



A S O C I A C I O N  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL  
DERECHO FAMILIA  
Nº 6 OCTUBRE 2016  
EDICIÓN: AJFV  
MAQUETADO Y  
DISTRIBUCIÓN:  
Secretaría AJFV  
DIRECCIÓN:  
COMITÉ NACIONAL  
COORDINACIÓN:  
Natalia Velilla Antolín

 **Santander**  
JUSTICIA

 **Sanitas**

## ÍNDICE

### **1.- Validez e impugnación de un reconocimiento de complacencia de paternidad matrimonial.**

STS Sala Primera, de 15 de julio de 2016  
Nº Sentencia: 494/2016  
Nº Recurso: 1290/2015

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. ÁNGEL ILARIO PÉREZ, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gandía (NO ASOCIADO)

### **2.- Criterio de atribución del uso de la vivienda y ajuar familiares en los supuestos de guarda y custodia compartida.**

STS Sala Primera de 24 de octubre de 2014  
STS Sala Primera, de 21 de julio de 2016  
STS Sala Primera de 16 de septiembre de 2016

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. ALFONSO ÁLVAREZ-BUYLLA NAHARRO, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Getxo.

**1.- STS SALA PRIMERA, DE 15 DE JULIO DE 2016**

**Nº SENTENCIA: 494/2016**

**Nº RECURSO: 1290/2015**

**ÁNGEL ILARIO PÉREZ**

*El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo analiza los llamados reconocimientos de complacencia en la paternidad matrimonial y fija doctrina jurisprudencial sobre tres cuestiones relativas a ellos: si son válidos o nulos; si pueden ser impugnados por el reconocedor sobre la base de no ser el padre biológico; y cuál es la acción que en tal caso puede ejercitarse. Matizando su anterior sentencia de 4 de julio de 2011 (ROJ STS 5546/2011) y apartándose de la línea apuntada en las de 27 de mayo y 12 de julio de 2004 (ROJ STS 3688/2004 y STS 5032/2004), el Tribunal Supremo rechaza el carácter absoluto en esta materia del principio constitucional de “verdad biológica”, principio que debe cohonestarse con los de seguridad jurídica y estabilidad en las relaciones familiares, en la línea de otras sentencias recientes, como las de 3 de diciembre de 2014 y de 30 de junio de 2016 (ROJ STS 5107/2014 y STS 441/2016).*

**COMENTARIO**

**1.- SUPUESTO DE HECHO Y TÉRMINOS DE LA CONTROVERSIA**

El demandante contrajo matrimonio con la demandada y, dos años después, reconoció como propia a una hija de ella. El demandante era consciente, en el momento del reconocimiento, de que la menor no era su hija biológica.

Rota la relación matrimonial, y cuando ya han pasado dos años y cuatro meses desde el reconocimiento, el demandante impugna judicialmente su reconocimiento de filiación, alegando que no es el padre biológico de la hija reconocida en su día. Ejercita la acción del segundo párrafo del artículo 140 del Código civil: “*Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación*”

*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.”* Esta es la tesis que mantiene también el Ministerio Fiscal al contestar al recurso de casación.

La demandada, por su parte, sostiene que, habiendo contraído matrimonio, la acción es la del artículo 136, según el cual: “1. *El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.”* Se basa en lo que dispone el artículo 119: “*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.”* Esta es la tesis que siguen las sentencias de primera y segunda instancia para desestimar, en ambas ocasiones, la demanda.

## **2.- ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.**

La sentencia, que desestima el recurso de casación, fija doctrina jurisprudencial sobre tres cuestiones.

Previamente, define el reconocimiento de complacencia, que caracteriza con dos notas: su autor sabe o piensa que no es el padre biológico del reconocido; y se hace con la finalidad de constituir una relación jurídica de filiación paterna. Es diferente del de conveniencia, que se realiza “*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.”* (FJ 2).

Partiendo de que el reconocimiento efectuado por el demandante es de complacencia, el Tribunal Supremo sostiene lo siguiente:

**a.-“El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia.” (FJ 3)**

Alzándose frente al criterio mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado y al que apuntaban otras sentencias de la propia Sala Primera (24 de mayo 2004 - ROJ STS 3688/2004 y 12 julio de 2004 - ROJ STS 5032/2004, invocadas por la parte recurrente), el Tribunal Supremo aduce una serie de argumentos en favor de la validez de este reconocimiento. Estos son los más relevantes:

-El Código civil no establece la correspondencia con la realidad biológica como un requisito de validez de un reconocimiento de la paternidad.

