

ECLI: ECLI:ES:TS:2020:2803

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación núm. 2086/2019

Ponente: Excmo. Sr. M^a Angeles Parra Lucán

Formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

El Tribunal Supremo acuerda desestimar los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos contra la Sentencia dictada con fecha de 27 de febrero de 2019, por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2^a), en el rollo de apelación nº 866/2018.

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 461/2020

Fecha de sentencia: 07/09/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2086/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/06/2020

Voto Particular

Ponente: Excma. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA. SECCIÓN 2.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2086/2019

Ponente: Excma. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 461/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 7 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto en pleno el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Juan María, representado por la procuradora D.ª Elisa Gómez Lozano y bajo la dirección letrada de D. José María Martínez Solís, contra la [sentencia n.º 133 dictada en fecha 27 de febrero de 2019 \(JUR 2019, 162285\)](#) por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Huelva en el recurso de apelación n.º 866/2018 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 191/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Huelva, sobre impugnación de filiación paterna no matrimonial. Ha sido parte recurrida D.ª María Virtudes y D.ª Adelaida, representadas por la procuradora D.ª Ana María Batanero Fleming y bajo la dirección letrada de D.ª M.ª del Carmen Muriel Márquez.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

Tramitación en primera instancia

1.- D. Juan María interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª María Virtudes y D.ª Adelaida en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"(i) Se declare que D. Juan María no es padre biológico de D.ª Adelaida.

"(ii) Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a no usar los apellidos de mi mandante, debiendo aportar los dos apellidos de su madre, María Virtudes en el orden que la demandada estime oportuno y, en su defecto, en el mismo orden que su madre.

"(iii) Que, una vez firme la resolución que estime la impugnación de la filiación paterna no matrimonial solicitada, se acuerde la inscripción de la misma como nota marginal en el acta de nacimiento de D.ª Adelaida, librándose para ello la comunicación procedente al encargado del Registro Civil de San Silvestre de Guzmán.

"(iv) Se condene al pago de las costas judiciales a las demandadas".

2.- La demanda fue presentada el 20 de enero de 2017, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Huelva y registrada con el n.º 191/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D.ª María Virtudes y D.ª Adelaida contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaban la desestimación de la demanda con imposición de costas al demandante.

4.- El Ministerio Fiscal también presentó escrito en fecha 3 de abril de 2017 por el que solicita se tenga por contestada la demanda y se le tenga por personado en los presentes autos.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Huelva dictó sentencia de fecha 12 de abril de 2018, con el siguiente fallo:

"DESESTIMO la demanda formulada por la procuradora Sra. Gómez Lozano, en nombre y representación de D. Juan María contra D.ª María Virtudes, con condena al demandante a las costas causadas, y expresa declaración de temeridad".

SEGUNDO.-

Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Juan María.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Huelva, que lo tramitó con el número de rollo 866/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó [sentencia en fecha 27 de febrero de 2019 \(JUR 2019, 162285\)](#) , con el siguiente fallo:

"En virtud de lo expuesto, el tribunal HA DECIDIDO:

"ESTIMAR en parte el recurso contra la sentencia dictada en el asunto a que se refiere el rollo de sala, dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Huelva, que se REVOCA únicamente en la condena en costas, sin expreso pronunciamiento tampoco en esta segunda y con devolución del depósito prestado para recurrir".

TERCERO

.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- D. Juan María interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo de lo establecido en el [artículo 469.1.3.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la Ley o hubiere producido indefensión, por infracción del [artículo 767.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por no admitirse como prueba la pericial biológica solicitada en primera y segunda instancia, a pesar de haberse denunciado oportunamente dicha vulneración en ambas instancias, privándose a mi mandante de la prueba más importante y determinante para la resolución del procedimiento.

"Segundo.- Al amparo de lo establecido en el [artículo 469.1.3.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la Ley o hubiere producido indefensión, por infracción del [artículo 767.4 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por cuanto la no admisión de las testificales propuestas dejaría vacío de contenido dicho precepto, causando indefensión a mi mandante ya que le impide aportar otras pruebas distintas a la pericial biológica, en caso de que la demandada se negare a someterse a esta última.

"Tercero.- Al amparo de lo establecido en el [artículo 469.1.4.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por vulneración en el proceso civil de los derechos

fundamentales reconocidos en el [artículo 24 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) , en cuanto a la tutela judicial efectiva y derecho de defensa, por no admitirse como prueba la pericial biológica solicitada en primera y segunda instancia, a pesar de haberse denunciado oportunamente dicha vulneración en ambas instancias, privándose a mi mandante de la prueba más importante y determinante para la resolución del procedimiento.

"Cuarto.- Al amparo de lo establecido en el [artículo 469.1.4.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por vulneración en el proceso civil de los derechos fundamentales reconocidos en el [artículo 24 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) , en cuanto a la tutela judicial efectiva y derecho de defensa, por considerar la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 3.º, que la acción de impugnación de paternidad objeto del presente procedimiento no puede fundarse en la Disposición Transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981, de 13 de mayo \(RCL 1981, 1151\)](#) , lo que impide a mi mandante el acceso a la tutela judicial".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del [artículo 477.2.3.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por infracción del [artículo 140](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , con oposición a la Jurisprudencia derivada de las [sentencias del Tribunal Supremo 240/2015, de 12 de mayo \(RJ 2015, 2433\)](#) , y [265/1994 de 28 de marzo \(RJ 1994, 2528\)](#) , por considerar erróneamente que la acción de impugnación de una filiación no matrimonial sin posesión de estado está sujeta a plazo de prescripción o caducidad.

"Segundo.- Al amparo del [artículo 477.2.3.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por infracción del [artículo 140](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , con oposición a la Jurisprudencia derivada de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988 (no existe número de resolución ni número de recurso), [187/1994 de 2 de marzo \(RJ 1994, 1639\)](#) , 162/2003, de 27 de febrero, y [267/2018, de 9 de mayo \(RJ 2018, 1854\)](#) , en cuanto al concepto de posesión de estado.

"Tercero.- Al amparo de lo establecido en el [artículo 477.2.3.º](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre si procede aplicar la Disposición Transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981, de 13 de mayo \(RCL 1981, 1151\)](#) , a un supuesto como el presente, en el que la filiación fue determinada por sentencia penal anterior a la entrada en vigor de dicha norma".

