



Roj: **SAP SA 366/2014 - ECLI:ES:APSA:2014:366**

Id Cendoj: **37274370012014100366**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2014**

Nº de Recurso: **125/2014**

Nº de Resolución: **195/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE RAMON GONZALEZ CLAVIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SALAMANCA SENTENCIA: 00195/2014**

**SENTENCIA NÚMERO 195/14**

ILMO SR PRESIDENTE

DON JOSÉ R. GONZÁLEZ CLAVIJO

ILMOS SRES MAGISTRADOS

DON JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO

DOÑA MARTA SÁNCHEZ PRIETO

En la ciudad de Salamanca a diez de Julio del año dos mil Catorce.

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio de Filiación Nº 723/12 del Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Salamanca, **Rollo de Sala Nº 125/2.014**; han sido partes en este recurso: como demandado apelante **DON Anibal**, **Defensor Judicial del menor Desiderio**, representado por la Procuradora Doña Adoración Sánchez Mangas, bajo la dirección del Letrado Don Juan Julián Cea García; como demandante apelado DON Hernan, representado por la Procuradora Doña María Teresa Fernández de la Mela Muñoz, bajo la dirección del Letrado Don Manuel Colella López; como demandada impugnante DOÑA Erica, representada por la Procuradora Doña María de Vega Díaz, bajo la dirección del Letrado Don Miguel J. Rodríguez y; como demandado apelante **DON Pio**, representado por la Procuradora Doña María Angeles Castaño Alvarez, bajo la dirección del Letrado Don José R. Fuentes Agudo; siendo parte el **MINISTERIO FISCAL**.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**1º.**- El día dieciséis de Diciembre de dos mil trece, por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 5 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: "Estimando la demanda formulada por la procuradora Sra. Fernández de la Mela Muñoz en nombre y representación de D. Hernan contra Doña Erica, D. Pio, D. Desiderio (que comparece a través de su defensor judicial) y contra el Ministerio Fiscal, declaro que Don Hernan es el padre extramatrimonial del menor Desiderio, quedando, pues, impugnada la filiación matrimonial previamente establecida.- Una vez firme esta sentencia, remítase testimonio de la misma al Registro Civil de Salamanca para que se practique la correspondiente inscripción, acordando se inscriban los apellidos del menor conforme a la nueva filiación determinada, esto es, Pedro Jesús.- Con imposición de costas a la parte demandada."

**2º.**- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de Don Anibal, defensor judicial del menor Desiderio y presentado escrito alegó como motivos del recurso improcedencia de la admisión a trámite de la demanda según lo establecido en el artículo 31 de la Constitución Española en relación con el artículo 113 del Código Civil, por ser la demanda inadmisibile, con nulidad de actuaciones e improcedencia de la obligación de realización de pruebas biológicas; infracción del artículo 116 del Código



Civil en relación con el artículo 767 de la Ley del Enjuiciamiento Civil ; licitud de la negativa a la práctica de la prueba biológica por no existir indicio serio de relaciones al tiempo de la gestación; indebida presentación de la demanda al no solicitarse junto a la declaración de filiación la impugnación de la contradictoria, según lo establecido en el artículo 113 del Código Civil , e infracción del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al pago de las costas, haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando la estimación del recurso de apelación y en, consecuencia, se estime la causa de nulidad de actuaciones invocada, retrotrayendo las mismas y decretándose la inadmisión de la demanda; subsidiariamente se revoque la Sentencia dictada por el Juzgado, desestimándose la demanda formulada por la representación procesal de D. Domingo , con imposición de costas y sin pronunciamiento de las mismas respecto de las de la alzada.

Asimismo por la legal representación de D. Pio se presentó escrito de apelación alegando como motivos del recurso: infracción del artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 416 de la misma Ley por defecto en el modo de formular la demanda con nulidad de las actuaciones, al no presentarse un principio de prueba de los hechos en que se fundamenta la demanda; falta de legitimación activa del demandante con falta de acción, por infracción del artículo 133 del Código Civil ; error en la valoración de la prueba con infracción de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil e indebida aplicación del artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24 de la Constitución , estando justificada, y por lo tanto siendo lícita, la negativa a la realización de la prueba biológica de investigación de la paternidad, e incorrecta aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , interesando la revocación de la resolución recurrida, dictándose otra en la que se desestime la demanda, con imposición de las costas de la primera instancia y sin pronunciamiento respecto de las costas de la alzada.

Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de D. Hernan y por el Ministerio Fiscal se presentaron sendos escritos de oposición a la apelación, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de las costas a la parte apelante. Por la legal representación de Doña Erica , se presentó escrito de impugnación de la sentencia recurrida, alegando como motivos del recurso: adhesión a los recursos interpuestos por los demandados, con infracción del artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 767 de la misma Ley al no presentarse un principio de prueba como indicio de los hechos en que se funda la demanda, error en la valoración de la prueba respecto del principio de prueba presentado, infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la carga de la prueba que infracción del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de la condena y costas, haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando se dicte nueva resolución desestimando íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas.

Dado traslado de la impugnación a las partes para presentar escrito de alegaciones, por la legal representación de D. Pio y de D. Anibal se presentaron sendos escritos de adhesión a la impugnación. Por la legal representación de D. Hernan se presentó escrito de oposición a la misma, ratificándose en su escrito de oposición al recurso de apelación.

**3º.-** Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la votación y fallo del recurso el día diecinueve de Mayo de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

**4º.-** Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente **DON JOSÉ R. GONZÁLEZ CLAVIJO.**

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero.-** Promovida demanda en reclamación de filiación por Don Hernan respecto del menor Desiderio frente a Doña Erica y Don Pio la misma se admitió a trámite por decreto de 30 de noviembre de 2012 teniendo por solicitada la práctica de la prueba pericial biológica respecto del menor.

La demanda fue contestada en oposición por la madre, Doña Erica , y por quien aparece como padre registral Don Pio , marido de la madre en el momento de la concepción y nacimiento del menor, acordándose por providencia de 1 de febrero del 2013 la práctica de la prueba pericial solicitada citándose para dicha prueba al menor, en la persona de su madre, así como al demandante, en el Instituto Anatómico Forense a través de los servicios forenses de los Juzgados de Salamanca.

La representación de Don Pio se opuso a la práctica de dicha prueba interponiendo recurso de reposición, al igual que lo hizo la representación de la madre, oponiéndose al recurso el Ministerio Fiscal, así como la representación del actor, y se dictó Auto el 6 de marzo de 2013 desestimando el mismo con advertencia de que la incomparecencia de los demandados, y su negativa a someterse a dichas pruebas, caso de que se produzca,



constituirá un indicio, conjuntamente con el resultado de otros medios probatorios, que permitirá declarar la paternidad del demandante.

Por providencia de 8 de marzo de 2013 se acuerda citar de nuevo al menor, a través de su madre, y al demandante, para que comparezcan en los servicios forenses de los juzgados de Salamanca, Clínica Forense, el 2 de abril de 2013.

El 2 de abril de 2013 el Secretario Judicial deja constancia, en presencia del médico forense, de la comparecencia del Don Hernan , pero poniendo de relieve la no comparecencia de los demandados para la obtención de muestras para la práctica de la prueba biológica.

Por providencia de 3 de abril de 2013 se cita a las partes para la celebración de la vista para el día 14 de mayo de 2013 a las nueve horas.

Por Auto de 14 de mayo de 2013 se estima la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario concediendo a la parte demandante un plazo de 10 días para ampliar la demanda contra el menor, en la persona de un defensor judicial, cargo que no podría recaer en ninguno de los padres con el conflicto de intereses.

Por Auto de 19 de julio de 2013 se nombra Defensor Judicial del menor a su tío Don Anibal , quien contestó a la demanda el 24 de septiembre de 2013, oponiéndose a la misma y solicitando la nulidad de actuaciones, debiendo declararse la inadmisión de la demanda, o subsidiariamente se declare defecto en el modo de proponer la demanda por no formularse la acción de impugnación de la filiación matrimonial contradictoria, y declarándose la caducidad de la acción, se entre a conocer sobre el fondo del asunto y se dicte sentencia desestimando la misma.

La representación de Don Pio se adhiere a la petición de nulidad, al igual que la representación de la madre.

Por Auto 16 de octubre de 2013 se acuerda no haber lugar a declarar la nulidad de las actuaciones citando a las partes para la celebración de la vista el día 19 de noviembre.

