimonio, cabe un acto posterior de declaración por el marido (dentro del plazo de caducidad de 6 meses): si no se hace esa declaración auténtica en ese plazo, rige la presunción de paternidad matrimonial. En esta situación, queda excluida la posibilidad de hacer ineficaz extrajudicialmente la presunción de paternidad: ya sólo podrá acudir a la vía judicial (siempre abierta: no se aplican los actos propios). Se recogen dos excepciones a la eficacia de esa declaración auténtica de no aplicar la presunción.
- Art. 118 CC: Nacimiento después de 300 días de separación: No hay presunción, pero la ley permite una vía para conseguir la matrimonialidad de la filiación: el consentimiento de ambos cónyuges, incluida la esposa, lo cual es singular,

pues la filiación materna estará ya determinada. (Sólo aplicable al caso de separación legal o de hecho, y no al caso de divorcio).

- Art. 119 CC: Dice que puede haber filiación matrimonial sobrevenida, aunque el nacimiento se produjera cuando no estaban aún casados sus padres. Esa filiación será previa, y se habrá determinado en alguna de las formas previstas para la filiación no matrimonial. No hay variación en sus efectos, pero sí en cuanto a las acciones de impugnación (se aplicarían las reglas de la matrimonial, por ejemplo, en cuanto a plazos para impugnar por vicios de consentimiento ex art. 138 y 141 CC, que son más cortos).

- Determinación de la Filiación no matrimonial:

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

- Filiación paterna:

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

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

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

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

- a) Mediante declaración en el momento de la inscripción del nacimiento dando el padre su conformidad (esta es nueva desde 2015).
- b) Manifestación o reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil (se entiende en un momento posterior).
- c) En documento público (puede ser notarial o también judicial).
- d) En testamento.

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

- Exigencias legales:

- Art. 121 CC: Capacidad.

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

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

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

- Art. 125 CC: Reconocimiento de hijos incestuosos.

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

- b) Por expediente tramitado ante el Registro Civil.
- c) Por sentencia firme de reclamación de la filiación.

3. ACCIONES DE FILIACION:

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

- a) Intervención del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC: aunque no sea en representación de nadie).
- b) Indisponibilidad de las acciones de filiación: Está prohibida la renuncia, el allanamiento o la transacción por el art. 751 LEC: se refiere a una vez iniciado el procedimiento; antes, no cabe control público de la acción, por lo que un sujeto es libre de ejercitar o no la acción, sin perjuicio de que lo pueda hacer otro de los legitimados legalmente. Sí cabe el desistimiento (que como sabemos no es renuncia definitiva a la acción), pero debe haber conformidad del MF, salvo si se trata de mayores de edad.
- c) Búsqueda de verdad material: Las pruebas no se limitan a las solicitadas por las partes, sino que de oficio se pueden adoptar otras, encaminadas a conocer la realidad (art.752 LEC).
- d) Eficacia de cosa juzgada “erga omnes”: Precisamente por lo anterior, las sentencias firmes dictadas surten efecto de cosa juzgada *erga omnes*, según el art. 764 LEC (aunque dentro de los límites marcados por dicha norma: no en todos los casos). Esto es bastante discutible, y puede ser un problema cuando uno de los legitimados legalmente no ha intervenido (porque no pudo), y luego pretende una revisión de lo resuelto judicialmente (pensamos sobre todo en el hijo o en el verdadero progenitor biológico), al verse afectado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Imposibilidad de obligar a nadie a someterse a pruebas biológicas (por razón de derecho a la intimidad: la cuestión es jurídicamente dudosa).

- De momento, no cabe una demanda dirigida exclusivamente a investigar una paternidad, si no es conducente a una reclamación o impugnación de una filiación concreta. La doctrina propone que sean viables acciones judiciales con fines

puramente cognoscitivos, sin efectos jurídicos entre las partes implicadas (padre e hijo).

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

- Relevancia de la posesión de estado.

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

- Protección de la intimidad y de la vida familiar actual.

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

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

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

1. Acciones de Reclamación de la filiación:

a) Manifestada por constante posesión de estado:

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

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

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

- Se habla incluso de que se trata la del art. 131 CC de una acción meramente declarativa de la filiación, como diferenciada de la de reclamación de la filiación.

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

- ¿Podría incluirse la reclamación de la maternidad? Sí, si no fue determinada en origen por el parto (Ejm: Abandono de hijo al nacer, que no es dado en adopción, seguido de una posesión de estado).

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

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

b.1.- Filiación matrimonial:

- Art. 132 CC: También es imprescriptible.

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

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

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

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

b.2.- Filiación no matrimonial:

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

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

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

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

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

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

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

2.- Acción mixta de impugnación-reclamación:

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

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

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

3.- Acciones de Impugnación de la filiación:

3.1. Filiación matrimonial:

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

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

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

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

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

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

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

- Art. 137 CC: Legitimación del hijo.

Este artículo ha sido modificado en 2015.

Hay que distinguir según los casos:

- Si había posesión de estado:

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

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

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

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

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

- Si no había posesión de estado:

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

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

- **Impugnación de la maternidad matrimonial:**

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

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

- Plazo imprescriptible.

3.2. Filiación no matrimonial: Art. 140 CC.

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

a) Si hubo posesión de estado:

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

b) No hubo posesión de estado:

- Legitimación activa amplia: Todos aquellos a quienes perjudique. No queda claro qué alcance tiene esa expresión, pero parece incluir fundamentalmente a herederos, sean o no familiares.

- De nuevo no se entiende el por qué de esta amplia legitimación, en comparación con la filiación matrimonial. No se puede olvidar el carácter de vínculo personalísimo que es la filiación.

- Plazo: debemos suponer que es imprescriptible, ya que la norma no dice nada.

4.- Acciones de anulación:

- Art. 138 CC: Se puede impugnar por vicio del consentimiento un reconocimiento de filiación no matrimonial y los demás actos jurídicos que determinen la filiación matrimonial y no matrimonial. Así, por ejemplo, también por vicio del consentimiento el prestado conjuntamente por ambos cónyuges del art.118 CC. Es dudoso que sea aplicable al consentimiento del art. 117 CC, aunque alguna sentencia lo admite.

- Legitimación activa: Quienes hubieren otorgado el reconocimiento (con error, violencia o intimidación), o sus herederos si hubiera fallecido antes de transcurrir el plazo (art. 141 CC).

- Plazo: Un año de caducidad.

4. FILIACION Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA:

- Principios básicos de la LTRHA de 2006:

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

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

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

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

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

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

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

La concurrencia de ese consentimiento implicará un modo diferenciado, distinto de los señalados en el C.Civil, de

determinación de la filiación (matrimonial o no matrimonial).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta sentencia ha sido muy criticada, sobre todo desde la perspectiva de la tutela del interés del menor ya nacido por esta vía, en cuanto que se lesionan sus intereses por cuanto se le priva de padres legales (de madre, en cuanto había renunciado ya en el país de origen; de padre biológico, en cuanto obliga a un proceso judicial de reclamación de la filiación; del padre legal, en cuanto obliga a un proceso adoptional, una vez declarada la filiación biológica del primero), al menos durante un tiempo relevante.

5. UNIONES DE HECHO NO MATRIMONIALES

- Inexistencia de regulación legal de tales parejas a nivel estatal. Se discute sobre la conveniencia de dicha regulación.
- Se fundamentan en el principio constitucional del derecho a no casarse.
- Existen cada vez más normas legales que les conceden un tratamiento puntual, tales como:
 - Ley de Arrendamientos Urbanos: art. 12.4 y 16 LAU (convivencia estable en relación de afectividad análoga a la conyugal y al menos durante dos años).

- Art. 97 CC: extinción de pensión compensatoria por convivencia estable con otro.

- Posibilidad de adopción por parejas no casadas desde 1987 (Disposición adicional Tercera de la Ley 11/1087). Hoy ya se recoge en el art. 175.4 C.Civil, tras la reforma de 2015.

- Art. 320 CC: emancipación judicial.

- Indemnización por causa de muerte en accidentes de circulación a favor de la pareja unida de forma estable con la víctima. Esta norma permite su extrapolación a cualquier indemnización por causa de muerte). La Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que ha modificado el Texto Refundido de 2004, sigue manteniendo la indemnización al conviviente por causa de muerte del otro conviviente en función de los años de convivencia.

- Punto de partida: En general, las UH no son tan de hecho, sino que casi siempre hay un pacto en la base, al menos regulador de la convivencia.

- No obstante, en la práctica se ha comprobado la necesidad de regular los problemas derivados de las crisis matrimoniales. ¿Qué soluciones se aplican, las propias del C.C. u otras diferentes?

- Pero precisamente por ser una unión “*de hecho*”, se puede pactar lo que se quiera en cuanto al desarrollo y organización de la convivencia, pero su eficacia decaerá automáticamente cuando se rompa esa convivencia, salvo que fueren pactos para el caso de ruptura.

- Esos pactos tendrán en general una eficacia puramente interna entre los convivientes, sin poder oponerse frente a terceros, al no poder inscribirse en el Registro Civil, salvo conocimiento de los mismos por esos terceros.

- Soluciones en casos de crisis de la pareja:

a) Respecto de hijos menores, no hay problema, pues se pueden aplicar las reglas generales, en particular los arts. 92 a 94 C.Civil y los artículos del C.Civil sobre filiación y patria potestad, que son aplicables haya o no matrimonio.

b) Asignación de la vivienda familiar: Se ha admitido finalmente por la jurisprudencia del TS la aplicabilidad de los principios del art. 96 CC.

c) Pensión compensatoria: En general se ha negado por la jurisprudencia, aunque algunas sentencias la habían acogido previamente. A nuestro juicio, debería admitirse, ya que hay idéntica “ratio” que en el matrimonio. Sin embargo, el Tribunal Supremo en sentencia reciente de 15 de enero de 2018 ha negado esa posibilidad y sólo admite una posible acción de enriquecimiento sin causa a favor del miembro de la pareja que pudiera resultar desfavorecido por la ruptura.