-La Ley de jurisdicción voluntaria tampoco lo ha establecido así en el expediente para aprobar judicialmente el reconocimiento de una persona con capacidad modificada o que no está en edad de contraer matrimonio.

-El principio de verdad biológica establecido en el artículo 39 de la Constitución Española no tiene carácter absoluto y debe *“cohonestarse 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”*. (Cita la STC 138/2005 y sus propias sentencias de 3 de diciembre de 2014 - ROJ STS 5107/2014 y de 30 de junio de 2016 - ROJ STS 441/2016).

-La regulación legal de las acciones de impugnación del reconocimiento, con plazos de caducidad y limitación en cuanto a los legitimados, no es compatible con la idea de que este reconocimiento es nulo de pleno derecho (en tal caso la acción debería ser imprescriptible y cualquier persona con interés legítimo debería poder ejercitarla).

-Esta clase de reconocimientos de complacencia no son un fraude de ley, ni son contrarios a la moral ni al orden público, y pueden, incluso, cumplir una función social válida: la plena integración de hijos con la paternidad no determinada en la familia que la madre forma con quien no es el padre y consiente en ello.

**b.- “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.” (FJ 4).**

El Tribunal funda esta afirmación en una serie de argumentos. Además de los que vienen a ser una reformulación de los ya expuestos en el punto anterior, cabe destacar estos:

-Privar al reconocedor de esta acción carece de base legal, pues los preceptos que regulan la impugnación del reconocimiento no hacen ninguna salvedad al respecto.

-Al no tratarse de un reconocimiento en fraude de ley (como ocurre con el de conveniencia), no le sería aplicable el principio según el cual nadie tiene acción contra sus propios actos fraudulentos.

-No cabe aplicar la doctrina de los actos propios que emana del artículo 7.1 del Código civil, por cuanto nos hallamos ante una cuestión relativa al estado civil, que es indisponible.

**c.- Acción que asiste al reconocedor que ha contraído matrimonio con la madre después del nacimiento, plazo de caducidad y “dies a quo”. (FJ 5).**

En caso de que el reconocedor y la madre hayan contraído matrimonio después del nacimiento, la acción es la del artículo 136 del Código civil, sometida a un plazo de caducidad de un año. Este plazo se computará desde

el reconocimiento, si éste es posterior al matrimonio; o desde el matrimonio, si el reconocimiento se había producido antes. En este último caso, no obstante, será necesario para ejercitarla que, al celebrarse éste, no hayan pasado cuatro años desde el reconocimiento, por cuanto en tal caso la acción habría caducado con arreglo al artículo 140 y el matrimonio no puede abrir un nuevo plazo de impugnación de la acción ya caducada.

La Sala considera que la acción es la de impugnación de la paternidad matrimonial por aplicación del artículo 119 del Código civil. Entiende que la finalidad de esta norma es la de robustecer la familia matrimonial, haciendo más difícil la impugnación de la filiación; y que los términos “padre” y “madre” a que hace referencia este artículo no deben entenderse como biológicos, sino legales, por lo que se aplica al padre que lo es en virtud de un reconocimiento de complacencia.

**Referencia CENDOJ: ROJ STS 3192/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3192**

**2.- STS SALA PRIMERA DE 24 DE OCTUBRE DE 2014**

**STS SALA PRIMERA, DE 21 DE JULIO DE 2016**

**STS SALA PRIMERA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2016**

**ALFONSO ÁLVAREZ-BUYLLA NAHARRO**

*El recurrente en casación insta la anulación parcial de la sentencia de la Audiencia Provincial que, habiendo ratificado la custodia compartida sobre la hija menor de las partes acordada por el Juzgado de 1ª Instancia, adjudicó el uso de la vivienda familiar –privativa del marido- a la esposa hasta que la hija menor alcanzara la mayoría de edad. La Sala 1ª del Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida en cuanto al límite temporal de la adjudicación del uso, que fija en dos años desde la propia sentencia de casación, argumentando que el uso de la vivienda, en casos de custodia compartida, es un derecho de carácter temporal y que su duración ha de fijarse “prudencialmente”. Se examinan asimismo otras sentencias del Tribunal Supremo en supuestos similares.*

### **COMENTARIO**

La sentencia analizada aborda un problema que se plantea cada vez con mayor frecuencia en los tribunales españoles, como lógica consecuencia de la tendencia cada vez más extendida de adoptar un sistema de custodia compartida sobre los hijos menores de edad en casos de divorcio o ruptura del núcleo familiar sin matrimonio. Como es evidente, la cuestión no se discute en aquellos casos (los menos) en que los menores permanecen en el hogar familiar y son los progenitores quienes se alternan semanal o quincenalmente en el ejercicio de la custodia y consiguiente uso de la vivienda.