Celebrada la vista, el 16 de diciembre de 2013 se dicta sentencia en la que se estima la demanda declarando que Don Hernan es el padre extramatrimonial del menor Desiderio , con imposición de costas a la parte demandada.

Interpuesto recurso de apelación por la representación de todos los demandados, los motivos de los recursos pueden sistematizarse siguiendo el siguiente orden: falta de legitimación activa de Don Hernan tanto por no proceder a impugnar la filiación contradictoria como por demandar en contra de la presunción de paternidad del marido de la madre según lo dispuesto en el artículo 116 del Código Civil , insuficiencia del principio de prueba alegado para justificar la interposición de la demanda y la realización de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad, con errónea valoración de los datos suministrados en la demanda, errónea valoración de la negativa de la madre a facilitar la realización de la prueba biológica de investigación de la paternidad respecto de su hijo y, por último, errónea aplicación del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al imponer las costas a los demandados.

#### **Segundo.-** Legitimación activa.

La legitimación activa del supuesto progenitor para ejercitar la acción de reclamación de filiación, en principio, plantea algunos problemas desde el momento en que el Código Civil en el artículo 131 reconoce en general la legitimación a cualquier persona con interés legítimo siempre y cuando la filiación se manifieste por la constante posesión de estado, siendo evidente que en el presente caso no nos encontramos en esta situación y ni siquiera este extremo ha sido discutido, desde el momento en que el menor fue registrado como hijo del marido de la madre y desde el momento de su nacimiento así ha sido considerado, sin perjuicio, de que como consecuencia de la separación del matrimonio, la madre pasase a convivir con el demandante en compañía de sus hijos Fátima y Teodosio , pero teniendo en cuenta que, consecuencia del divorcio acordado por sentencia de 30 de octubre del 2006 , en la que se aprobó el convenio regulador, la guarda y custodia de sus dos hijos correspondía a la madre, continuando siendo compartida la patria potestad por el padre al que se atribuyó el correspondiente régimen de visitas en fines de semana alternos y martes y jueves de cada semana, sin perjuicio de las comunicaciones y estancias en los períodos de vacaciones, con abono por parte de Don Teodosio de la correspondiente pensión de alimentos y manteniendo tanto con Fátima , con el menor Teodosio las relaciones propias de un padre tras la disolución del matrimonio por divorcio, y ello sin perjuicio, de que como consecuencia de haberse trasladado la madre a convivir con el demandante, Hernan , evidentemente los dos menores estableciesen con éste una relación de convivencia habitual, pero que en modo alguno puede suponer la atribución de la posesión de estado a la que se refiere el precepto indicado pues no se dan los requisitos que la Doctrina y la Jurisprudencia exige como son el uso del nombre y condición de relación padre hijo (nomen),



el comportamiento material y afectivo propio de toda relación entre padre e hijo (tractus) y el conocimiento y conceptualización pública de la existencia de esa relación paterno-filial (fama o reputatio).

Si no existe la posesión de estado, el artículo 133 atribuye la acción de reclamación de filiación no matrimonial al hijo durante toda su vida, con lo cual, en principio, parecería excluida toda posibilidad de que el supuesto padre extramatrimonial pudiera ejercitar la acción de reclamación de filiación.

Sin embargo, la cuestión está resuelta desde hace muchos años por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con apoyo incluso en algunas sentencias del Tribunal Constitucional.

Así, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005, citando la del 22 de marzo del 2002, procede a resumir la jurisprudencia de dicha Sala en relación con el tema de la adquisición de la legitimación del padre no matrimonial de manera que considera que frente a la interpretación literal del artículo 133 del Código Civil que legitima sólo al hijo para la reclamación de la paternidad no matrimonial, había que aceptar una interpretación más flexible que resultaba de la interpretación conjunta de los artículos 133 y 134 del Código Civil ya que si éste último permitía al progenitor la impugnación de la filiación contradictoria en el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, "también esta impugnación condicionará la habilitación para que pueda ejercitar la acción de reclamación" (sentencia de 8 de julio de 1991).

De acuerdo con la citada sentencia de 22 de marzo de 2002 hay que señalar que esta tesis se ha mantenido en las sentencias posteriores, de modo que "al superarse la literalidad del artículo 133 del Código Civil que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 del Código Civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación del padre biológico" (sentencia de 22 de marzo de 2002).