2.- En el primer OTROSÍ se solicitó la práctica de medios probatorios esenciales, según la parte, para acreditar los hechos alegados.

3.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 25 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por D. Juan María contra la [sentencia dictada con fecha de 27 de febrero de 2019 \(JUR 2019, 162285\)](#) , por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 866/2018 dimanante del procedimiento de impugnación de paternidad n.º 191/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Huelva".

4.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

5.- Por providencia de 9 de enero de 2020 se nombró ponente a D. Antonio Salas Carceller y se señaló para votación y fallo el día 18 de febrero, suspendiéndose y volviéndose a señalar para el conocimiento del pleno de la sala para el día 22 de abril de 2020, en que fue nuevamente suspendido por la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, señalándose nuevamente para el día 18 de junio, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia, y finalmente se acordó por el magistrado ponente emitir voto particular discrepante, por lo que la ponencia fue asumida por la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Antecedentes

En el presente recurso se plantea la interpretación de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981, de 13 de mayo \(RCL 1981, 1151\)](#) , de modificación del [Código civil \(LEG 1889, 27\)](#) en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, conforme a la cual "las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva".

La demanda, presentada en 2017, se interpone al amparo de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) y del [art. 140.I CC \(LEG 1889, 27\)](#) (impugnación de la filiación no matrimonial sin posesión de estado), en la

redacción dada por la misma ley. El demandante pretende impugnar la paternidad declarada en 1968 por la sentencia penal firme que le condenó por estupro y determinó la filiación de la hija nacida de la víctima del delito.

En las dos instancias se ha desestimado la demanda y el demandante interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. La sentencia de 26 de febrero de 1968, dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, condenó a D. Juan María como "autor criminalmente responsable de un delito de estupro a tres meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, al pago de las costas procesales, e indemnización en concepto de dote, de 50.000 pesetas a la ofendida; a reconocer a la hija, si no hubiere impedimento legal y, en todo caso, a mantenerla".

La sentencia consideró probado que D. Juan María (nacido el NUM000 de 1940) sostenía relaciones formales de noviazgo con su convecina de San Silvestre de Guzmán D.ª María Virtudes (nacida el NUM001 de 1946), con quien tuvo trato carnal realizando la cópula completa, a consecuencia de la cual quedó embarazada y dio a luz una niña el NUM002 de 1964.

La niña fue inscrita en el momento de su nacimiento como hija natural de la madre, con sus mismos nombre y apellidos. Posteriormente, se practicó "inscripción marginal de reconocimiento" en la que se hizo constar, de acuerdo con la sentencia penal firme, la paternidad de D. Juan María, así como que, en lo sucesivo, los apellidos de la inscrita serían Nicanor y Oscar, por este orden.

2. En enero de 2017, D. Juan María interpone demanda de juicio ordinario contra D.ª Adelaida y D.ª María Virtudes por la que solicita que se declare que no es padre biológico de D.ª Adelaida.

El actor ejercita la acción de impugnación de la filiación paterna no matrimonial del [art. 140.I CC \(LEG 1889, 27\)](#) y sostiene que, de acuerdo con la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981, de 13 de mayo \(RCL 1981, 1151\)](#), no existe cosa juzgada.

En su demanda argumenta que ni él ni su familia han mantenido relaciones con D.ª María Virtudes, por lo que no existe posesión de estado de filiación; que desde mayo de 1964 a agosto de 1993 estuvo viviendo en Alemania, sin que durante ese tiempo tuvieran ningún contacto; niega haber mantenido una relación de noviazgo con la madre, a quien solo conocía porque ella trabajaba en la casa de unos vecinos del pueblo, y solicita que se ordene la práctica de la prueba biológica en el Instituto Nacional de Toxicología.

3. En su contestación a la demanda, las demandadas oponen la excepción de cosa juzgada, argumentan que la demanda debió ser inadmitida, que la impugnación de la filiación es infundada, que todo el pueblo sabía que el actor era el padre, que si hubo denuncia penal fue porque, enterado del embarazo, el actor rehusó reconocer a la criatura y negó su paternidad. Explican que, tal como se recoge en la sentencia penal, existió una relación sentimental, y que la falta de relación ha sido por la sola voluntad del actor. D.^a María Virtudes se niega a someterse a las pruebas de ADN (que, según dice, podían científicamente realizarse antes incluso de que se practicaran en el Instituto Nacional de Toxicología) porque nunca ha dudado de la palabra de su madre y lleva desde la fecha de la sentencia los apellidos del actor, que a su vez ha transmitido a sus hijos.

4. La sentencia del juzgado desestima la demanda e impone las costas al actor.

En síntesis, y de acuerdo con el criterio mantenido por el Ministerio Fiscal en la instancia, la sentencia del Juzgado razona:

i) Con arreglo a la legislación de la época existía cosa juzgada y no hubiera podido impugnarse la filiación establecida por la sentencia penal firme ([art. 1252 CC \(LEG 1889, 27\)](#)).

ii) La acción de impugnación que hubiera podido renacer al amparo de la disp. transitoria 6.^a de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) estaría caducada aun en el caso de que se entendiera que no había posesión de estado, pues el plazo máximo de caducidad de cuatro años es aplicable también y se computa, todo lo más, desde la fecha en que el interesado conoce que no es el padre biológico del hijo.

iii) No existe norma procesal ni sustantiva que establezca la imprescriptibilidad de una acción que se dirige en exclusiva a impugnar una paternidad.

iv) La denegación desde la vista de las pruebas solicitadas (pericial biológica, testifical) encuentra explicación en la naturaleza procesal del conflicto (cosa juzgada, caducidad). De la mínima prueba personal practicada, resulta que el demandante interrogado siempre ha negado los hechos por los que fue condenado, por lo que siempre habría sabido que no era el padre, de modo que, al menos desde 1981, hubiera podido ejercer una acción que no es imprescriptible; a estos efectos es irrelevante que desde 1964 emigrara a Alemania y no volviera a España hasta 1993.

v) El sentido del [art. 39 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) y de la reforma de 1981 del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) era dejar sin efecto las reglas originarias del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) que impedían establecer la filiación respecto de una situación

natural o biológica, pero no dejar sin efecto filiaciones determinadas conforme a la legislación precedente, y menos sin límite de tiempo.

vi) En el supuesto planteado, la aplicación de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) hubiera autorizado, en el mejor de los casos, el ejercicio de la acción hasta el 8 de junio de 1985; aun contando, que no hay razón para hacerlo, desde que el demandante retornó a España en 1993, la acción habría caducado el último día de 1997.