- Aspectos económicos:

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

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

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

No hay presunción de ganancialidad ni de comunidad. En principio, los bienes adquiridos durante la convivencia serán de

aquel a cuyo nombre consten.

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

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

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

- Eso sí, la jurisprudencia ha admitido en ocasiones que el trabajo en casa del conviviente que no obtiene ingresos sí se valora conforme al art. 1438 CC: Debe aplicarse una cierta compensación a aquel conviviente que prestó tareas domésticas, aunque sobre la base de un enriquecimiento injusto del otro, que se habría ahorrado un dinero muy importante.

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

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

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

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

JURISPRUDENCIA RECIENTE:

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2016:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

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

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

El 12 de noviembre de 2009 don Obdulio , en acta otorgada ante el Juez encargado del Registro Civil, reconoció a Carlota como hija suya -sabiendo que no lo era en realidad- con el expreso consentimiento de doña Rosalia .

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

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

«Estamos, pues, sin ninguna duda, ante lo que la doctrina y la jurisprudencia definen como reconocimiento de complacencia. Se trata, pues, de un acto, realizado por mi mandante con conocimiento de la madre de Carlota , en el que la propia declaración que constituye el reconocimiento prescinde de la realidad biológica, y ésta es totalmente ajena al reconocimiento - no la hay en el acto jurídico; tampoco en la realidad-, no hay reconocimiento porque la declaración carece de objeto y porque la filiación por naturaleza no es una institución que se invente. Este es el reconocimiento de complacencia: es radicalmente nulo ab initio e insanable. De hecho, la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas ocasiones rechaza la inscripción del reconocimiento alegando que "la regulación de la filiación en el CC (LEG 1889, 27) se inspira en el principio la veracidad biológica de modo que un reconocimiento de complacencia de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá

ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad". Se deduce, pues, que la existencia de relación biológica de filiación no es en línea de principio objetivamente imprescindible en el reconocimiento (pues hay reconocimientos formales válidos que luego resultan inexactos), sino que aparezca como objeto veraz de ese acto jurídico, es decir, que el reconocedor que afirma o declara propia paternidad crea en ella, o sea verosímil o, siquiera, creíble.

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

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

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

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

En la contestación a la demanda, se alegó:

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

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

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

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

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

Como fundamentación jurídica de la contestación, se invocó la sentencia 300/2012, de 10 de mayo (RJ 2012, 6341) (Rec. 19/2011), en la que, para un caso igual al de autos en todo lo relevante, esta sala declaró que el reconocimiento realizado constante matrimonio atribuye a la filiación reconocida el carácter de matrimonial conforme al artículo 119 CC , aplicable «con independencia de la existencia o no de relación biológica del reconocedor con el reconocido». Alegó, pues, la demandada que la acción de

impugnación de la paternidad procedente no era la contemplada en el artículo 140 CC , sino la contemplada en el artículo 136 CC ; que esta acción había caducado al haber transcurrido más de un año desde la inscripción de la filiación; y que no había concurrido ningún vicio de la voluntad en el reconocimiento, pues el marido reconocedor sabía que reconocía a quien no era hijo suyo desde el punto de vista biológico.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

»[L]a jurisprudencia que se cita mantiene una doctrina del Tribunal Supremo que la Sentencia 318/2011, de 4 de julio (RJ 2011, 5965) , declaró sustituida por la de

considerar que el art. 140 del Código Civil se aplica en los casos de filiación extramatrimonial.

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

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

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

»No obstante, en la STS de 10 de Mayo de 2012 (RJ 2012, 6341) , posterior a la anterior, se pronuncia también un caso idéntico al que se plantea en este recurso de apelación, y en el que el recurso de casación se fundamentó, con cita expresa de la referida STS de 27 de Mayo de 2004 y en la de 12 de julio de 2004 , en que la doctrina del TS dice que es posible ejercitar la acción de impugnación de paternidad al amparo de lo dispuesto en el Art. 140 CC cuando se trate de un reconocimiento de complacencia en el que no existe paternidad biológica. Resuelve esta Sentencia que la aplicación del Art. 119 CC se produce con independencia de la existencia o no de una relación biológica del padre reconocedor con el reconocido, porque se trata de un efecto legal del reconocimiento, unido al matrimonio de los padres, y que la restauración de la situación relativa a la coincidencia con la verdad biológica sólo puede tener lugar mediante las correspondientes acciones de impugnación de la filiación, que deben ejercitarse en los plazos y condiciones previstos en la ley, llegando así a la conclusión de que, en el caso enjuiciado, la filiación tiene carácter matrimonial por cuanto una vez contraído matrimonio, el impugnante reconoció al hijo de su esposa, es decir, de acuerdo con uno de los medios para determinar la filiación matrimonial previstos en el

Art. 120 CC , afirmando: que este reconocimiento, efectuado constante matrimonio, atribuye a la filiación reconocida el carácter de matrimonial, puesto que el matrimonio de los padre produce el cambio del régimen de filiación, tal como afirma STS 1162/2002, de 28 de noviembre (RJ 2002, 10418) , que dice: "En cambio, la impugnación de la filiación (ya determinada) después del matrimonio de los padres es el de la filiación matrimonial. Por el matrimonio de los padres, el estado de filiación de los hijos habidos antes cambia de régimen y se cumple la prevención del artículo 119 de que el hecho de la filiación quede determinado legalmente con el hecho del subsiguiente reconocimiento. Este reconocimiento deja sin efecto la indeterminación de la filiación no matrimonial por interpretación a contrario sensu de la resolución de la Dirección General de los Registros de 22 de Enero de 1988".

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

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

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

«La imperatividad del artículo 39 de la Constitución , que exige la protección de los hijos, clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, con la anomalía de atribuir potestad sobre los mismos a quien no es su padre biológico y la aplicación de un formalismo riguroso vendría a potenciar una situación injusta y hasta en línea de fraude, por lo que se impone la adecuada interpretación de la norma en la línea que marca el artículo tres del Código Civil . Esta doctrina se reitera en la sentencia de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6227) , al otorgar toda eficacia decisiva al hecho de que el padre que impugnó no era el padre biológico, pues la paternidad real, en otro caso, resultaría clamorosamente inexacta si se atribuyera a quien ha probado que no engendró el hijo y sólo se limitó a reconocerle como acto de complacencia y, aún más, se llegaría a proteger situaciones de indefensión, que violentan el artículo 24 de la Constitución ».

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

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

económico de su falso progenitor y que, por ello, por la misma se aferra a impedirlo.

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

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

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

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

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

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

SEGUNDO

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

La filiación paterna que determinan legalmente los reconocimientos de complacencia que contemplamos puede ser no matrimonial (art. 120.1 ° y 2° CC (LEG 1889, 27))

o matrimonial: artículo 138 CC , primera frase, en relación con los artículos 117 (reconocimiento expreso o tácito del marido), 118 (reconocimiento implícito en el consentimiento del marido) y 119 CC ; respecto a éste último, asumiendo que no requiere que el reconocedor sea el padre biológico del reconocido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El planteamiento de esta cuestión presupone distinguir las acciones de anulación del reconocimiento en sí, que combaten directamente la validez del reconocimiento como título de determinación legal de la filiación paterna, de las acciones de impugnación de la paternidad legalmente determinada mediante el reconocimiento; acciones, éstas, que se basan en la inexistencia del título de constitución de la filiación paterna -en no ser el reconocedor el padre biológico del reconocido-, y que, de prosperar, provocarán la ineficacia sobrevenida del reconocimiento. Lo que importa resaltar, para precisar más la jurisprudencia de esta sala, a pesar del cuidado en diferenciar ambos tipos de

acciones que se tomaron las sentencias 1012/2008, de 29 de octubre (RJ 2008, 5802) (Rec. 1414/2003), y 1177/2008, de 5 de diciembre (RJ 2009, 147) (Rec. 1763/2004) - ya antes la sentencia 1131/2001, de 26 de noviembre (RJ 2001, 9527) (Rec. 2380/1996)-, a la luz de la claridad con la que los diferencia el artículo 138 CC ; a propósito del cual, la Sentencia 579/2004, de 5 de julio (RJ 2004, 5454) (Rec. 2303/1998), dejó ya bien sentado lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

TERCERO

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

Esta sala, en Pleno, fija la doctrina siguiente:

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

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

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

2.ª) Ninguno de los requisitos de validez o eficacia del reconocimiento establecidos en los artículos 121 a 126 CC busca asegurar que aquél se corresponda con la verdad biológica: obviamente no, los consentimientos complementarios previstos en los artículos 123 , 124 y 126; tampoco, la aprobación judicial que requiere el artículo 124 CC , puesto que la falta de tal correspondencia no tiene por qué significar que el reconocimiento sea contrario al interés del menor o incapaz de cuyo reconocimiento se trate.

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

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

Es evidente que la norma transcrita en modo alguno establece que la correspondencia con la verdad biológica sea con carácter general un requisito de validez del reconocimiento. A lo más, cabría deducir de la misma que es un requisito de validez del reconocimiento contemplado en el artículo 121 CC (no, del que contempla el artículo 124 CC , al que hay que entender referido sólo el mandato al Juez de que atienda al «interés del reconocido»); pero parece que la interpretación más correcta del expresado

artículo 26.1 no es entender que el Juez deberá negar la aprobación del reconocimiento que contempla el artículo 121 CC siempre que llegue a la convicción de que no se corresponde con la verdad biológica, sino que, en tal caso, el Juez habrá de asegurarse de que el incapaz o el que no puede contraer matrimonio por razón de edad conoce esa (probable) falta de correspondencia, y de si, pese a ello, mantiene su intención de reconocer, teniendo capacidad suficiente para entender y querer los efectos jurídicos de tal reconocimiento (de complacencia).