Además, sentencias de 2 de octubre de 2000 13 de junio de 2002; 17 de junio de 2004 y 8 de julio de 2004 entre las más recientes).

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

El Tribunal Constitucional ha considerado en su sentencia 273/2005, de 27 de octubre que la redacción actual del artículo 133 del Código Civil vulnera el artículo 24 de la Constitución Española en su vertiente de acceso a la jurisdicción y ha considerado que "la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado no resulta compatible con el mandato del artículo 39.2 de la Constitución Española de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 Constitución Española), en su vertiente de acceso a la jurisdicción".

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional no declara la nulidad del mencionado precepto para evitar que el hijo se vea privado de legitimación para reclamar la filiación extramatrimonial cuando falta la posesión de estado, por lo que "la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador (...) el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores en los casos de falta de posesión de estado", por lo que procede estimar la cuestión de inconstitucionalidad presentada y declarar como tal el párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, "en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado".

El mismo criterio se mantiene en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006, de manera que conforme se establece en el artículo 133 del Código Civil, tratándose de una filiación no matrimonial y al faltar la respectiva posesión de estado, es el hijo quien está legitimado para ejercer la acción de reclamación de filiación durante toda su vida, y que cualquier interpretación amplia que pudiera efectuarse del antedicho artículo debe fundamentarse en las circunstancias concretas concurrentes en cada supuesto, y en ningún caso podría abarcar el que nos ocupa, caracterizado por el abandono voluntario y sostenido por parte del actor de las obligaciones inherentes a su alegada paternidad, que no puede verse recompensada con el reconocimiento de la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de filiación, dicho motivo ha de ser desestimado, por cuanto que si bien es cierto que el art.133 del Código Civil establece que "La acción de reclamación de





la filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida", por lo en principio parece que el ejercicio de la mencionada acción en los supuestos de filiación no matrimonial y carencia de la posesión de estado no viene conferido al progenitor, sino única y exclusivamente al hijo afectado, sin embargo es lo cierto, tal y como ha señalado la Juez a quo en la resolución impugnada, que dicho precepto ha sido ampliamente interpretado por nuestro Tribunal Supremo, el cual en reiteradas resoluciones, superando la literalidad del mismo, atendiendo precisamente a la finalidad perseguida por la institución de la filiación y atendiendo a la circunstancia de que el art. 134 del mismo Código Civil permite tanto al hijo como al progenitor la impugnación de la filiación contradictoria, sea o no matrimonial, ha establecido una clara y terminante doctrina jurisprudencial que permite el ejercicio de la referida acción al progenitor, otorgándole la oportuna legitimación activa para la reclamación de la filiación, incluso en el supuesto de que se trate de una filiación no matrimonial.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1996, entre otras, establece que la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del artículo 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aún en casos, en que no haya "posesión de estado" el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1991, refiriéndose a ambas versiones mantiene que parece ser que esa interpretación literal por el juego de los artículos 134 y 133.

**Tercero** - Aclarada la cuestión relativa a la legitimación en general del padre extramatrimonial, debemos analizar si es posible el ejercicio de la acción de reclamación de filiación sin proceder de forma explícita a solicitar la impugnación de la filiación contradictoria, a la que se alude en el artículo 134 del Código Civil.