5. El actor interpone recurso de apelación. La Audiencia confirma la desestimación de la demanda pero, en atención a las dudas jurídicas que plantea la controversia, revoca la imposición de costas en la primera instancia y tampoco impone las de la apelación.

La Audiencia basa su decisión desestimatoria de la demanda en los siguientes razonamientos:

i) Es dudoso que la acción del [art. 140.I CC \(LEG 1889, 27\)](#) sea imprescriptible, pues el precepto no lo dice expresamente, las razones doctrinales que se utilizan a favor de esa opinión no tienen un valor absoluto, no hay ninguna sentencia del Tribunal Supremo que se haya pronunciado sobre la imprescriptibilidad de la acción en un recurso en el que se hubiera invocado la infracción del mencionado precepto como motivo de casación y la [sentencias 240/2015, de 12 de mayo \(RJ 2015, 2433\)](#), lo que dice "la acción, en principio, es imprescriptible", dejando la duda sobre la sujeción a plazo.

ii) En el caso, es dudosa la inexistencia de posesión de estado porque, aunque no ha quedado mostrada la relación paterno filial mediante actos del progenitor o de la hija, no puede aceptarse que no hayan sido considerados como tales y que no haya tenido la filiación una trascendencia pública, pues el mero hecho que un habitante de una pequeña localidad haya sido condenado por estupro con generación ha tenido que ser notoriamente conocido y la hija tenida como tal en ese ámbito.

iii) No se cumplen los presupuestos de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) :

- La disp. transitoria 6.ª requiere que se ejercite de nuevo una acción y, en el caso, la acción que se ejercitó fue la de filiación y dio lugar al reconocimiento forzoso; ahora, la acción que se ejercita es por primera vez para impugnar el progenitor una filiación declarada en sentencia dictada en su contra.

- La disp. transitoria 6.ª requiere que la desestimación se hubiera debido a que el supuesto de hecho no estuviera previsto como fundamento de la acción, o porque no fueran admisibles pruebas que posteriormente hubieran devenido

factibles, típicamente las biológicas para la investigación de la paternidad; en el caso, habría que admitir una interpretación analógica que extendiera a la oposición a la acción de reclamación lo que para la acción misma prevé la citada disp. transitoria, mediante esos nuevos medios probatorios, porque no pudiera haberse opuesto eficazmente a la reclamación con la anterior normativa; a esa interpretación extensiva se oponen los términos restrictivos que se establecen en la regulación de la filiación para la acción de impugnación.

- La acción ejercitada en su momento no se fundaba en el [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , sino en el [art. 444 del Código penal \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) vigente en ese momento (texto revisado aprobado por [Decreto 691/1963, de 28 de marzo \(RCL 1963, 759, 900, 1009\)](#)), referido a la determinación de la filiación de los hijos nacidos en los casos de delito de violación, estupro y rapto.

6. El actor interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO

Fundamentación de los recursos por infracción procesal y casación

1. Recurso por infracción procesal .

El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en cuatro motivos.

i) El primer motivo, al amparo del [art. 469.1.3.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , denuncia infracción del [art. 767.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por denegación de la prueba pericial biológica solicitada en primera y segunda instancia.

En el desarrollo del motivo se sostiene que tal prueba es pertinente y útil, y que su denegación en las instancias ha causado indefensión.

ii) El segundo motivo, al amparo del [art. 469.1.3.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , denuncia infracción del [art. 767.4 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , por denegación de la prueba testifical solicitada en primera y segunda instancia.

Al igual que en el primero, en el desarrollo del segundo motivo se afirma que tal prueba es pertinente y útil, y que su denegación en las instancias ha causado indefensión.

iii) El motivo tercero, al amparo del [art. 469.1.4.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , denuncia infracción del [art. 24 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) , por no haberse admitido la práctica de la prueba pericial biológica solicitada en primera y segunda instancia, a pesar de haber denunciado oportunamente la mencionada vulneración.

En el desarrollo del motivo se sostiene que la inadmisión de la prueba solicitada ha dado lugar a la privación de la prueba más importante y determinante para la resolución del procedimiento.

iv) El motivo cuarto, al amparo del [art. 469.1.4.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , denuncia infracción del [art. 24 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) . Sostiene que, al entender que la acción ejercitada no puede fundarse en la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981, de 13 de mayo \(RCL 1981, 1151\)](#) , la sentencia impugnada ha impedido al demandante el acceso a la tutela judicial efectiva.

En el desarrollo del motivo se cuestiona la interpretación que efectúa la sentencia recurrida de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) . El recurrente argumenta que la referencia a "ejercitarse de nuevo" significa que la acción se ejercita con posterioridad a la entrada en vigor de la norma y que es falso que la determinación de la filiación por la sentencia penal de 26 de febrero de 1968 no se basara en el [Código civil \(LEG 1889, 27\)](#) , puesto que el [art. 444](#) del [Código penal \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) vigente en ese momento solo permitía que la sentencia penal determinara la filiación cuando fuera acorde con la normativa vigente en aquel momento, es decir, el [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) en su versión en vigor.

Finalmente, el recurrente concluye que, de acuerdo con la [STC 8/2011, de 28 de febrero \(RTC 2011, 8\)](#) , la sentencia recurrida ha vulnerado el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, cuya interpretación y aplicación debe regirse por el principio "pro actione" ([art. 24 CE \(RCL 1978, 2836\)](#)).

2. Recurso de casación .

El recurso de casación se funda en tres motivos, al amparo del [art. 477.2.3.º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) .

i) El primer motivo denuncia infracción del [art. 140 CC \(LEG 1889, 27\)](#) , con oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en las sentencias [240/2015, de 12 de mayo \(RJ 2015, 2433\)](#) , y [265/1994 de 28 de marzo \(RJ 1994, 2528\)](#)

En el desarrollo del motivo, el recurrente cuestiona que la acción de impugnación de una filiación no matrimonial sin posesión de estado esté sujeta a un plazo de prescripción o caducidad. Argumenta que no sería aplicable al caso la doctrina de la sentencia 494/2016, de 15 de octubre, referida al reconocimiento de complacencia, por cuanto en el caso litigioso el reconocimiento de la paternidad del actor no fue voluntario, sino que vino impuesto por una sentencia penal.

ii) El segundo motivo denuncia infracción del [art. 140 CC \(LEG 1889, 27\)](#) , por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1988, [187/1994 de 2 de marzo \(RJ 1994, 1639\)](#) , 162/2003, de 27 de febrero, y [267/2018, de 9 de mayo \(RJ 2018, 1854\)](#) , en cuanto al concepto de posesión de estado.