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

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

5.ª) No cabe sostener la ilicitud de la causa del reconocimiento de complacencia sobre la base de que la intención del reconocedor es hacer nacer, al margen de las normas sobre la adopción, una relación jurídica de filiación entre él y la persona de la que sabe o tiene la convicción de que no es hijo biológico suyo, puesto que dicha motivación no puede considerarse contraria a la ley: el autor de un reconocimiento de complacencia de su paternidad no pretende (ni por supuesto conseguirá) establecer una relación jurídica de filiación adoptiva con el reconocido. No puede considerarse tampoco una motivación contraria al orden público, cuando el propio legislador (hoy la Ley 17/2006, de 26 de mayo) permite con gran amplitud las técnicas de reproducción humana asistida con gametos o preembriones de donantes. Ni contraria a la moral: se constata que los reconocimientos de complacencia de la paternidad son frecuentes, y no se aprecia que susciten reproche social; lo que sugiere que cumplen una función que, normalmente -cuando la convivencia entre el reconocedor y la madre del reconocido perdura-, se ajusta a los deseos y satisface bien los intereses de todos los concernidos. En la contestación a la demanda, el representante de doña Rosalia alegó que:

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

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

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

reconocimiento y la verdad biológica.

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

CUARTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QUINTO

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

Esta sala, en Pleno, fija la doctrina siguiente:

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

caducado antes la acción que regula el artículo 140.II CC , en cuyo caso, el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CC : el matrimonio no abrirá un nuevo plazo de un año a tal efecto.

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

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

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

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

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

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

Nada semejante aparece en el Código Civil del Estado.

4.º) Ni el tenor literal ni la ratio del artículo 119 CC permiten limitar en modo alguno el alcance de su consecuencia jurídica en atención al hecho de que la determinación legal de la filiación -el reconocimiento de la paternidad en lo que aquí interesa- se haya producido con anterioridad a la celebración del matrimonio. De hecho, lo que se había planteado la doctrina es si ése sería el único caso en el que el precepto se aplicaría, respondiendo unánimemente en sentido negativo. El orden temporal en el que hayan tenido lugar el matrimonio y la determinación legal de la filiación (el reconocimiento de la paternidad en lo que interesa) es irrelevante para la consecuencia de que la filiación adquiere a todos los efectos el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio.

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

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

Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 2017:

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

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

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

Pues bien, no cabe apreciar la concurrencia de ninguna de las causas de inadmisión alegadas por el Letrado del Parlamento de Navarra. En cuanto a la primera, este Tribunal ha reiterado la importancia que tiene el trámite de audiencia del artículo 35.2 LOTC y la exigencia de que el órgano judicial identifique en la providencia que da

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

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

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

3. Una vez descartados los anteriores óbices, procede entrar ya en el examen del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. El apartado b) de la ley 71 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077) (aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo), en la redacción dada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (LNA 1987, 976) , limita las posibilidades del ejercicio de la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad en los casos de filiación no matrimonial a los hijos no matrimoniales, excluyendo de su ejercicio a los progenitores.

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

Las razones para sustentar esta declaración de inconstitucionalidad son plenamente coincidentes con las expuestas por el Pleno de este Tribunal en la STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273) , FFJJ 5 a 7, y reiteradas en la STC 52/2006, de 16 de febrero (RTC 2006, 52) , FJ 2, en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 133 del Código civil (LEG 1889, 27) (CC), en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo (RCL 1981, 1151) , conforme al cual, la acción de reclamación de la filiación, cuando faltara la respectiva posesión de estado, correspondía únicamente al hijo durante toda su vida. Como se resumía en la STC 52/2006 (RTC 2006, 52) , FJ 2, con remisión a la STC 273/2005 (RTC 2005, 273) , FJ 7, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar la filiación en el supuesto contemplado por el referido

precepto «no resulta compatible con el mandato del art. 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción». Sobre este particular, señaló la STC 52/2006 (RTC 2006, 52) en el fundamento citado que, en la ponderación de los intereses en presencia, «el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. En efecto, la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas».

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

La conclusión alcanzada no resulta alterada por la invocación de la STC 236/2000, de 16 de octubre (RTC 2000, 236) , FJ 5, que efectúa el Letrado del Parlamento de Navarra. El objeto de análisis en dicha resolución quedó limitada a la queja referida a la posible vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), que se fundamentaba en el diferente tratamiento dispensado por razón de vecindad civil, atendido el contenido más restrictivo de la ley 71 de la Compilación en relación con el Derecho civil común respecto de la reclamación de la filiación no matrimonial, siendo la aplicación preferente de aquélla, según entendió este Tribunal, consecuencia de una previsión del legislador estatal, en ejercicio de la competencia ex art. 149.1.8 CE, que remitía a la «ley personal del hijo». La Sentencia no consideró válido el término de comparación que allí utilizaba la parte recurrente entre Derecho civil común y Derecho foral, sobre el que basaba su queja de discriminación, pues no cabía aceptar la comparación que se utilizaba con la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, «y, sobre todo, porque, en definitiva, no estamos ante supuestos sustancialmente idénticos, sino, como se ha dicho, ante realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución» (FJ 5). En cualquier caso, y a los efectos que aquí interesan, lo relevante es que no existió ningún pronunciamiento sobre la eventual vulneración de los artículos 24.1 y 39.2 CE, que pudiera producirse con la restricción de la legitimación activa para promover la declaración de la filiación no matrimonial, extremo que, en cambio, sí fue resuelto en relación con la regulación del derecho civil común en las citadas SSTC 273/2005 y 52/2006, en el sentido ya expuesto.

4. Finalmente, se ha de concretar el alcance del pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley 71 b) de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra (RCL 1973,

456 y RCL 1974, 1077) . Al igual que ocurría en cuanto al artículo 133 CC (LEG 1889, 27) en el supuesto resuelto por las SSTC 273/2005 (RTC 2005, 273) , FJ 9, y 52/2006 (RTC 2006, 52) , FJ 3, la declaración de inconstitucionalidad del precepto no ha de ir acompañada de la correlativa declaración de nulidad del mismo. Su inconstitucionalidad deriva de su carácter excluyente, pues, en cuanto su tenor sólo se refiere al hijo y a sus herederos, implica la exclusión de los progenitores, que se verán privados de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial. De esta forma, un pronunciamiento de nulidad no sólo no repararía la inconstitucionalidad apreciada, sino que produciría el indeseable efecto de privar de una acción que no merece tacha de inconstitucionalidad alguna a quienes la ostentan de manera acorde con la Constitución (RCL 1978, 2836) , sin que exista una razón justificada para ello. Como dijimos en la STC 273/2005, FJ 9, «la declaración de nulidad de este precepto, consecuente a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable». Por tanto, al tratarse de una omisión del legislador contraria a la Constitución que no puede ser subsanada mediante la anulación del precepto, la apreciación de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa del mismo exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática, el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)). En todo caso, corresponde al legislador, en el plazo de un año, dar respuesta normativa a la situación planteada.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar la inconstitucionalidad del apartado b) de la ley 71 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra (RCL 1973, 456 y RCL 1974, 1077) , aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, en la redacción dada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril (LNA 1987, 976) , en cuanto impide a los progenitores la reclamación de la filiación no matrimonial, con el alcance expuesto en el fundamento jurídico 4.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2017:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEGUNDO

Planteamiento de la revisión

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

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

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

«se puede aplicar la doctrina contenida en la sentencia fecha 11/10/2007, recordada en la STS de fecha 12/12/2014 (RJ 2014, 6655), en las que tratándose de un documento aportado, prueba biológica de paternidad sobre ausencia de paternidad del demandante, si bien posterior a la sentencia impugnada, no podía estar a disposición de las partes en ningún caso...».

TERCERO

Desestimación de la revisión

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

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

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

«para que proceda la revisión de una sentencia firme por la causa primera del artículo 510 LEC, es necesario que los documentos se hubieran obtenido o, en su caso,

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

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

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

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

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

FALLO

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

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

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

Así se acuerda y firma.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018:

Recurso de casación.

1.- Formulación de los motivos. El recurso se basa en dos motivos. Se justifica el interés casacional en que es aplicable una norma que no lleva en vigor cinco años en su actual redacción.

1.º) El primer motivo denuncia infracción de los arts. 2 y 133.2 CC que, en su actual redacción, establece el plazo de un año para el ejercicio de la acción, teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 26/2015.

En su desarrollo razona la recurrente que la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 133.2 CC se produjo el 18 de agosto de 2015, por lo que resultaría de aplicación en el presente procedimiento el plazo de un año previsto en la nueva regulación legal, ya que la demanda lleva fecha de 19 de enero de 2016. Argumenta que es aplicable la disposición transitoria primera de la propia Ley 26/2015, en la que se establece que «los procedimientos y expedientes judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley y que se encontraren en tramitación se continuarán tramitando conforme a la legislación procesal vigente en el momento del inicio del procedimiento o expediente judicial». Dice que la prohibición de aplicación retroactiva establecida en el art. 2.3 CC excluye la aplicación de la ley a los procesos iniciados con anterioridad pero no a los iniciados después de su entrada en vigor.

2.º) El segundo motivo denuncia infracción del art. 133, en relación con el art. 131 CC, que exigen un interés legítimo, y de los arts. 39.2 y 9.3 CE.

En su desarrollo razona la recurrente que el ejercicio de la acción de reclamación sería abusivo, sin causa legítima que lo justifique, pues el demandante habría hecho abandono de sus obligaciones como progenitor, conociendo que lo era, posibilitando con ello que la menor tuviera por padre a otra persona, por lo que en la actualidad se encuentra disfrutando de una familia en la que estaría perfectamente integrada, por lo que la determinación de la filiación respecto del demandante sería contraria al interés de la menor.

CUARTO

Decisión de la Sala. Estimación del primer motivo del recurso de casación

1.- La sentencia recurrida rechaza que sea aplicable el plazo de un año para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado que establece el art. 133.2 CC porque la niña cuya paternidad reclama el demandante nació antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

2.- Esta sala considera, por el contrario, que cuando se interpuso la demanda de reclamación de la filiación, la nueva redacción del art. 133 CC estaba en vigor, por lo que era aplicable y, puesto que había transcurrido un año desde que el actor pudo conocer el nacimiento de la niña, la demanda debe ser desestimada.