La cuestión ha sido también resuelta reiteradamente por los Tribunales y así, a título de ejemplo podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de mayo de 2000 cuando afirma, tras confirmar, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo la existencia de legitimación activa para el padre extramatrimonial, que: " el artículo 133 es una excepción que taxativamente cierra la posibilidad de ejercicio de la acción de filiación matrimonial cuando falte la respectiva posesión de estado, en cuyo caso, exclusivamente, corresponderá al hijo durante toda su vida, más frente a esa versión literalista, puede compartirse la tesis más flexible de que la regla general del artículo 134, que habla de que esa sanción opera en todo caso, al no especificar nada en contrario, posibilita que, cuando se ejercite la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permita la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiende cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia del citado artículo 134 sobre el sentido restrictor del artículo 133. La aparente antinomia entre los artículos 131 y 134 del Código Civil ha de resolverse en el sentido de dar una interpretación amplia y de cobertura a este último, hasta el punto de catalogarlo como verdadera excepción al primero, ya que el propio artículo 134 permite la impugnación de la filiación contradictoria "en todo caso", expresión ésta tan elocuente que permite colegir que siempre que la acción de reclamación se ejercite por el hijo o el progenitor es factible la impugnación de una filiación contradictoria ya determinada, conviniendo así en la tesis favorable a que el progenitor no matrimonial pueda acogerse a lo establecido en el artículo 134, deviniendo avalada por el principio de verdad biológica o en el de posesión de estado del hijo como no matrimonial para coincidir así como la realidad sociológica, siendo así que esta tesis de legitimación del padre no matrimonial ha sido consagrada ya por la jurisprudencia, al entender que si se parte de la reconocida doctrina que configura la legitimación no sólo para el proceso, sino para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible, es indudable que ese interés existe, como interés legítimo, protegido por la Constitución Española, por lo que, conforme a esos postulados, resulta evidente la legitimación del padre biológico. En definitiva, si por el juego del artículo 134 en relación con el artículo 113.2, ambos del Código Civil, el ejercicio de la acción de reclamación conlleva necesariamente a reajustar la filiación contradictoria, en la idea de que si se reclama una de esta clase que pugne con la preexistente es preciso, asimismo, impugnar esta otra, **cabe entender que el ejercicio de dicha acción de reclamación implícitamente supone también el ejercicio de la acción concurrente de impugnación de la filiación que se pretende**, y que, por lo tanto, por esa flexibilidad, es predicable la legitimación del progenitor de reclamación de filiación no matrimonial en virtud del artículo 134 expresado, lo cual puesto en **relación con el problema del plazo de caducidad para el ejercicio de la acciones correspondientes de filiación determina que el límite a las mismas lo marca la acción principal de reclamación, susceptible de ser ejercitada "sine die", lo que supone, en definitiva, la inexistencia de plazo restrictivo de la pretensión impugnatoria** y, por tanto, el perecimiento del primero de los motivos alegados por la parte apelante, todo ello según reiterada doctrina jurisprudencial aplicable al caso - T.S. 1ª SS. de 5 de noviembre de 1987, 19 de enero y 23 de febrero de 1990, 8 de julio de 1991, 24 de junio de 1996 y 30 de marzo de 1998 -.



Por lo tanto, no es necesario proceder de forma expresa a la impugnación de la filiación contradictoria con aquella que se pretende en la demanda y, al mismo tiempo, y aunque esto no se alega expresamente en ninguno de los recursos, pero sí fue alegado por el defensor judicial del menor en la contestación a la demanda, la acción de reclamación de filiación extramatrimonial no habría caducado puesto que puede ser ejercitada en cualquier momento, no existiendo tampoco un plazo restrictivo de la pretensión impugnatoria.

**Cuarto** .- Se alega también como motivo del recurso la contradicción que puede suponer el ejercicio de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial con lo establecido en el artículo 116 del Código Civil, relativo a la determinación de la filiación matrimonial, y que contempla la llamada presunción de paternidad del marido de la madre, al afirmar el precepto: " se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o derecho de los cónyuges".

Debemos tener en cuenta que en el presente caso ni siquiera es necesario acudir a esa presunción de paternidad matrimonial, desde el momento en que el hijo ciertamente nacido constante el matrimonio de Doña Erica y Don Teodosio, fue inscrito en el Registro Civil como hijo matrimonial de este último.

Pero en cualquier caso, acreditada la filiación, conforme a lo establecido en el artículo 113 del código civil, por la inscripción en el Registro Civil, pudiendo, si se quiere incluso acudir a la presunción del artículo 116, ello no es obstáculo alguno para que esa filiación paterna y matrimonial pueda ser contradicha a través del ejercicio de la correspondiente acción de reclamación de filiación extramatrimonial, con impugnación, expresa o tácita, de la filiación matrimonial contradictoria. Hay que tener en cuenta que, el artículo 114 del Código Civil prevé la rectificación de los asientos de filiación conforme a la Ley de Registro Civil, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto sobre acciones de impugnación, y que el propio legislador ha previsto en el artículo 120 que la filiación no matrimonial puede determinarse legalmente por sentencia firme y reconoce, a partir de los artículos 131 y siguientes del Código Civil, la posibilidad de ejercicio de acciones de reclamación y de impugnación de la paternidad ya conste la misma por inscripción en el Registro Civil, ya se deduzca ante la presunción del artículo 116, y todo ello sin olvidar que este precepto, invocado en el recurso, utiliza expresamente la expresión "se presumen", tratándose de una presunción "iuris tantum", es decir, que admite prueba en contrario, por lo que, si a través de la correspondiente acción de reclamación o impugnación de filiación se acredita a través de los medios de prueba correspondientes, que el hijo no lo es del marido de la madre, habrá de estarse a la filiación determinada en el correspondiente procedimiento, según lo establecido en el artículo 120 del Código Civil.