En el desarrollo del motivo plantea que, frente al razonamiento de la sentencia que pone en duda que no haya posesión de estado, debe tenerse en cuenta que la filiación le fue impuesta al demandado por una sentencia penal en contra de su voluntad. El recurrente sostiene que de ese dato no puede deducirse posesión de estado, que para ser tal requiere una relación paterno filial mostrada por actos del progenitor o de la hija, que en el caso no se han dado.

iii) El tercer motivo denuncia infracción por inaplicación de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981, de 13 de mayo \(RCL 1981, 1151\)](#) .

En el desarrollo del motivo, el recurrente aduce que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de la procedencia de la aplicación de la mencionada transitoria en los supuestos en los que, como sucede en el presente, la filiación fue determinada por sentencia penal con anterioridad a su entrada en vigor.

3. Informe del Ministerio Fiscal.

En su informe, el Ministerio Fiscal se adhiere a todos los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

Entiende que la estimación del recurso por infracción procesal debe acarrear la declaración de nulidad de actuaciones desde la denegación de las pruebas por el juzgado, debiendo partir ese órgano de la aplicabilidad de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) y del [art. 140.I CC \(LEG 1889, 27\)](#) y de que la acción ejercitada no ha caducado.

4. Oposición de la parte recurrida.

En su escrito de oposición, la parte recurrida se opone a la estimación de los recursos.

TERCERO

Decisión de la sala. Desestimación del recurso

1. Orden en la respuesta de la sala a las cuestiones planteadas.

Tanto el recurso por infracción procesal como el recurso de casación se dirigen a combatir pronunciamientos de la sentencia recurrida que incorporan óbices a la posibilidad de entrar en el fondo del asunto.

Para dar respuesta lógica a las cuestiones planteadas es preciso analizar, en primer lugar, la aplicabilidad al caso de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) ya que, si se llega a la conclusión de que la pretensión del actor no puede fundarse en esta disposición, la denegación de las pruebas propuestas sería conforme a Derecho y ya no tendría sentido analizar los tres primeros motivos del recurso por infracción procesal ni tampoco los motivos del recurso de casación en los que se cuestionan las afirmaciones de la sentencia recurrida acerca de la concurrencia de los presupuestos necesarios para el ejercicio de la acción regulada en el [art. 140.I CC \(LEG 1889, 27\)](#) .

Aun cuando el recurrente plantea la aplicabilidad de la disp. transitoria 6.ª tanto en el recurso de casación como en el de infracción procesal, la impugnación de la valoración acerca de si el supuesto está incluido en la mencionada transitoria es objeto propio del recurso por infracción procesal, en la medida en que la disposición introdujo una excepción a la regla de la imposibilidad de impugnar y sustituir por otra distinta una sentencia que hubiera adquirido firmeza.

2. Aplicabilidad de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981, de 13 de mayo \(RCL 1981, 1151\)](#) .

i) *Sentido y vigencia de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) .*

Después de la Constitución de 1978, la [Ley 11/1981, de 13 de mayo \(RCL 1981, 1151\)](#) , modificó por completo la regulación contenida en la redacción originaria del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) sobre filiación. De acuerdo con los preceptos constitucionales ([arts. 10, 14 y 39 CE \(RCL 1978, 2836\)](#)), la reforma se inspiró en los principios de igualdad, libre investigación de la paternidad y veracidad biológica. La [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) introdujo un cambio sustancial en las acciones de filiación, en materia de legitimación, plazos, presupuestos de ejercicio y, en lo relevante ahora, al permitir la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas ([art. 127 CC \(LEG 1889, 27\)](#) , ahora [art. 767.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#)).

Con la intención de poner fin a las situaciones jurídicas que, conforme al nuevo sistema de filiación, se consideraban anómalas, el legislador de 1981 introdujo un conjunto de disposiciones transitorias que, frente a la regla general de la irretroactividad ([art. 2.3 CC \(LEG 1889, 27\)](#)), establecieron reglas basadas en la retroactividad, aunque no de un modo absoluto y con diferente alcance según los aspectos regulados en ellas. En particular, por lo que importa a efectos del presente recurso, establece la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) :

"Las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva".

De esta forma, la disp. transitoria 6.^a de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) permitió plantear de nuevo en determinados supuestos una cuestión de filiación (impugnación, reclamación), aunque hubiese sido ya resuelta por una sentencia firme dictada con arreglo a la anterior legislación.

Como observó la [STC 8/2011, de 28 de febrero \(RTC 2011, 8\)](#), en el listado de normas que expresamente derogó la [disposición derogatoria única](#) de la LEC 2000 en sus dos primeros apartados no aparece la disp. transitoria 6.^a de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#). Por otra parte, a pesar de que en el [art. 764.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 2000 se introdujo una norma sobre la misma cuestión jurídica (por la que se ordena la inadmisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme), la referida disp. transitoria 6.^a tampoco quedó derogada tácitamente, puesto que no resulta incompatible con lo previsto en la nueva ley.

En efecto, la disp. transitoria 6.^a no quedó derogada tácitamente porque cabe entender que la prohibición que resulta del [art. 764.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 2000 no es extensible a los supuestos en los que la sentencia firme fuera anterior a la entrada en vigor de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#), pero ello siempre que la nueva demanda que se ejercite lo sea conforme al cauce procedimental y en los plazos que resulten de aplicación.

Es preciso por tanto, en primer lugar, analizar a qué acciones se refiere la disp. transitoria 6.^a y si la ejercitada por el demandante está comprendida en la misma.

ii) *Acciones a que se refiere la disp. transitoria 6.^a de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#). La acción ejercitada en el presente litigio.*

La disp. transitoria 6.^a de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) se justifica en el deseo del legislador de 1981 de paliar las excesivas dificultades que el sistema anterior ponía a la investigación de la verdad biológica. De ahí que no introduzca la posibilidad de discutir las razones o pruebas que ya pudieran haberse hecho valer con arreglo al Derecho derogado sino que, de manera estricta, limita las condiciones de su aplicación a que la acción se funde "en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva".