El criterio de la sala se apoya en las siguientes razones:

1.º) La Ley 26/2015, que reconoció legalmente la legitimación activa del progenitor biológico, tal y como con anterioridad había venido haciendo la doctrina de esta sala, somete la acción al plazo de un año desde el conocimiento de los hechos en que se base la reclamación. El legislador asume así la necesidad de establecer un límite a la acción del progenitor en aras de guardar un equilibrio entre los valores constitucionales y los intereses en presencia, tal y como había reclamado el Tribunal Constitucional (sentencias 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero) y esta sala en sentencia 707/2014, de 3 de diciembre.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el legislador debía ponderar los valores constitucionales involucrados reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), pero guardando la necesaria proporcionalidad con la protección del interés del hijo y la salvaguarda de la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. El legislador ha considerado que ese equilibrio se alcanzaba mediante la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción, algo que, como el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado, no supone per se una vulneración de los arts. 6 (derecho a un proceso equitativo), 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio del Consejo de Europa de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

2.º) 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.º) 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.º) 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 encontraren 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 encontraren 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.

3.- La aplicación de la anterior doctrina al presente caso determina la estimación del primer motivo y hace innecesario entrar a analizar el segundo motivo del recurso de casación.

Al estimar el recurso de casación, asumimos la instancia, estimamos el recurso de apelación interpuesto en su día y desestimamos la demanda ya que, cuando se interpuso, había transcurrido el plazo de un año desde que el demandante, que compartió casi todo el embarazo con la madre, pudo conocer el nacimiento de la niña cuya paternidad reclama.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2013 (Técnicas de reproducción asistida):

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- 1. Planteamiento de la cuestión.

El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado de una mujer homosexual, tras la ruptura de su relación de pareja con otra mujer, en relación con el niño nacido durante dicha relación mediante la técnica de reproducción asistida con material genético de un donante anónimo.

2. Resumen de antecedentes. En síntesis, como antecedentes del caso cabe destacar los siguientes:

A) la existencia de una relación de pareja de forma pública y notoria entre las mujeres Doña María Virtudes y Doña Eufrasia desde enero de 1996 hasta junio de 2006 sin matrimonio.

B) El nacimiento por la técnica de fecundación asistida con material genético de donante anónimo, del menor D. Esteban el 13 de noviembre de 2003, siendo madre biológica Doña María Virtudes .

C) El presente caso está relacionado con el recurso número 1334/2008, resuelto por esta Sala en Sentencia de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3280) atribuyendo a la aquí recurrente, un régimen de relaciones personales como "allegada" con el menor. La sentencia, partiendo del concepto de unidad familiar de los textos internacionales europeos, señala que "aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.3 , modificado en 2007, en cambio sí debe considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas". A continuación, en el Fundamento de Derecho Sexto reconoce que esta posibilidad legal no podía aplicarse en este caso, puesto que ambas convivientes no estaban casadas. Sin embargo, y atendiendo al interés del menor, mantiene el régimen de relaciones personales amplio entre el niño y la demandante otorgado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª.

D) En el recurso origen del presente Pleno Jurisdiccional se ha reclamado la determinación de la filiación por posesión de estado. La solución ha sido distinta en la instancia. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Talavera de la Reina, estimó la demanda interpuesta, al amparo de la acción del 131 del Código Civil (LEG 1889, 27) , al considerar acreditada la posesión de estado: atiende al nombre compuesto del menor en el que se incorpora como nombre el apellido de la reclamante (Esteban); al tratamiento del menor como hijo, tanto por la reclamante como por su ámbito familiar; a la continuidad en este tratamiento con el ejercicio de acciones para mantener las relaciones materno-filiales con el menor; a las testificales que hablaron de un "proyecto en común" y a los hechos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección la de 22 de abril de 2008 , base del recurso de casación antes mencionado. Desde un plano jurídico, considera viable la pretensión ejercitada apoyándose en el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo (RCL 2006, 1071) que permite la determinación de la filiación a favor de dos mujeres, diferenciando los planos de la filiación natural, de la jurídica, como ocurre con la adopción y otorgando efectos a las relaciones de convivencia de homosexuales, al permitirse el matrimonio entre ellos desde la ley 13/2005.

E) La Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, estimando el recurso de apelación, desestimó la demanda. En la sentencia se razona que la filiación solo puede tener lugar por naturaleza o adopción (108 CC), que la acción ejercitada no era la del 7.3 de la ley, y que esta ley no se puede aplicar con carácter retroactivo al no preverse en la propia ley, que está pensada para parejas casadas estables y en el caso, se trata de una pareja no casada y rota desde el 2006 y al estarse a una ley cuyos efectos son meramente registrales. A lo que añade que no considera acreditada la posesión de estado por el poco tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor (3 años), aunque actuara como madre.

Recurso de casación .

Acción de filiación no matrimonial. Posesión de estado como presupuesto de legitimación y medio de prueba. Razón de compatibilidad con los principios de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida . Interés legítimo para el ejercicio de la acción.

SEGUNDO

.-1. Al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC (RCL 2000, 34 , 962 y RCL 2001, 1892) , el recurso de casación se articula en único motivo en el que se denuncia la infracción del artículo 131 del Código Civil (LEG 1889, 27) en relación con el artículo 7.3 de la LTRHA de 26 de mayo de 2006.

Alega la recurrente la existencia de interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años: el apartado tercero del 7 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, introducido por la Ley 3/2007, de 15 de marzo (RCL 2007, 524) , reguladora de la mención relativa las sexo de las personas. Indica también que infringe el contenido de la STS del Pleno de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3280) , que ratificó la de la Audiencia Provincial de Toledo de 22 de abril, rollo 385/2007 , que reconoció al recurrente la constante posesión de estado y fija la vía del ejercicio de las correspondientes acciones del artículo 131 CC , sin que el Alto Tribunal denegase expresamente la aplicación del artículo 131 CC al supuesto planteado, ya que únicamente se limitó al cauce

establecido para parientes y allegados, configurando al mismo como derecho de relaciones personales.

Argumenta el recurrente que la sentencia recurrida, al establecer, como única posibilidad, para que se dé la filiación por naturaleza en las parejas del mismo sexo, que estas estén casadas antes del nacimiento del menor, produce una discriminación entre los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, fruto de una relación de hecho, de los hijos nacidos dentro del matrimonio formado por persona del mismo sexo. Y entiende la recurrente jurídicamente necesario fijar a nivel casacional la cuestión debatida y su ajuste a la legislación reguladora de tal situación, teniendo en cuenta la Ley que posibilita el acceso a una forma de filiación por naturaleza distinta a la contemplada en el Código Civil.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser estimado.

En este sentido debe puntualizarse, ab initio (desde el inicio), que la perspectiva de análisis que debe proyectarse sobre la cuestión de fondo, apuntada anteriormente, no tiene por objeto la valoración de la posesión de estado de filiación, considerada en sí misma, ya como medio de determinación de la filiación, propiamente dicho, o bien como título de legitimación de la misma, se encuentre o no previamente determinada, sino que se centra, mas bien, en las facetas o funciones que esta figura desempeña en el curso de la determinación judicial de la filiación, particularmente dispuesto en orden a la acción de reclamación de filiación no matrimonial ejercitada; esto es, en la posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción, (artículo 131 del Código Civil) y en su papel o función de medio de prueba de la filiación reclamada (artículo 767.3 LEC).

Desde esta perspectiva, y a los efectos de la fundamentación que aquí interesa, también debe de precisarse el contexto valorativo objeto de interpretación. En este sentido, la posible razón de compatibilidad que cabe plantearse entre la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida , Ley 14/2006, de 26

mayo (RCL 2006, 1071), habida cuenta de la remisión en materia de filiación a las leyes civiles, salvo las especificaciones propias de la ley, no se circunscribe a la posible aplicación del artículo 7.3 de la normativa, tal y como quedó configurado con la modificación introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, esto es, ya respecto de su aplicación retroactiva al caso que nos ocupa, o bien desde el alcance conceptual que brinda al consentimiento de la mujer casada como título de determinación legal de la filiación, en sí mismo considerado, sino que debe referenciarse, con mayor amplitud, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación.

En este contexto interpretativo no cabe duda que dicha razón de compatibilidad viene informada, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (artículos 14 y 39.2 CE (RCL 1978, 2836)), de protección de la familia, de los hijos (integral) y de las madres con independencia de su estado civil (39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), así como por la debida ponderación, cada vez mas primordial, del interés superior del menor.

En relación con la posesión de estado, figura que ya resultó reforzada tras la Reforma de Derecho de Familia de 1981, el carácter informador señalado se proyecta tanto sobre su posible definición, como respecto de las funciones que jurídicamente desempeña. Cuestión que, al margen de otras posibles consideraciones, determina que la valoración de sus respectivos requisitos de aplicación no resulten delimitados ya en orden a un determinado tipo de filiación, caso de la matrimonial, o bien de la necesaria subsistencia de una previa relación biológica de generación. Extremos también apreciables, como mas adelante se expone, respecto de la valoración jurisprudencial del "interés legítimo" que sustenta la legitimidad del ejercicio de la acción (artículo 131 del Código Civil).

Con mayor incidencia, SSTC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999, 116), de 6 de noviembre de 2012 y STS de 12 de mayo de 2011, resultan extrapolables estas consideraciones al contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, particularmente del carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico, como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos.

Por tanto, la conclusión que debe extraerse de este contexto valorativo, avanzando en la dirección ya señalada por la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 (núm. 740/2013 (RJ 2013, 7566)), no es otra que la plena razón de compatibilidad de ambas normativas en el curso de la acción de filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada.