Cuestión distinta es el problema que puede plantear en la convivencia diaria el hecho de que el que hasta ahora venía siendo padre registral, deje de serlo, con las implicaciones que ello supone incluso para el hijo menor, cuyo interés superior debe ser siempre protegido al amparo de lo establecido en la Ley 1/1996, de Protección Jurisdiccional de los Menores, según lo establecido en los Convenios Internacionales, pero este interés superior del menor debe ser tutelado a través de la adopción de las medidas adecuadas que se estimen pertinentes, ajenas a este procedimiento relativo tan sólo a una acción de reclamación de filiación.

**Quinto**.- Principio de prueba.

Solicitándose incluso la nulidad de actuaciones, por entender que el Órgano Jurisdiccional ha incumplido lo establecido en el apartado primero del artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse admitido a trámite la demanda sin que en ella se presente un principio de prueba de los hechos en que se funde, y todo ello, sin perjuicio de que al amparo de esta misma alegación reiteradamente se considere que no debió acordarse nunca la prueba de investigación biológica de la paternidad, y que por lo tanto, la negativa de la madre a llevar al hijo a la realización de las correspondientes pruebas aparece plenamente justificada, y, en consecuencia, de dicha negativa no puede extraerse la conclusión de que el demandante es el padre del menor, debemos tener en cuenta lo establecido reiteradamente por el Tribunal Supremo acerca de lo que significa ese principio de prueba.

Así la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1999 entiende que la jurisprudencia considera que debe hacerse una interpretación espiritualizada del concepto de principio de prueba, principio de prueba que no es necesario que tenga que plasmarse en un determinado documento, siendo suficiente con ofrecer la demanda la práctica de determinadas pruebas, en el momento oportuno, para llevar a cabo el control de la razonabilidad de la demanda, ya que el requisito procesal del párrafo segundo del artículo 767 constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad reconocida en la constitución, por lo que, de acuerdo con lo establecido en esta, bastaría con que se presente o muestre con la demanda referencias concretas a medios de prueba que contribuyan a conferir el sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud, y ello con independencia de que luego no prospere la demanda, según dijo hoy al Tribunal Supremo en sentencia de 3 de diciembre de 1991.



La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006 mantiene esa misma y uniforme doctrina, bastando con que conste en la demanda la oferta de practicar determinadas pruebas, y de este modo, pudiera llevarse a cabo un control de la razonabilidad de la misma, sin perjuicio, de que en aquel caso, se afirma se queda tan escaso el bagaje de suministro de hechos y la carencia de ofrecimiento de prueba alguna que la demanda no debió ser admitida, obedeciendo la obligación de presentar el principio de prueba a la necesidad de evitar pleitos que afecten a la intimidad de las familias, pero reconocida constitucionalmente la libre investigación de la paternidad, y declarado reiteradamente por el Tribunal Supremo que debe prevalecer la verdad biológica, en esa sentencia se considera que requisito se cumplió desde el momento en que la sentencia de instancia, y posteriormente la de apelación, fallan a favor de la reclamación de paternidad, lo que quiere decir que había pruebas suficientes, y sin que la recurrente pueda hablar de indefensión cuando tuvo a su alcance todos los medios que el derecho le proporciona para oponerse a la demanda.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2006, de manera que corresponde al Órgano Jurisdiccional analizar si el principio de prueba ofrecido, o ya presentado, tiene suficiente o razonable verosimilitud como para permitir la tramitación del procedimiento.