En el caso, el demandante y ahora recurrente invoca que en el momento en que se dictó la sentencia que determinó la filiación no era posible la realización de pruebas biológicas, permitidas por la ley de 1981 y a las que los tribunales conceden una alta fiabilidad. En principio, por tanto, podría considerarse que concurren los requisitos fácticos necesarios para la aplicación de la disposición transitoria.

Pero la sentencia recurrida hace notar que la disp. transitoria 6.^a requiere que se ejercite de nuevo una acción y, en el caso, la acción que se ejercitó fue la de filiación y dio lugar al reconocimiento forzoso; ahora, la acción que se ejercita es por primera vez para impugnar el progenitor una filiación declarada en sentencia dictada en su contra.

Esta interpretación de la Audiencia coincide con la de los comentaristas de la reforma de 1981. Atendiendo al tenor literal de la disp. transitoria 6.^a, que utiliza la expresión "ejercitarse de nuevo la acción", la doctrina ha observado de manera coincidente que las acciones a las que se refiere esta singular disposición son acciones ya ejercitadas que dieron lugar a una sentencia desestimatoria por no haber podido fundar la pretensión en pruebas o hechos solo previstos por la legislación nueva.

Ahora bien, siendo cierto que la demanda del actor no encaja en el supuesto contemplado en la disposición, esta sala considera que procede su aplicación analógica, pues concurren en el caso los mismos motivos que llevaron al legislador de 1981 a establecer la regulación de la transitoria 6.^a: se trata de una sentencia firme sobre filiación dictada con arreglo al Derecho anterior y el demandante pretende que se valoren pruebas solo previstas en la legislación nueva. Es irrelevante a estos efectos que la sentencia se dictara en un procedimiento penal, pues lo que se impugna es el pronunciamiento civil referido a la filiación que se contiene en la sentencia penal.

Pero lo anterior, con todo, no determina que puedan prosperar sin límite de tiempo las demandas dirigidas a dejar sin efecto sentencias de filiación dictadas con arreglo al Derecho anterior. Es preciso analizar cuál es el plazo de ejercicio en función de la acción ejercitada.

iii) *Plazo de ejercicio.* La acción del demandante se interpuso transcurrido el plazo de caducidad de la acción reconocida por la disp. transitoria 6.^a de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#).

En su demanda, y ahora en el primer motivo del recurso de casación, el recurrente ha sostenido que la acción ejercitada es la de impugnación de la filiación extramatrimonial regulada en el [art. 140.I CC \(LEG 1889, 27\)](#), que no está sometida a plazo, por lo que debería entrarse en el fondo del asunto.

La cuestión del plazo está íntimamente relacionada con la naturaleza y fines de la acción regulada en la disp. transitoria 6.ª.

Para las sentencias desestimatorias de acciones ejercitadas con anterioridad a la nueva ley (impugnación de la presunción de paternidad matrimonial, reclamación de filiación matrimonial, reclamación de filiación extramatrimonial), de las que literalmente se ocupaba la disposición transitoria, lo razonable era, tal y como advirtieron los comentaristas de la reforma de 1981, atender al mayor plazo de caducidad de la acción de los señalados por la antigua o la nueva legislación, de acuerdo con la disp. transitoria 3.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) (conforme a la cual, "las acciones concernientes a la filiación nacidas conforme a la legislación anterior durarán el tiempo que señale esta legislación, salvo que por la nueva tuvieren mayor plazo"). De esta forma quedaba a salvo la finalidad de la disp. transitoria 6.ª (que la sentencia desestimatoria no constituyera un obstáculo al ejercicio de la acción), pero sin hacer de mejor condición a los titulares de acciones caducadas por el hecho de haber perdido el pleito.

Lo que sucede en nuestro caso es que la acción ejercitada por el demandante ni nació conforme al Derecho anterior ni es posible conforme al nuevo. En efecto, de una parte, los hoy derogados arts. 1251.II y 1252.II [CC \(LEG 1889, 27\)](#) (vigentes hasta la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) 2000) evidenciaban la imposibilidad de impugnar una sentencia firme sobre filiación. De otra parte, tras la reforma del sistema de filiación en 1981, el [art. 140 CC \(LEG 1889, 27\)](#) permite dejar sin efecto una filiación extramatrimonial legalmente establecida que no coincida con la realidad biológica, salvo que esté declarada judicialmente ([arts. 1251 y 1252 CC \(LEG 1889, 27\)](#) hasta su derogación por la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) y, desde entonces, [art. 764.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#)).

Por ello, al amparo de la disp. transitoria 6.ª, no cabe ejercitar la acción del [art. 140 CC \(LEG 1889, 27\)](#) vigente.

Otra cosa es que la disp. transitoria 6.ª, aplicada por analogía, permitiera plantear de nuevo una cuestión de filiación a pesar de la existencia de una sentencia firme.

Pero el hecho de que la sentencia que determinó la filiación fuera penal no significa que la acción sea imprescriptible, pues no se solicita la revisión de la condena de una sentencia penal, para lo que, por lo demás, la jurisdicción civil no tiene competencia.

En realidad, al amparo de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) , la acción ejercitada se dirige a dejar sin efecto la filiación determinada

por una sentencia, como consecuencia de "pruebas o hechos solo previstos por la legislación nueva", las pruebas biológicas que no podían solicitarse en el momento en que quedó determinada la filiación. Se pretende, por tanto, revisar con pruebas nuevas un título de determinación de la filiación que goza de la eficacia de la cosa juzgada, a la que no cabe atribuir una fortaleza menor que a la filiación manifestada a través de la posesión de estado, para cuya impugnación establece el art. 140.II [CC \(LEG 1889, 27\)](#) el plazo de cuatro años. La aplicación analógica de este plazo, con la adaptación precisa en atención a las circunstancias, conduce a considerar que el demandante pudo ejercitar su acción dentro de los cuatro años siguientes a la entrada en vigor de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#), por ser a partir de entonces posible solicitar la práctica de las pruebas biológicas en que basa su pretensión. Puesto que la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) entró en vigor el 8 de junio de 1981, es evidente que cuando se interpuso la demanda en enero de 2017 había transcurrido ya el plazo de ejercicio de la acción.

iv) Adecuación de la decisión de la sala a la jurisprudencia constitucional, a la doctrina de esta sala y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En aras de salir al paso de la cita interesada que el recurrente hace de la [STC 8/2011, de 28 de febrero \(RTC 2011, 8\)](#), es pertinente observar que, en el caso que dio lugar al recurso de amparo estimado por el Tribunal Constitucional, las sentencias de instancia, aplicando el [art. 764.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), habían inadmitido a trámite una demanda de impugnación de filiación en la que se invocaba la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#), sin fundamentar adecuadamente la razón por la que elegían como aplicable una norma y no otra. Esa es la razón por la que el Tribunal Constitucional entendió que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de las recurrentes ([art. 24 CE \(RCL 1978, 2836\)](#)).