4. Esta consideración o razón de compatibilidad, como ya se ha apuntado, resulta también relevante a la hora de abordar el "interés legítimo" que debe presidir la amplia legitimación que se deriva de la posesión de estado. En efecto, en el presente caso, probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada.

Viabilidad de la acción y protección del interés superior del menor.

TERCERO

.-1. En el presente caso, conforme a los planteamientos de la cuestión ya expuestos, esta Sala no comparte la interpretación normativa que la sentencia recurrida realiza sobre el alcance de los hechos acreditados en orden a no estimar acreditada la posesión de estado alegada, de ahí que deba procederse a su revisión y pertinente estimación. Así, en primer término, en relación con la legitimación activa que de un modo amplio rige para el ejercicio de la acción (artículo 131 del Código Civil (LEG 1889, 27)) ya ha resultado justificado el interés legítimo de su interposición sobre la base de los hechos y pruebas aportadas, sin que resulte necesaria la impugnación de la filiación ya determinada en favor de la madre biológica, pues no resulta contradictoria con la que se pretende reclamar; la ya citada STS de 5 de diciembre de 2013 .

En segundo término, hay que señalar que la sentencia de Pleno de esta Sala, de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3280) (nº 320/2011), que la propia sentencia recurrida trae a colación como antecedente necesario del presente caso, conforme también a lo constatado por ambas instancias en dicho procedimiento, declara unos hechos reveladores de la posesión de estado ahora alegada, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía. Hechos no desacreditados por la sentencia recurrida que reconoce, conforme a lo probado en autos, "que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación" o que resulta acreditado que "durante un tiempo actuó como madre". En definitiva, hechos reveladores del "tractatus" como elemento impulsor de la posesión de estado, particularmente en los supuestos de reclamación de filiación no matrimonial, como en el presente caso (SSTS 17 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1961) y 10 de noviembre de 2003).

Frente a ello, las consideraciones de la sentencia de Apelación se aparta de la esencia del objeto de debate, pues que la sentencia de Pleno citada, de 12 de mayo de 2011, considere que "la demandante no es la madre del menor" es una consecuencia lógica de la pretensión ejercitada en su momento, que no fue la reclamación de la filiación, sino el derecho de visitas, previamente establecido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Talavera. En parecidos términos, respecto de la referencia de la citada sentencia a la inaplicación del artículo 7.3 de la LTRHA (RCL 2006, 1071) que en el presente caso, tal y como se ha justificado, resulta innecesaria en el curso de la acción de filiación no matrimonial aquí interesada.

2. Por otra parte, y como también se ha puntualizado, el curso de la acción ejercitada no escapa a la ponderación o ajuste que debe realizarse conforme al interés superior del menor y, por tanto, a las concreciones y funciones que el ordenamiento jurídico le asigna. En efecto, desde su configuración como principio constitucional, reforzado por los Textos internacionales de referencia, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, y Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0172/92, así como por el propio desarrollo de la legislación nacional, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor, debe señalarse que, como salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor (STS de 5 de febrero de 2013, nº 26/2013 (RJ 2013, 928)), su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor.

A su vez, desde la pauta o función de tutela que despliega el interés superior del menor, su incidencia en los derechos y bienes jurídicos concurrentes también se manifiesta en el necesario juicio de ponderación realizado a tal efecto, de forma que en el curso de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para advenir al alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica.

Pues bien, en el presente caso, y en orden a la viabilidad de la acción ejercitada, debe concluirse, a la luz de los informes técnicos realizados, que ambas facetas concurren de forma positiva en la relación de familiaridad del menor con la demandante.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2013 (Maternidad subrogada):

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Antecedentes del caso

1.- Los hechos fundamentales para comprender la cuestión que es objeto del recurso, tal como han sido fijados en la instancia, son los que a continuación se exponen resumidamente.

Los hoy recurrentes, dos varones españoles casados entre sí en 2005, solicitaron en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos) la inscripción de nacimiento de dos hijos, nacidos en dicho estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 mediante "gestación por sustitución". Adjuntaron a la solicitud documentos consistentes en certificados de nacimiento de los menores expedidos por la autoridad registral de California, en los que aparecían como hijos de los solicitantes.

2.- El encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada, con invocación de la prohibición de la denominada "gestación por sustitución" establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (RCL 2006, 1071) , sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida .

3.- Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que solicitaron la revocación de la decisión del Encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles y la inscripción de los menores en el Registro Civil español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos. La Dirección General dictó resolución de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735) estimando el recurso y ordenando se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos. La resolución consideraba que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor.

4.- El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba dicha resolución. Alegaba que la solución adoptada por el Derecho californiano infringía directamente el art. 10 de la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que establecía la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución sería determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Consideraba la demanda que el contenido de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado era contrario al orden público español y que por tanto no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada.

5.- Tanto los solicitantes de la inscripción como el Abogado del Estado contestaron a la demanda, oponiéndose a ella. El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, al que había correspondido el conocimiento de la demanda, dictó sentencia en la que estimó la impugnación formulada y acordó dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada en la resolución.

6.- Los solicitantes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Contra esta sentencia han interpuesto recurso de casación.

7.- No se han aportado al proceso ni el contrato de gestación por sustitución ni la sentencia del tribunal californiano atribuyendo la paternidad a los hoy recurrentes, pero estos han admitido en sus alegaciones la existencia del citado contrato y se ha hecho referencia a lo largo del litigio a la existencia de tal sentencia, exigida por el Código de Familia de California.

Recurso de casación

SEGUNDO. Enunciación del único motivo del recurso

1.- El recurso de casación se articula en torno a un único motivo, que se enuncia del siguiente modo: ««Infracción del art. 14 CE (RCL 1978, 2836) , por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712) ».

2.- Los argumentos que se esgrimen como fundamento del motivo son, resumidamente, los siguientes:

1) No permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio.

2) Privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

3) *El reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues este impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato.*

Se abordará en primer lugar la última de las cuestiones planteadas para a continuación analizar las planteadas previamente.

TERCERO. Valoración de la Sala. El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español

1.- La cuestión objeto del proceso, tal como ha sido planteada por las alegaciones iniciales de las partes, es si procede el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores realizada por las autoridades del estado norteamericano de California en que se fija la filiación a favor de los hoy recurrentes. Estos solicitaron al encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles, la práctica de las inscripciones de nacimiento de los menores y de la filiación aparejada a tales inscripciones, no mediante la declaración del nacimiento sino mediante la aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por el organismo de California equivalente al Registro Civil, en las que aparecían como padres los hoy recurrentes.

El Registro Civil consular denegó la inscripción pero la Dirección General de los Registros y del Notariado, al resolver el recurso interpuesto por los solicitantes de la inscripción, revocó la decisión denegatoria y acordó la práctica de la inscripción con base en dichas certificaciones extranjeras y, por tanto, con la filiación de los menores tal como resultaba de las mismas. Esa es la resolución cuestionada por el Ministerio Fiscal en la demanda que ha dado origen a este procedimiento.

2.- Tal como ha sido planteada la cuestión ante este tribunal, no estamos ante un "hecho" que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable.

La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español.

Ciertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California. Pero este problema no ha sido planteado en ningún momento en el litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y solo obscurecería la solución del recurso.

3.- La forma en que se ha procedido al reconocimiento del título extranjero, la certificación registral de California, es la prevista en el art. 85 en relación al último inciso del art. 81, ambos del Reglamento del Registro Civil (RCL 1958, 1957, 2122 y RCL 1959, 104) .

El control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil (RCL 2011, 1432) , al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará.

4.- La pluralidad de ordenamientos jurídicos en los diversos estados y la libre circulación de las personas hacen que cada vez sean más frecuentes las relaciones jurídicas personales y económicas que se proyectan sobre diversos ordenamientos, y que, consecuentemente, se planteen ante las autoridades administrativas y judiciales cuestiones relacionadas con el reconocimiento de situaciones jurídicas o decisiones de autoridades extranjeras.

La posibilidad de que ciudadanos y empresas elijan entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos es una realidad, y el Derecho internacional privado ha de buscar cada vez más normas de compatibilidad entre distintos ordenamientos jurídicos en vez de normas de supremacía que impongan un solo punto de vista.

Pero esta posibilidad de elección tiene unos límites que, en lo que aquí interesa, vienen constituidos por el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

De lo expuesto se deriva que la "legalidad conforme a la Ley española" de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil , sí bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación).

Que dicha certificación registral extranjera no produzca efectos de cosa juzgada y cualquier parte legitimada pueda impugnar ante los tribunales españoles la inscripción en el Registro Civil español de la certificación extranjera, como pone de relieve la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado para justificar la solución adoptada, no elimina la realización por el encargado del Registro Civil español del control de contenido del asiento objeto de dicha certificación, de modo que deniegue su acceso al Registro Civil español cuando sea contrario al orden público internacional español, o deniegue el acceso de aquellos aspectos del asiento (como el relativo a la determinación de la filiación) en los que se observe tal contrariedad.

5.- Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836)), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).

Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución).

Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero (RTC 1989, 54) , FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.

6.- Llevan razón los recurrentes cuando afirman que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural.

Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Fruto de esta preocupación es, por ejemplo, la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional estableciendo como principios básicos que los estados establezcan, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, y la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de niños, que se concreta, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (considerandos introductorios y art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993).

También responden a esta preocupación las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la gestación por sustitución.

7.- Consecuencia lógica de lo expuesto es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (RCL 2006, 1071) , integran el orden público internacional español.

Ciertamente, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público "atenuado". Pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.

En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la "huida" de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)).

8.- A diferencia con lo que ocurría en el caso de Luxemburgo en relación con la adopción monoparental, que fue objeto de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007 (JUR 2007, 147388), caso Wagner, la regulación que se contiene en la ley española no es excepcional en los países de nuestro entorno jurídico más próximo, entendiéndose como tal la Unión Europea. Por el contrario, en un número considerable de ellos la gestación por sustitución no está permitida, siendo prácticamente unánime su prohibición cuando tiene carácter oneroso.