Nos encontramos por tanto ante una situación de hecho que debe ser valorada conforme a las reglas de la razón por el Juzgador de Instancia, de manera que, dando prioridad a la libre investigación de la paternidad reconocida constitucionalmente, y buscando la verdad biológica, a la que se refiere el Tribunal Supremo, debe realizar el adecuado juicio de proporcionalidad y, teniendo en cuenta ese principio de prueba, ponderar si en base al interés preferente que acabamos de citar, existe justificación para admitir a trámite la demanda con lo cual se verá afectada, como se ha visto, la intimidad de la familia y el interés de un menor.

En la demanda se deja constancia de la existencia de una supuesta relación de pareja a través de las grabaciones de teléfono móvil y fotografías obtenidas con el mismo, así como con un total de 10 mensajes de Móvil procedentes del número de teléfono de la demandada y con destino al teléfono del actor.

Ciertamente, y sin mayor perjuicio para el actor, había sido relativamente fácil aportar más prueba indiciaria de la relación de pareja mantenida, puesto que, bastaría con haber aportado el volcado de pantalla de sus mensajes, y no su simple transcripción, haber facilitado una copia de la tarjeta de memoria del teléfono móvil con la demanda, o más fotografías, habiéndose indicado de forma correcta en el segundo otrosí de la demanda la puesta a disposición del Juzgado del teléfono móvil para la realización de las comprobaciones necesarias acerca del contenido de los mensajes.

Sin embargo, el principio de prueba aportado razonablemente debe entenderse como suficiente para admitir a trámite la demanda, no sólo por la fotografía, que poco dice al respecto, sino por el contenido de los mensajes, tampoco expresamente impugnados o negados por la parte contraria, mensajes, que, en principio (recordamos que el precepto se refiere a principio de prueba, y no a prueba plena), ponen de relieve la existencia de una relación de pareja entre las partes.

Por lo tanto, no ha lugar a declarar la nulidad de actuaciones, ni a entender que existe un defecto en el modo de proponer la demanda, siendo el principio de prueba suministrado suficiente para ordenar la tramitación del procedimiento de filiación y, acordar, en base a ello, y teniendo en cuenta el precepto constitucional, y establecido en el Código Civil, en relación con la Ley de Enjuiciamiento Civil, la práctica de pruebas biológicas de investigación de la paternidad, teniendo en cuenta, como ya ha alegado el Ministerio Fiscal, que la práctica de dichas pruebas biológicas no sólo no entrañan un grave riesgo o quebranto para la salud de quien debe soportarlas, sino que incluso presentan un mínimo grado de molestia, y la práctica de la misma ha sido acordada tras la correspondiente ponderación de los intereses en juego, no resultando contraria a los derechos e integridad física e intimidad, siendo un medio de prueba esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho discutido en el pleito.

**Sexto.-** Pruebas biológicas. Negativa.

En relación con todo ello, se alega en los recursos la absoluta improcedencia de haber acordado las pruebas biológicas, y el error padecido por la Juez de Instancia al considerar que la negativa de la madre del menor a que éste se someta a la misma supone la estimación de la demanda.

Ya hemos advertido que el principio de prueba ofrecido era suficiente para ordenar la tramitación del procedimiento e incluso para acordar la práctica de la prueba biológica de investigación de paternidad. Al respecto debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional en las sentencias 227/1991 y 7/1994 considera que cuando las fuentes de prueba están en poder de una de las partes del pleito, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso ( art. 118 de la Constitución ) comporta que aquella parte tiene la obligación de aportar los datos que se le hayan requerido cuando hay indicios serios de la paternidad que se reclama, máximo cuando no existe ningún riesgo para la salud, para que el órgano



judicial pueda descubrir la verdad; y los obstáculos o dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio sin causa que lo justifique, no pueden redundar en su beneficio y en perjuicio de la otra parte. En igual sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 enero 1994 , señala que la negativa revela simplemente miedo a que la verdad resplandezca de modo que ya no quepan las dudas, sentencia en la que no se acoge la negativa como "ficta confessio", sino como un ejercicio antisocial del derecho de defensa, que se traduce procesalmente en un indicio muy cualificado que en unión de otras pruebas permite formar la convicción del juzgador en punto a la veracidad de la paternidad pretendida en la demanda.

Como se puede observar, a través de estas sentencias, la falta de colaboración para facilitar una prueba tan sencilla, no puede transformarse en una infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , entendiéndose que corresponde a la parte actora la prueba de los hechos, máxime si tenemos en cuenta que el citado precepto impone también la carga de la prueba a aquella parte a la que le es fácil aportarla.