De la citada [STC 8/2011 \(RTC 2011, 8\)](#) destacaremos lo siguiente:

"Nuestro análisis constitucional ha de ceñirse por tanto al examen del concreto óbice de inadmisión de la demanda apreciado por las resoluciones impugnadas, sin que nos corresponda acometer un control general de los requisitos sustantivos y procesales de la acción de impugnación de la filiación ejercitada por los recurrentes, juicio este de legalidad ordinaria que recae sobre los tribunales competentes, a los que no cabe por ello sustituir (...).

"Ha de tenerse presente por lo demás, que este tribunal ha declarado que las acciones de impugnación de la filiación sirven también al fin de garantizar la efectividad del derecho a la investigación de la paternidad del [artículo 39.2](#) de la

Constitución española, sin que pueda impedirse su ejercicio sin razón o justificación alguna, o afectando el derecho de acceso a la jurisdicción (...).

"La [disposición transitoria sexta](#) de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) y el [artículo 764.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , son dispositivos que "se encargan de regular una misma cuestión jurídica de manera compatible entre sí, esto es, fijando el principio general y los supuestos de excepcionalidad para la impugnabilidad de un estado de filiación declarado judicialmente (...)"

La misma sentencia, más adelante, afirma que

"Este tratamiento diferenciado entre normas sustancialmente de la misma índole, distorsiona el sentido de la regla de la especialidad normativa con resultado de impedir el derecho a una decisión de fondo de las pretensiones de la demanda ([art. 24.1 CE \(RCL 1978, 2836\)](#))".

A diferencia de lo sucedido en las sentencias que dieron lugar al amparo constitucional, esta sala ha reconocido la especialidad normativa. Como hemos dicho, el [art. 764.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) contempla las sentencias firmes dictadas en el marco de nuestra Constitución y de la legislación que la desarrolla, mientras que la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) tiene por objeto sentencias preconstitucionales dictadas, por lo que aquí interesa, con las limitaciones ya mencionadas a la hora de alcanzar la verdad biológica con pruebas de esta naturaleza. Pero otra cosa es que la demanda deba ser estimada. La interpretación de la citada disposición y la solución de la sala en el presente recurso no contradice el [art. 39.2 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) sino que, tras determinar el remedio procesal para dar cumplimiento a la posibilidad introducida por la disp. transitoria 6.ª, explica las razones por las que en el caso la demanda no podía prosperar. La impugnabilidad a la que se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional es cuestión de legalidad ordinaria, y esta sala ha motivado, de manera proporcionada, las razones por las que la acción del demandante no debe ser estimada.

Conviene recordar que en ocasiones anteriores (entre otras, en las [Sentencias 494/2016, de 15 de julio \(RJ 2016, 3196\)](#) , 457/2018, de 18 de julio, y [522/2019, de 8 de octubre \(RJ 2019, 4060\)](#)), hemos insistido en que, de acuerdo con la doctrina del [Tribunal Constitucional \(sentencias 138/2005, de 26 de mayo \(RTC 2005, 138\)](#) , [273/2005, de 27 de octubre \(RTC 2005, 273\)](#) , y [52/2006, de 16 de febrero \(RTC 2006, 52\)](#)), las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica ([arts. 10.1 y 39.2 CE \(RCL 1978, 2836\)](#)) pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles ([arts.](#)

[9.3](#), [39.3](#) y [4 CE \(RCL 1978, 2836\)](#)). De ahí que, reconociendo el interés de los progenitores en el conocimiento de la verdad biológica, sea posible introducir límites a la legitimación y plazos de caducidad para el ejercicio de las acciones de filiación siempre que se 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.

A lo anterior debe añadirse el énfasis que esta sala ha puesto al destacar el carácter excepcional de la revisión de sentencias firmes y la exigencia, como presupuesto procesal ineludible, del planteamiento de la demanda dentro del plazo legal (recuerda esta doctrina el [ATS de 22 de marzo de 2017, rc. 59/2016 \(JUR 2017, 75845\)](#) , por el que se inadmite a trámite la demanda de revisión de una sentencia de filiación).

Finalmente, no está de más advertir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la necesidad de ponderar el derecho del demandante a saber si es el padre biológico y el derecho del hijo a conservar su filiación así como el interés público por la protección de la seguridad jurídica, de modo que, según las circunstancias, puede no ser arbitrario otorgar más peso al interés del hijo que al interés del progenitor a obtener la verificación de un dato biológico (entre las más recientes, STEDH, sec. 1.ª, caso B. contra Polonia, de 21 de mayo de 2018).

Aunque las distintas circunstancias de cada caso justifican la diferente valoración acerca de la denunciada vulneración del art. 8 del Convenio, en el que se reconoce el derecho a la vida privada, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la adecuación al Convenio de Roma de decisiones judiciales nacionales en las que no se había accedido a la solicitud de revisión de sentencias firmes en casos en los que con posterioridad se ha conocido la verdad biológica.