9.- Otras circunstancias a tomar en consideración son que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida cuyo art. 10 regula esta cuestión es relativamente reciente, pues data de mayo de 2006, y ha venido precedida por un considerable debate social.

La ley 35/1988, de 22 de noviembre (RCL 1988, 2332) , fue tramitada y aprobada tras la elaboración del informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humana creada en el Congreso de los Diputados, ante la que declararon médicos, profesores de diversas disciplinas, juristas, etc. y que fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986. Antes había existido también un grupo de trabajo sobre estas materias formado en la Dirección General de los Registros y el Notariado, integrado por prestigiosos juristas y académicos de otras disciplinas, que celebró varias sesiones de trabajo y elaboró un informe.

Dadas las críticas que suscitaron diversos aspectos de esta ley, y los problemas que los avances de las técnicas de reproducción humana asistida habían suscitado, se promulgó una nueva ley, la 14/2006, de 26 mayo, aplicable a este asunto por razones temporales, que sustituyó a la anterior.

Pese a este cambio legislativo, la norma aplicable a la gestación por sustitución, el art. 10 de ambas leyes, permaneció idéntica. Su apartado primero establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El segundo apartado prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (en línea con lo recomendado en el informe del Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas, CAHBI, del Consejo de Europa). Y el tercero deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

10.- Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

11.- Los recurrentes reconocen la contrariedad al orden público español de dicho contrato de gestación por sustitución, que impediría considerar válido y ejecutar en España tal contrato. Pero afirman que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia "periférica" de dicho contrato, por lo que no existe la incompatibilidad con el orden público que apreció la sentencia de la Audiencia.

El argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes.

Además, es importante tomar en consideración que la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

CUARTO. Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual

1.- En el recurso se alega que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio, porque sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge (art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (RCL 2006, 1071)).

El argumento no se considera admisible. Los propios recurrentes reconocen que uno y otro supuesto son diferentes, por razones evidentes. La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente.

2.- En todo caso, los argumentos expuestos en la sentencia recurrida muestran con claridad que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

Por tanto, la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre

o mujer.

QUINTO. El interés superior del menor

1.- Los recurrentes alegan que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

2.- El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, establece: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Este principio también se establece en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2007, 2329), tiene anclaje constitucional en el art. 39 de la Constitución española (RCL 1978, 2836), se recoge en la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil (LEG 1889, 27) y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor, y ha regido la jurisprudencia de este Tribunal, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 5 de noviembre de 2002 (TEDH 2002, 63), caso Yousef contra Países Bajos, de 10 de enero de 2008 (TEDH 2008, 5), caso Kearns contra Francia, y de 7 de marzo de 2013 (JUR 2013, 72819), caso Raw y otros contra Francia).

3.- El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial.

Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado "conceptos esencialmente controvertidos", esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio.

Este carácter controvertido puede predicarse del "interés superior del menor" cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado.

4.- Los recurrentes consideran que el único modo de satisfacer el interés superior del menor es reconocer la filiación que ha sido recogida en el asiento registral realizado por la autoridad registral de California, esto es, la que es consecuencia del contrato de gestación por sustitución conforme a la legislación de dicho estado. Los padres serían los comitentes, esto es, quienes "encargaron" la gestación del menor (en este caso, los menores, pues nacieron mellizos). No sería madre la mujer que les dio a luz. La justificación que dan los recurrentes es que los mejores padres son los que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, mediante un contrato de gestación subrogada, y están interesados en los menores.

Con dichos argumentos solicitan la confirmación de la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado cuya impugnación constituye el objeto de este proceso. Esta resolución afirmó (párrafo cuarto del fundamento de derecho quinto) que «[...] el interés superior de los menores [...] exige que éstos queden al cuidado de los

sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño "la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar"».

5.- La aceptación de estos argumentos llevaría a concluir que el legislador español, al considerar nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuir la condición de madre a la mujer que da a luz al niño, no reconociendo por tanto la relación de filiación respecto de los padres intencionales o comitentes, ha vulnerado el interés superior del menor.

Asimismo, la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él.

La invocación indiscriminada del "interés del menor" serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas.

6.- La tesis de los recurrentes no puede ser aceptada. La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.

La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución . Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.

7.- En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (RCL 1990, 2712), el interés superior del menor tiene la consideración de "una consideración primordial" a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (RCL 1995, 2270).

8.- Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.

En línea con lo expuesto, un dato a tomar en consideración es que el Código Civil no exige que cuando se formule una acción de impugnación de la filiación respecto de un menor haya de fijarse simultáneamente otra filiación alternativa, de modo que el éxito de tal acción supone privar al menor de la filiación hasta ese momento determinada. Por tanto, la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí lo sea, tiene encaje adecuado en nuestro ordenamiento jurídico, pues este considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación.

9.- Otro argumento de los recurrentes es que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

Las sentencias de tribunales internacionales que se citan en apoyo de este argumento no sirven para darle adecuado fundamento. Mientras que en los casos enjuiciados en esas sentencias los menores tenían una vinculación efectiva con dos estados distintos (por la diferente nacionalidad de sus padres o por ser distinto el estado de residencia del estado de nacionalidad), en el caso aquí enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos, puesto que los recurrentes acudieron a California solo porque allí era posible concertar un contrato de gestación por sustitución, con la consiguiente determinación de la filiación a su favor, que en España y en los países más cercanos estaba prohibido. No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única.

Además, en las sentencias invocadas el bien jurídico con el que entraba en conflicto el principio de identidad única del menor era el principio de inmutabilidad o estabilidad de los apellidos (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de octubre de 2003 (TJCE 2003, 314), asunto C-148/02, caso García Avello, y de 14 de octubre de 2008 (TJCE 2008, 235), asunto C-353/06, caso Grunkin-Paul). Es evidente que se trata de un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución.

10.- Tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007 (JUR 2007, 147388), caso Wagner y otro contra Luxemburgo: (i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

11.- La última cuestión que ha de abordarse es la de la desprotección en que se dejaría a los menores.

La afirmación de los recurrentes de que los menores serían enviados a un orfanato o a los Estados Unidos carece de verosimilitud y no está apoyada en ningún dato.

No obstante, este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute. Pero considera que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo.

La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo , y de 4 de octubre de 2012 (TEDH 2012, 89) , caso Harroudj contra Francia).

El presente recurso no tiene por objeto, porque la acción ejercitada no lo tenía y porque no se han alegado y probado los hechos que permitirían decidirlo, adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cuál de ellos lo habría aportado, ni menos aún se prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños. Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares "de facto" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (RCL 2006, 1071) , en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.

Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

12.- Lo expuesto supone que la solución alcanzada por los tribunales de instancia realiza una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto tomando en consideración primordial el interés superior de los menores. La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los

menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo , y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia) ha declarado que el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1999, 1190 y 1572) , que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. A tal efecto, procede instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto".

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2018 (Uniones de hecho: negativa al pago de pensión compensatoria):

PRIMERO. Antecedentes

Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - El 15 de abril de 2014, la Sra. Zaira presentó «solicitud de medidas provisionales previas a la demanda de declaración judicial de ruptura de unión de hecho» contra el Sr. Olegario . Alegó una relación de pareja de veintidós años con el Sr. Olegario, de convivencia durante dieciséis años, fruto de la cual habían nacido en 2001 y 2004 sus dos hijos. En la solicitud interesó la adopción de medidas relativas a la patria potestad, custodia, régimen de visitas, uso de la vivienda familiar y de un vehículo. Solicitó también, por lo que interesa a los efectos del presente recurso, «en concepto de contribución a las cargas familiares», el pago por el Sr. Olegario de 3.500 euros al mes. Para el caso de que ella dejara de percibir cantidad alguna de la sociedad Ópalo S.L. (de la que percibía 1.500 euros mensuales en concepto de sueldo desde octubre de 2012), solicitaba que esa cantidad se incrementara hasta los 4.500 euros.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Castellón dictó auto 203/2014, de 11 de junio , sobre adopción de medidas provisionales previas a la demanda sobre guarda y custodia y alimentos para hijos menores no matrimoniales en el que, por lo que interesa ahora, acordó el pago por el padre de 500 euros mensuales para cada uno de los hijos.

2. - El 24 de julio de 2014, la Sra. Zaira , al amparo de los arts. 104.2 CC y 771.5 LEC, interpuso «demanda de declaración judicial de ruptura de unión de hecho» contra el Sr. Olegario.

En la demanda, además de medidas sobre guarda y custodia, alimentos y uso de la vivienda familiar (copropiedad de los dos y gravada con una hipoteca), solicitó que se acordara la concesión de una pensión compensatoria de 1.500 euros al mes a su favor y a cargo del demandado «para el caso de la supresión del sueldo en la mercantil Ópalo S.L., dado el evidente desequilibrio que eso le reportaría y la situación crítica en la que quedaría».

La demanda señaló como procedimiento adecuado «el regulado en el art. 753 de la LEC » y el decreto de admisión a trámite determinó como procedimiento adecuado el juicio verbal con las especialidades previstas en el art. 753 LEC y concordantes.

El Ministerio Fiscal intervino y en su primer escrito dirigido al Juzgado informó respecto al procedimiento lo siguiente: «Derecho adjetivo: artículos 748 y ss., 748 y ss., 769.3, 770.6 y ss. de la LEC ».

El demandado se opuso en cuanto al fondo de la pretensión de pensión, expresando su conformidad con los fundamentos de derecho procesal de la demanda.

El proceso se tramitó efectivamente como juicio verbal especial y se propuso y practicó prueba atinente a la totalidad del objeto planteado por la actora.