La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006 considera que el demandado (en este caso, la demandada) no puede impedir, con su simple obstrucción, la práctica de la prueba decisiva y, si lo hace, debe cargar con las consecuencias. Someterse a la prueba biológica no es un deber pero sí una carga; en otras palabras, el demandado puede practicar la prueba y probar que no es el padre desestimándose así la demanda y si se niega a practicarla, no puede cargar a la parte demandante las consecuencias de su negativa (Cfr. STC 1.ª número 7/1994, de 17 de enero , y STS de 3 de noviembre de 2001 ), cuya posición jurisprudencial es de aplicación para el decaimiento del motivo.

En análogo sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2005 : La referencia a la vulneración de los derechos fundamentales de los hijos, alegados para justificar su negativa, no es admisible, porque a partir de la STC 7/1994, de 17 de enero , existe el deber de soportar estas pruebas siempre que sean consideradas indispensables por la autoridad judicial y no entrañen un grave quebranto para la salud, por lo que "atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física y a la intimidad del afectado". La falta de la prueba biológica acordada no permite, por sí misma, declarar la filiación, porque como afirma la sentencia de este Tribunal de 20 de septiembre de 2002 ,"en definitiva: si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa de prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que unido a los indicios, permite declarar la filiación" (ver asimismo las sentencias de 1 de julio , 19 de diciembre de 2003 , y 27 de octubre de 2005 entre muchas otras).

**Séptimo.-** Interés del menor.

Se invoca en los recursos la supuesta conducta abusiva, fraudulenta, del actor, al haber tolerado una situación de hecho, sin haber reclamado la paternidad en su momento, lo que puede perturbar la intimidad y paz familiar, especialmente en perjuicio del menor.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 se refiere expresamente a esta cuestión al afirmar: "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, tiene anclaje constitucional en el art. 39 de la Constitución española , se recoge en la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, 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, caso Yousef contra Países Bajos , de 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia , y de 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros contra Francia ).

En esa misma sentencia se afirma que 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. 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 .

Desde el momento en que constitucionalmente se reconoce la libre investigación de la paternidad, tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan el ejercicio de las acciones de reclamación de filiación, el Tribunal Supremo desde hace años viene admitiendo el triunfo de la verdad biológica o verdad material, sobre la meramente formal o registral, el interés superior del menor no puede ser un argumento suficiente para impedir la aplicación de la ley, todo ello, sin perjuicio, como hemos expuesto, de la adopción de las medidas que como consecuencia del resultado de esta sentencia puedan acordarse en interés de dicho menor, cuestión está totalmente ajena al presente procedimiento.

#### **Octavo.- Costas.**

La sentencia de instancia ha procedido a imponer las costas a los demandados al entender que conforme lo previsto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la estimación de la demanda así lo exige.

Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión debatida, una acción de carácter personal de determinación de la filiación extramatrimonial, las dudas de hecho y derecho que el procedimiento plantea, el que el actor, que desde la concepción y nacimiento del menor tenía conocimiento de que éste era hijo suyo, habiendo incluso convivido con la madre del mismo y con el propio menor desde mayo de 2006 hasta marzo de 2011, haya dejado transcurrir más de siete años para interponer la acción de reclamación de filiación extramatrimonial, no ha lugar a hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de primera instancia y, en definitiva, estimándose uno de los motivos de los diferentes recursos de apelación de impugnación de la sentencia, según lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no ha lugar hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de este recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

#### **FALLAMOS**

Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la representación de **DON Anibal , defensor judicial del menor Desiderio , y DON Pio** así como la impugnación contra la sentencia formulada por la representación de **DOÑA Erica** , en lo relativo al criterio seguido para la imposición de costas en primera instancia, debemos confirmar y confirmamos sustancialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 5 de Salamanca de 16 de diciembre de 2013 por la que se declara que Don Hernan es el padre extramatrimonial del menor Desiderio , quedando impugnada la filiación matrimonial previamente establecida, revocando la citada sentencia en el sentido de no hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de Primera Instancia, debiendo asumir cada una de las partes las costas causadas, por su propia intervención en el proceso , siendo las comunes por mitad, y sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de este recurso de apelación.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

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