La Sala estima que lo resuelto por la Audiencia Provincial, que otorgaba el uso de la vivienda a la madre hasta que la hija alcanzara la mayoría de edad no se adecúa a lo dispuesto en el art. 96, párrafo tercero, del Código Civil, toda vez que este precepto señala que en ausencia de hijos, cabrá la

atribución de la vivienda que constituyera domicilio familiar al cónyuge no titular, cuando fuera el suyo el interés más necesitado de protección. Equiparan así tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo, el supuesto de hecho de la norma al de la fijación de una custodia compartida.

Señala el Tribunal Supremo que el precepto citado impone el establecimiento de un plazo “prudencial”, toda vez que la privación a uno de los cónyuges del uso de la vivienda de su propiedad durante un plazo superior al acordado en la sentencia frustra el derecho del titular del bien de disponer de él. Con tal pronunciamiento, el Alto Tribunal trata de conciliar el principio *favor minoris* con los derechos patrimoniales de uno y otro cónyuge.

La sentencia cita a su vez otras resoluciones del Tribunal Supremo sobre cuestiones similares, como la de 24 de octubre de 2014 (sentencia 593/14, recurso 2119/13), en la que se ponía de manifiesto las dificultades de arbitrar un régimen de custodia compartida cuando solo uno de los cónyuges disponía de vivienda propia para ejercer aquella, situación ciertamente extendida en estos tiempos de crisis económica. En la mencionada resolución, el Alto Tribunal se inclinaba también por fijar un plazo máximo de dos años para el uso de la vivienda familiar por parte de la esposa, quien no disponía de otra vivienda, pero añadía un inciso interesante: tal plazo se otorgaba para que el cónyuge que ocupaba el inmueble pudiera buscar otra vivienda digna a efectos de ejercer la custodia en el período que le correspondía, siendo que en otro caso sería posible modificar el régimen de custodia compartida al no darse las condiciones deseables para que esta modalidad de custodia fuera la más favorable al menor. Se pone así coto por parte de la Sala 1ª a una posible situación de pasividad por parte del cónyuge que ocupa la vivienda y que pudiera dar lugar a un *statu quo* difícil de modificar, en perjuicio del titular del domicilio.

Se aborda asimismo la cuestión en la sentencia de 16 de septiembre de 2016 (sentencia 545/16, recurso 1628/15), con la importante particularidad de que en este caso, la vivienda no es privativa de uno de los cónyuges, por lo



que no es de aplicación, al menos en puridad, el art. 96,3 del Código Civil. En esta ocasión, el Tribunal Supremo se decanta por disminuir el tiempo de atribución de uso a uno de los cónyuges (la madre en este caso), que fija en un año. Señala el Alto Tribunal que puesto que hasta el dictado de la sentencia que acordó una custodia compartida, los hijos menores habían convivido con la madre, lo más indicado para satisfacer el interés más necesitado de protección (el de los menores) era que durante un año la madre ocupara la vivienda, donde ejercería la custodia los períodos correspondientes, transcurrido el cual, debería abandonar la vivienda para que se abriera el correspondiente proceso de liquidación de la sociedad conyugal.

Conjugando en fin las resoluciones indicadas, se extraen las siguientes consecuencias o líneas jurisprudenciales: A) En casos de custodia compartida cabe la aplicación del art. 96,3 del Código Civil, y atribuir el uso del domicilio al progenitor no titular de la vivienda, siempre de forma temporal, inclinándose el Tribunal Supremo por un período máximo de dos años como regla general. B) En los casos de custodia compartida con domicilio conyugal titularidad de ambos progenitores cabe de forma más restrictiva la atribución del uso a una de las partes, si bien con base en que éste sería en el caso concreto la solución óptima para garantizar que el interés superior del menor queda garantizado, y por períodos más cortos a fin de facilitar la liquidación del régimen económico matrimonial. C) El Tribunal Supremo abre la puerta a considerar que una actitud de pasividad del progenitor al que se ha adjudicado el uso temporal del domicilio a la hora de buscar otra vivienda donde desarrollar la custodia compartida pueda ser considerada como un motivo para instar una modificación del régimen de custodia al no darse las condiciones idóneas para que aquél redunde en el beneficio del menor.

#### **Referencias CENDOJ:**

**ROJ: STS 3888/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3888**

**ROJ: STS 4249/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4249**

**ROJ: STS 4089/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4089**