Por lo que ahora interesa, la demandante basó su pretensión en los siguientes argumentos: que durante toda la relación de la demandada con el demandado ella se había venido dedicando fundamentalmente al hogar, a la crianza y educación de los hijos comunes (de 12 y 9 años en el momento de presentar la demanda) y que su única fuente de ingresos procede del sueldo que percibe de la sociedad Ópalo; que Ópalo es una sociedad participada por la demandante en un 49% y por el demandado en un 51%, lo que deja en manos del demandado que ella pueda continuar percibiendo su sueldo. Citó en favor de su tesis la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sec. 2.ª, 28/2002, de 9 de febrero , que reconoció una pensión compensatoria en una ruptura de convivencia more uxorio y el auto del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 que inadmitió un recurso de casación contra una sentencia que concedió una pensión compensatoria al amparo del art. 97 CC tras la ruptura de una convivencia estable. A esta medida se opuso el Sr. Olegario. Con cita de las sentencias de la sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2008 (RJ 2009, 404) y de 12 de septiembre de 2005, que excluyen la aplicación analógica del art. 97 CC a las parejas no casadas, sostuvo que en el caso tampoco se dan las circunstancias fácticas que permitirían la aplicación analógica del art. 97 CC , porque ni durante el periodo de convivencia como pareja, ni después con la maternidad, la Sra. Zaira dejó de trabajar. Argumentó igualmente que él también tiene interés en que ella trabaje y que ella tiene formación superior y experiencia profesional suficiente como para encontrar otro empleo en caso de disolución de la mercantil Ópalo Interiores, S.L.

3. - La sentencia del Juzgado estimó parcialmente la demanda y, por lo que aquí interesa, entre las medidas adoptadas, estableció la siguiente: «[E]l demandado abonará a la demandante una pensión compensatoria por importe de 500 euros mensuales, pensión que sólo se abonará en el caso de que la demandante deje de percibir su sueldo actual de 1.500 euros procedente de la mercantil Ópalo S.L. siempre que la extinción de la relación laboral no sea atribuible a la propia conducta de la demandante, momento a partir del cual el demandado tendrá obligación de abonar la citada pensión durante el plazo de dos años». Tras la transcripción de sentencias de Audiencias Provinciales en las que se razona, a efectos de establecer una pensión compensatoria entre los miembros de una unión de hecho, sobre la aplicabilidad o no del art. 97, del art. 1438 CC y de la doctrina del enriquecimiento injusto, la sentencia basó su decisión en el siguiente razonamiento:

«En el presente supuesto la prueba practicada ha acreditado la mayor dedicación de la madre al cuidado de los hijos y del hogar familiar.

»Lo expuesto resulta del hecho de que durante los últimos cinco o seis años el demandado ha estado residiendo fuera de Castellón de lunes a viernes -no se debe olvidar que los hijos tiene catorce y diez años-, y que cuando vivía en Castellón la demandante manifestó que ella los tenía en la tienda hasta que cerraba y que su pareja no llegaba a casa antes de las nueve de la noche.

»Y así lo pone de manifiesto también la diferente capacidad económica de ambas partes, tal y como resulta de la prueba valorada en el fundamento de derecho anterior, que prueba también la distinta capacidad económica de ambas partes al tiempo de romperse la convivencia, lo que generaría un enriquecimiento injusto a favor del demandado de no acordarse cantidad alguna a favor de la demandante. »Por todo ello, y atendiendo la distinta capacidad económica de ambas partes, procede estimar parcialmente la pretensión de la demanda consistente en que el demandado abone a la actora la cantidad de 500 euros para evitar el enriquecimiento injusto que genera la ruptura de la unión de hecho, si bien, tal y como ha solicitado la propia parte actora, dicha cantidad sólo tendrá la obligación de abonarla el demandado en el caso de que la demandante deje de percibir su sueldo actual de 1.500 euros procedente de la mercantil Ópalo S.L., si bien con el matiz de que siempre que la extinción de la relación laboral no sea atribuible a la propia conducta de la demandante. »En el supuesto de que de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior el demandado tenga que satisfacer la pensión compensatoria, el plazo durante el cual el demandante deberá abonar la referida cantidad será de dos años, vista la edad de la madre y la experiencia profesional que ha adquirido también durante la convivencia more uxorio, pues de su propio interrogatorio resulta que ha estado compaginando su dedicación a la familia con su trabajo».

4. - El Sr. Olegario interpuso recurso de apelación en el que no planteó cuestiones procesales y solo impugnó las medidas adoptadas por el Juzgado. Por lo que aquí interesa, reiteró que no debía concederse a la actora pensión económica alguna. A los argumentos utilizados en la contestación de la demanda, y a la vista del razonamiento de la sentencia de primera instancia y de las sentencias citadas en ella, añadió que en el caso no existía enriquecimiento injusto.

La Sra. Zaira formuló oposición al recurso y alegó que la forma de organizarse los miembros de la pareja había permitido al demandado potenciar su vertiente profesional, mientras que la dedicación de ella al cuidado de la casa e hijos le había permitido un menor recorrido profesional. Añadió que ello había determinado que el nivel de ingresos de él desde hace años fuera superior al de ella. La Audiencia Provincial dictó sentencia desestimatoria del recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia. Su razonamiento fue el siguiente: «A tales efectos la sala da por reproducida la jurisprudencia citada en la sentencia de instancia, evitando la repetición por inútil.

»Sobre la prueba practicada es un hecho acreditado que la convivencia de los litigantes ha sido de más de 16 años, fruto de cuya relación nacieron sus dos hijos, Baltasar y Fausto de 12 y 9 años a fecha de la presentación de la demanda en el 2014, habiéndose hecho cargo en mayor medida de la educación y cuidado de los hijos su madre, en atención a los negocios y dedicación del padre a dichos menesteres, con ausencias en los últimos años por motivos laborales.

»Ciertamente es un hecho acreditado que la Sra. Zaira posee cualificación profesional, y que durante la convivencia ha desarrollado trabajo remunerado fuera del hogar familiar, pero dicha circunstancia no constituye un impedimento para la adopción del pronunciamiento de la sentencia, cuando acuerda una pensión compensatoria de 500 euros mes por dos años, para el caso de que se quede sin el empleo que a fecha de la demanda desempeñaba en la mercantil Ópalo Interiores S. L. del demandado. Y que según indica la parte apelada, efectivamente ya no desempeña.

»Y decimos que dicha compensación, se haya (sic) justificada, por cuanto de no haberse hecho cargo en la medida correspondiente la Sra. Zaira de la crianza y dedicación a sus hijos, ninguna duda cabe que el padre de los menores no podría haber desarrollado sus trabajos profesionales con la libertad que ello le daba, con sus viajes y estancias en Madrid. Es decir la dedicación de la madre de los menores ha contribuido a potenciar la vertiente profesional del padre, y al incremento de sus ingresos en mayor medida».

SEGUNDO. Recurso de casación

El Sr. Olegario interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional al amparo del art. 477.2.3.º LEC. Cita como infringidos los arts. 97 y 1438 CC, que considera inaplicables a las uniones de hecho.

Justifica el interés casacional con la cita de la sentencia del Pleno de 12 de septiembre de 2005, y las que le siguen de 6 de octubre de 2006 , 6 de mayo de 2008 y 30 de octubre de 2008.

Argumenta que la sentencia recurrida, al fijar una pensión compensatoria a favor de la demandante, infringe la doctrina de la sala, conforme a la cual no cabe la aplicación analógica del art. 97 CC a las parejas de hecho. Sostiene que la aplicación de la doctrina del enriquecimiento a la que se refiere la jurisprudencia requeriría la prueba de un desequilibrio que, en el caso no se ha producido, pues desde el inicio de la convivencia él ha trabajado para varias empresas y ella, que había trabajado previamente en otras empresas continuó haciéndolo después de la convivencia, de modo que pudo compatibilizar el trabajo con la maternidad, aunque fuera con reducción de jornada y que, desde 2005, año en que se constituyó por ambos la sociedad familiar Ópalo, trabajó para esta empresa, de la que ha estado cobrando un sueldo.

TERCERO. Acumulación indebida de acciones

No existe en el ámbito estatal una norma general que prevea la acumulación en un único proceso de todas las acciones dirigidas a poner fin a la relación de pareja, y la aplicación de las reglas legales se dirige a excluir tal acumulación (arts. 753 y 770, de una parte, art. 437.4 LEC , de otra, y arts. 748.4 º, 769.3 y 770.6.ª LEC).

En el presente caso, la demandante acumuló una acción de petición de una pensión a las cuestiones referidas a la patria potestad, la custodia, los alimentos de los hijos comunes y el uso de la vivienda familiar. La acción de petición de una pensión entre los miembros de una pareja no casada no está comprendida en los «procesos matrimoniales» que regula el Libro IV LEC y que, por decisión expresa del legislador, en relación con las parejas no casadas, solo contempla las cuestiones que afecten a los hijos menores (arts. 748.4 º, 769.3 y 770.6.ª LEC). El ejercicio por parte de la demandante de la pretensión de pago de una pensión con el fundamento que fuera, en consecuencia, estaría avocada a un procedimiento ordinario (en función de la cuantía reclamada, conforme al art. 251.7 LEC) y, por lo dicho, no puede acumularse al proceso especial de menores.

Sin embargo, el demandado no ha planteado en ningún momento la excepción de inadecuación de procedimiento y ni el Juzgado ni la Audiencia Provincial la apreciaron de oficio, de modo que las partes han accionado y contestado respectivamente con todas las garantías de forma plena y escrita, tanto en primera como en segunda instancia, y el demandado ha interpuesto recurso de casación en el que plantea si debe establecerse a favor de la demandante una pensión sui generis por analogía con la pensión compensatoria y basada en el enriquecimiento injusto. En el caso, por tanto, se ha puesto de manifiesto ante la sala la existencia de un determinado interés casacional y

ninguna de las partes insta la nulidad o solicita que la sala no se pronuncie en cuanto al fondo, por lo que, atendiendo a lo dispuesto en los arts. 227 LEC y 240 LOPJ, esta sala se pronunciará sobre la pensión solicitada.