Así, en la [STEDH, sec. 3.ª, caso Ostace contra Rumanía, de 25 de febrero de 2014 \(TEDH 2014, 18\)](#) , se consideró que hubo violación del art. 8 porque fue poco razonable que el tribunal nacional diera más peso al interés del menor cuando en el caso todos los interesados estaban de acuerdo con el establecimiento de la verdad biológica (lo que, desde luego, no sucede en nuestro caso). Pero en la [STEDH, sec. 2.ª, caso Iyilik contra Turquía, de 6 de diciembre de 2011 \(TEDH 2011, 103\)](#) , en cambio, en un caso en el que el tribunal nacional no permitió reabrir un proceso de impugnación de la paternidad terminado 34 años antes, aunque el demandante alegaba que el progreso científico permitía realizar nuevas pruebas biológicas, el Tribunal considera que no hubo violación del art. 8 porque, aunque es consciente de las posibilidades que ofrecen las nuevas pruebas, en un caso en el que el hijo no manifiesta su deseo de que se verifique

la paternidad, no resulta arbitrario o desproporcionado otorgar más peso a los intereses del hijo, que durante años se benefició de su estado civil de manera estable y que puede verse expuesto a las consecuencias patrimoniales negativas que deriven de la demanda de impugnación. Finalmente, en la [STEDH, sec. 3.ª, caso Jäggi contra Suiza, de 13 de julio de 2006 \(JUR 2006, 210705\)](#) , en un caso en el que tribunal nacional rechazó la demanda de revisión interpuesta 51 años después de que se dictara sentencia que desestimó la demanda de reclamación de paternidad, considera que se ha producido vulneración del art. 8 al no ponderarse el interés del hijo a conocer su filiación, que no desaparece con los años, frente a la negativa a realizarse la prueba biológica del presunto progenitor (y de sus familiares, tras su fallecimiento).

3. Desestimación de los recursos.

La sentencia recurrida, al entender que la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) no amparaba la pretensión del demandante, por la fundamentación expuesta en esta sentencia, no infringió la citada disposición ni vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva. Por esta razón se desestima el motivo cuarto del recurso por infracción procesal y no es preciso entrar a analizar de manera separada el motivo tercero del recurso de casación, en el que también se denunciaba infracción de la mencionada disp. transitoria 6.ª.

La desestimación del motivo cuarto del recurso por infracción procesal comporta igualmente que ya no sea preciso entrar a analizar los restantes motivos del recurso por infracción procesal, porque la infracción denunciada sería irrelevante, ya que la desestimación de la acción se funda en un presupuesto previo al examen de fondo de la cuestión, el plazo de ejercicio de la acción.

Puesto que, por las razones expuestas, el demandante no podía ejercitar al amparo de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) la acción de impugnación de la paternidad prevista en el [art. 140.I CC \(LEG 1889, 27\)](#) , no procede entrar a valorar las cuestiones planteadas en los motivos primero y segundo del recurso de casación, referidos a la concurrencia de los presupuestos exigidos para la aplicación de este último precepto.

CUARTO.-

Costas

La desestimación del recurso por infracción procesal comporta la imposición de las costas devengadas a la parte recurrente.

No se imponen las costas del recurso de casación dado que, por las razones que se han explicado, no ha sido preciso entrar a analizar las cuestiones que planteaba.

FALLO

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

1.º-

Desestimar los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Juan María contra la [sentencia dictada con fecha de 27 de febrero de 2019 \(JUR 2019, 162285\)](#) , por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 866/2018, cuyo fallo confirmamos.

2.º-

Imponer al recurrente las costas del recurso por infracción procesal y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

3.º-

No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido para su interposición.

Líbrese a la mencionada 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.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los [artículos 206 y 260](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) , 203 y 205 de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , al que se adhiere el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia dictada en Recurso núm. 2086/2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante don Juan María impugnó su paternidad declarada respecto de la demandada doña Adelaida -la cual, al contestar a la demanda junto con su madre, también demandada, doña María Virtudes se negó

tajantemente a someterse a prueba biológica alguna, sin alegar causa justificada para ello-. La paternidad del demandante se había determinado en virtud de sentencia penal dictada el 26 de febrero de 1968, que le condenó por estupro entendiendo que de dicha acción delictiva se había producido la generación que había de reconocer por razón de dicha sentencia.

La demanda, que pretende ahora la revisión de aquella declaración de paternidad, se fundamenta en la aplicación de la [disposición transitoria sexta](#) de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) , la cual prevé que la existencia de sentencia firme no impide "que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos en la legislación nueva", en conjunción con el [artículo 140](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , en la redacción dada por dicha Ley, según el cual "Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique. Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente. Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad".

La sentencia dictada por la Audiencia que, como la de primera instancia, desestimó la demanda establece, en su fundamento de derecho tercero, en relación con la aplicación al caso de la disposición transitoria 6ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) que: "Sólo podría admitirse el ejercicio de la presente reclamación si se aceptara una interpretación analógica que extendiera a la oposición a la acción de reclamación lo que para la acción misma prevé la citada disposición transitoria, mediante esos nuevos medios probatorios, porque no pudiera haberse opuesto eficazmente a la reclamación con la anterior normativa. Pero a esa interpretación extensiva se oponen los términos restrictivos a que aludíamos en el fundamento anterior para la acción de impugnación. El presente actor recurrente no está ejercitando de nuevo una acción que le haya sido desestimada bajo la legislación anterior".

Esta es la verdadera "ratio decidendi" de la sentencia recurrida, tras reflejar sus dudas acerca de si el ejercicio de dicha acción "ex [artículo 140.1 CC \(LEG 1889, 27\)](#) " estaría o no sujeta a plazo, lo cual no es preciso determinar -para dicha sentencia- por una razón de carácter puramente procesal que por sí comporta la desestimación de la demanda, ya que en realidad entiende la Audiencia que existe cosa juzgada derivada de la sentencia penal de 1968 que no puede verse

afectada por una nueva pretensión sobre el mismo objeto al amparo de la citada disposición transitoria.

No obstante la sentencia de esta sala -que expresa la opinión mayoritaria- descarta la solución adoptada por la Audiencia y estima que procede la aplicación analógica a este caso de la [disposición transitoria 6ª de la Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#), y en consecuencia no acepta que la desestimación de la demanda deba producirse por apreciación de cosa juzgada o, lo que es lo mismo, por la imposibilidad legal del demandante de discutir de nuevo la cuestión ya resuelta en sentencia firme penal productora de efectos civiles. Así, en el fundamento de derecho tercero, apartado 2 ii), penúltimo párrafo, se dice ahora por esta sala que procede la aplicación analógica en el presente caso "pues concurren en el caso los mismos motivos que llevaron al legislador de 1981 a establecer la regulación de la transitoria 6ª: se trata de una sentencia firme sobre filiación dictada con arreglo al Derecho anterior y el demandante pretende que se valoren pruebas solo previstas en la legislación nueva. Es irrelevante a estos efectos que la sentencia se dictara en un procedimiento penal, pues lo que se impugna es el pronunciamiento civil referido a la filiación que se contiene en la sentencia penal".

SEGUNDO.- Lo anterior comporta, como primera consecuencia, que -según entiendo- la sala debió haber estimado el motivo cuarto del recurso por infracción procesal que, fundamentado en la vulneración del [artículo 24 CE \(RCL 1978, 2836\)](#), por la vía del [artículo 469.1.4º LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), denunciaba correctamente como infracción procesal, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, la decisión de la sala de instancia de desestimar el recurso de apelación por el hecho de que el demandante no podía acogerse a lo establecido por la [disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#), lo que venía a comportar la declaración de que sobre la materia existía cosa juzgada.

Pues bien, estimado el recurso por infracción procesal, se imponía resolver sobre si la prosperabilidad de la acción entablada era posible, por haberse interpuesto la demanda en tiempo hábil, o no. En caso de que se considerara que la acción estaba vigente en el momento de la interposición de la demanda, procedía anular la sentencia recurrida por la estimación de la infracción procesal y devolver las actuaciones con acuerdo sobre la práctica de las oportunas pruebas, incluida la biológica, a fin de que la demandada se manifestara entonces sobre su disposición a someterse a dicha prueba, con las consecuencias a que hubiere lugar en atención a su decisión.

En caso de considerar que la acción había caducado en el momento de su ejercicio, procedería -previa estimación del recurso por infracción procesal-

resolver sobre el fondo teniendo en cuenta el contenido del recurso de casación (disposición final decimosexta 1, regla 7ª de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#))

TERCERO.- La solución que propuse como ponente del recurso, que no fue aceptada por la mayoría, era la primera: estimar el recurso por infracción procesal, anular la sentencia recurrida y devolver las actuaciones, ordenándose la práctica de la prueba biológica y de las demás que fueran oportunas para dictar la Audiencia Provincial nueva sentencia sobre el fondo del asunto, teniendo en cuenta el resultado de dichas pruebas.

La solución adoptada por la mayoría de los miembros de la sala consiste en considerar que el ejercicio de la acción en el presente caso estaba sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años por aplicación analógica del así establecido en el [artículo 140, párrafo segundo](#), del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , para los supuestos de ejercicio de la misma acción mediando posesión de estado.

Mi discrepancia con dicha solución se basa fundamentalmente en las siguientes razones:

A) No corresponde a los tribunales establecer plazos de prescripción o de caducidad cuando el legislador no lo ha hecho, lo que da lugar en algunos casos a la existencia de acciones cuyo derecho a ejercitarlas no se extingue.

B) No cabe entender en este caso que el legislador ha querido fijar dicho plazo, pero no lo ha hecho por descuido creando una laguna legal que ha de ser subsanada por los tribunales.

C) Si el legislador hubiera querido establecer una limitación especial para el ejercicio de la facultad establecida en la [disposición transitoria sexta](#) de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) , le hubiera sido muy sencillo incorporar un plazo de ejercicio en la propia disposición y no lo hizo, dejando la cuestión a la regulación del propio Código Civil que resultaba modificado por la propia [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) , en concreto el citado artículo 140.

D) El apartado 1 del [artículo 140](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) , teniendo en cuenta como elemento fundamental la inexistencia de posesión de estado, no fija plazo de ejercicio para la acción de impugnación de la filiación paterna o materna no matrimonial "por aquellos a quienes perjudique". Por el contrario sí lo hace cuando se trata de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial en el mismo supuesto de falta de posesión de estado ([artículo 133 CC \(LEG 1889, 27\)](#)) y también para la impugnación cuando existe posesión de estado ([artículo 140, párrafo segundo](#), [CC \(LEG 1889, 27\)](#)).

La falta de sujeción a plazo para el ejercicio de dicha acción de impugnación de la filiación no matrimonial, faltando la posesión de estado, ha sido incluso declarada por esta sala en su [sentencia núm. 240/2015, de 12 de mayo \(RJ 2015, 2433\)](#) Resulta así porque la posesión de estado desempeña un papel fundamental en la filiación en cuanto comporta, en general, el ejercicio continuado de las funciones paterno-filiales, lo que genera un "status" o situación familiar que para el legislador exige una especial protección.

No parte de tal afirmación la sentencia, de la que respetuosamente discrepo, en tanto que en su fundamento de derecho tercero.2 iii) viene a decir que "En realidad, al amparo de la disp. transitoria 6.ª de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) , la acción ejercitada se dirige a dejar sin efecto la filiación determinada por una sentencia, como consecuencia de "pruebas o hechos solo previstos por la legislación nueva", las pruebas biológicas que no podían solicitarse en el momento en que quedó determinada la filiación. Se pretende, por tanto, revisar con pruebas nuevas un título de determinación de la filiación que goza de la eficacia de la cosa juzgada, a la que no cabe atribuir una fortaleza menor que a la filiación manifestada a través de la posesión de estado, para cuya impugnación establece el art. 140.II [CC \(LEG 1889, 27\)](#) el plazo de cuatro años. La aplicación analógica de este plazo, con la adaptación precisa en atención a las circunstancias, conduce a considerar que el demandante pudo ejercitar su acción dentro de los cuatro años siguientes a la entrada en vigor de la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) , por ser a partir de entonces posible solicitar la práctica de las pruebas biológicas en que basa su pretensión. Puesto que la [Ley 11/1981 \(RCL 1981, 1151\)](#) entró en vigor el 8 de junio de 1981, es evidente que cuando se interpuso la demanda en enero de 2017 había transcurrido ya el plazo de ejercicio de la acción".

Con el mayor de los respetos, discrepo de tales conclusiones en tanto que se viene a equiparar en cierto modo la filiación no matrimonial sin posesión de estado con aquella en que sí concurre dicha condición y, como consecuencia, se utiliza el mecanismo integrador de la analogía para extender al supuesto del párrafo primero del [artículo 140 CC \(LEG 1889, 27\)](#) un plazo de caducidad que el legislador -según entiendo- sólo quiso establecer para el supuesto del párrafo segundo del mismo artículo, de forma que podría quedar afectado el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el [artículo 24 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) .

FALLO

En definitiva, considero que la sentencia de esta sala debió estimar el recurso por infracción procesal (en concreto, por su motivo cuarto), anular la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial acordando, mediante la oportuna resolución, la práctica de la prueba biológica solicitada

por el demandante y las demás que resultaran conducentes y, a la vista de su resultado, que la Audiencia Provincial dictara nueva sentencia resolviendo sobre el fondo de la cuestión planteada.