CUARTO. Admisibilidad del recurso

1.- En su escrito de oposición al recurso, la demandante recurrida alega que concurren causas de inadmisión porque se citan como infringidos preceptos que no han sido aplicados, pues la sentencia recurrida se pronuncia sobre la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en los supuestos de ruptura de uniones de hecho. Argumenta también que el recurrente no respeta los hechos probados y que la sentencia recurrida aplica la jurisprudencia de la sala en atención a los mismos. Entiende que el recurso debe ser desestimado porque la sentencia recurrida se hace eco de la doctrina de la sala sobre la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en el caso de ruptura de uniones de hecho que genera desequilibrio económico.

Procede rechazar los óbices de inadmisibilidad.

2.- En efecto, la demandante solicitó una pensión y la sentencia recurrida confirma la medida de la sentencia de primera instancia que la concedió, sin afirmar expresamente con fundamento en qué precepto, pero apoyando su decisión en la transcripción de jurisprudencia en la que se razonaba a veces sobre el art. 97 CC, otras sobre el art. 1438 CC y otras sobre el enriquecimiento injusto. La sentencia de la Audiencia, para confirmar la de primera instancia, dice que da por reproducida la jurisprudencia citada en ella y, aunque tampoco basa su decisión en precepto alguno, la valoración que hace de los hechos es un compendio de los criterios que se recogen en los arts. 97 y 1438 CC (la dedicación a la familia y los hijos) y de los que justificarían una aplicación de la doctrina del enriquecimiento. Dada la poca claridad de la sentencia recurrida acerca del fundamento por el que se concede la pensión no es reprochable que el recurrente invoque como infringidos todos los preceptos y doctrina citados por dicha sentencia para fundamentar su decisión.

QUINTO. Derecho aplicable y doctrina de la sala

1.- Hay que comenzar descartando la aplicación de las leyes dictadas por la Comunidad Valenciana para regular las uniones de hecho, a las que el recurrente alude en su recurso de casación y en las que, si bien no se establecía una pensión compensatoria, se reconocía la posibilidad de pacto que la acordara (art. 7 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre (LCV 2012, 351) , de uniones de hecho formalizadas; con anterioridad art. 4 de la Ley 1/2001, de 6 de abril (LCV 2001, 137) , por la que se regulaban las uniones de hecho de la Comunidad Valenciana). Ello en atención a que la sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110) , declaró la nulidad, entre otros, del precepto que así lo establecía en la Ley de 2012, como consecuencia de la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular las consecuencias civiles de las «uniones de hecho formalizadas». 2.- **Sentado lo anterior, hay que destacar que en el Derecho civil estatal no existe una regulación general de las parejas no casadas. El legislador ha equiparado a algunos efectos las parejas no casadas al matrimonio (arts. 101 , 320.1 , 175.4 CC, arts. 12.4 , 16.1.b , 24.1 LAU). Pero esto no ha sucedido con la pensión compensatoria reconocida en el art. 97 CC . Son admisibles genéricamente los pactos entre los convivientes por los que, al amparo del art. 1255 CC , adopten acuerdos en los que prevean compensaciones por desequilibrios en el momento de la ruptura de la convivencia. Sin embargo, no existe una previsión legal que contemple para el caso de extinción de la pareja una compensación de ningún tipo (ni alimenticia en caso de necesidad, ni por desequilibrio, ni por haber trabajado para el hogar o para el otro cónyuge).**

3.- De forma categórica, sin distinguir entre parejas constituidas por la mera convivencia y parejas formalizadas y sin contemplar tampoco la posibilidad de que por acuerdo de los interesados pudiera excluirse el régimen legal, la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 23 de abril, declaró que las reglas que imponen a los integrantes de una pareja estable el derecho a una pensión sin que así lo hayan acordado «vulneran la libertad de decisión consagrada en el art. 10.1 CE, al responder básicamente a un modelo imperativo alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad» [FFJJ 9, 10 b) y c), 11 b) a d), 13].

En particular, con este argumento el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el articulado de la Ley foral navarra 6/2000, de 3 de julio (LNA 2000, 191), para la igualdad jurídica de las parejas estables, que permitan exigir una pensión periódica o una pensión de compensación económica a los miembros de una pareja aunque no hubieran acordado nada sobre el particular. Pero añade la citada sentencia del Tribunal Constitucional que tal declaración de inconstitucionalidad lo es «independientemente de que las reglas generales de responsabilidad por enriquecimiento injusto puedan tener su proyección en determinados supuestos y de que los miembros de la pareja puedan libremente establecer los pactos que tengan por convenientes al respecto, lo que resulta inconstitucional es la imperatividad de la previsión en los términos referidos».

4.- La interpretación del Tribunal Constitucional ha reforzado la línea jurisprudencial de esta sala que de que no cabe aplicar por analogía legis las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia more uxorio o unión de hecho, pero no descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales, como el del enriquecimiento injusto.

a) En efecto, frente a una línea anterior, la sentencia del Pleno 611/2005, de 12 de septiembre, declaró que no cabe la aplicación analógica de las normas propias del matrimonio.

Con posterioridad, se ha reiterado la doctrina de que debe excluirse la aplicación analógica de la pensión compensatoria a los supuestos de ruptura de la convivencia en parejas de hecho, bien reiterando la doctrina para casos de pensión compensatoria, bien al solucionar otros problemas jurídicos planteados con ocasión del cese de la convivencia de parejas (sentencias 927/2005, de 5 de diciembre, 299/2008, de 8 de mayo, 1040/2008, de 30 de octubre, 1155/2008, de 11 de diciembre , 416/2011, de 16 de junio , 130/2014, de 6 de marzo, y 713/2015, de 16 de diciembre). b) La sala se ha pronunciado sobre la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en la liquidación de relaciones patrimoniales entre los miembros de una pareja no matrimonial: bien para apreciar su existencia cuando concurren sus presupuestos (sentencia 306/2011, de 6 mayo), bien para negarla cuando existe una normativa específica que regula el supuesto concreto (sentencia 927/2005, de 5 de diciembre, en el caso de un condominio regulado por los arts. 392 ss. CC).

c) De modo señalado, la sala se ha ocupado de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto para el reconocimiento de una pensión compensatoria. Así, se apreció que concurrían los presupuestos del enriquecimiento en las sentencias 584/2003, de 17 de junio , y 1016/2016, de 6 de octubre . Por el contrario, no se aprecia enriquecimiento injusto en los casos que dan lugar a las sentencias 611/2005, de 12 de septiembre, 387/2008, de 8 de mayo , y 1040/2008, de 30 de octubre.

SEXTO. Estimación del recurso

Aplicando la anterior doctrina de la sala al presente caso, el recurso, por las razones que se exponen a continuación, debe ser estimado.

1.- La sentencia recurrida no invoca ningún precepto ni explica cuál es el fundamento y la naturaleza jurídica de la pensión que otorga. Ello dificulta el control de la finalidad a la que responde la pensión concedida, el análisis de cuál es su causa y, en consecuencia, la valoración de si los criterios con los que se adopta la decisión de conceder la pensión y fijar su cuantía se adaptan a la finalidad y naturaleza de la pensión con arreglo a las normas de aplicación.

La sentencia recurrida «da por reproducida» la jurisprudencia citada por la sentencia de primera instancia y que sirvió a esta como fundamento de la pensión compensatoria concedida. Puesto que no existe un reconocimiento legal expreso de pensión compensatoria en el ámbito de las parejas de hecho, cabe pensar que la sentencia da por bueno que su fundamento deriva de la interpretación legal mantenida por la jurisprudencia.

Lo que sucede es que la sentencia de primera instancia transcribe, sin análisis alguno y sin estructura identificable, varias sentencias sobre pensión compensatoria y otros aspectos de relaciones patrimoniales, dictadas tanto por esta sala como por diferentes Audiencias Provinciales y referidas a uniones matrimoniales y a parejas no casadas.

Ello hace difícil conocer en qué concreta doctrina, de las que se han venido sosteniendo a lo largo del tiempo, y a veces de manera heterogénea en la práctica de los tribunales de instancia, se está apoyando la sentencia recurrida, puesto que a todas ellas se hace referencia en las sentencias citadas (entre otras, aplicación analógica del art. 97 CC o del art. 1438 CC, doctrina del enriquecimiento injusto).

2.- La sentencia recurrida utiliza la expresión «pensión compensatoria» siguiendo la terminología del art. 97 CC hasta la reforma de 8 de julio de 2005 (que sustituyó en ese precepto el término pensión por el de compensación, si bien siguen hablando de pensión los arts. 99, 100 o 101 CC), pero, como ha quedado dicho, esta sala, desde su sentencia de Pleno 611/2005, de 12 de septiembre, ha descartado la aplicación analógica del régimen matrimonial al cese de la convivencia de una pareja no casada.

3.- La sentencia recurrida, además, vincula la pensión que reconoce a la aplicación del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto. Pero la doctrina del enriquecimiento injusto requiere la concurrencia de un aumento del patrimonio del enriquecido, un correlativo empobrecimiento del actor, la falta de causa que justifique el enriquecimiento y la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio. En el caso, sin embargo, no puede compartirse la valoración de la sentencia recurrida, a la vista de los hechos probados.

Durante la convivencia, la actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado; la convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandado, ni el desentendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada. La pensión que se concede en la instancia, por lo demás, no trata de ser respuesta a un enriquecimiento injusto, sino que atiende, aceptando el razonamiento de la demandante, al riesgo de que quedara sin empleo, lo que se consideraba posible por la situación financiera de la empresa en la que la actora estaba trabajando y la participación que en la misma tenían la propia actora y el demandado, lo que podría dar lugar al fin del empleo tras el cese de la convivencia.

SÉPTIMO. La estimación del recurso de casación da lugar a que se case y anule la sentencia recurrida en el sentido de dejar sin efecto su pronunciamiento confirmatorio de la sentencia de primera instancia relativo a la obligación del demandado al pago de una pensión compensatoria a favor de la demandante. En consecuencia se estima el recurso de apelación interpuesto por el demandado en el único extremo de anular el pronunciamiento relativo a la obligación de pago de la pensión compensatoria.

