



Roj: **STS 2348/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2348**

Id Cendoj: **28079110012015100297**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/05/2015**

Nº de Recurso: **1490/2014**

Nº de Resolución: **299/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BA 807/2013,**
STS 2348/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Mayo de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Margarita , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz en los autos de juicio de filiación número 94/2011, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Jerez de los Caballeros.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Margarita , representada por la Procuradora doña María del Carmen de la Fuente Bouza.

Ha comparecido en calidad de parte recurrida don Segundo representado por el Procurador don Santos Carrasco Gómez.

No se ha personado ante esta Sala el recurrido don Jose Augusto .

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

1. El Procurador don Manuel Pérez Guerrero, en nombre y representación de doña Margarita , interpuso demanda de reclamación de filiación extramatrimonial e impugnación de la filiación matrimonial contradictoria contra don Jose Augusto , frente a don Segundo . El suplico de la demanda es como sigue:

«[...] se declare que el demandado don Segundo es padre extramatrimonial de la menor Santiago , ordenando anular la inscripción de filiación contradictoria del Registro Civil y se practique la correspondiente inscripción en dicho Registro, con expresa imposición de las costas a la parte demandada en el caso de oponerse a nuestra justa pretensión.»

2. El Procurador de los Tribunales don Alejandro Pérez Montes, en nombre y representación de don Jose Augusto contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado dictase sentencia por la que:

«[...] 1.- Se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi mandante de todos sus pedimentos, en el caso de que resulte probado en el presente procedimiento, tras la práctica de las pruebas de ADN para la averiguación de paternidad biológica que Santiago es hija biológica de Don Jose Augusto .

2.- Subsidiariamente, se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi mandante de todos sus pedimentos, para el caso en que resulte comprobado y acreditado en el procedimiento que la menor Santiago

fue concebida como consecuencia del tratamiento de reproducción asistida seguido por Doña Margarita en la unidad de reproducción asistida del Hospital Materno Infantil de Badajoz, con el consentimiento de Don Jose Augusto .

3.- Finalmente, y con carácter subsidiario a las dos anteriores peticiones, para el caso de que resulte acreditado que la menor *Santiago* es hija biológica de Don *Segundo* , fruto de sus relaciones extramatrimoniales con Doña *Margarita* , se dicte sentencia definitiva conforme al suplico del escrito de demanda, con reserva expresa por mi mandante para ejercitar en procedimiento separado las acciones que en derecho le correspondan para el resarcimiento de los graves daños y perjuicios que se le han ocasionado.

Todo ello con expresa condena en costas a la actora, para el caso en que se vean íntegramente desestimadas sus pretensiones. » .

3. Igualmente el Procurador don Alejandro Pérez Montes en nombre y representación de don *Segundo* , contestó a la demanda formulada suplicando al Juzgado:

«[...] a) Se admita de oficio la demanda por vulneración del artículo 767.1 Código Civil .

b) Subsidiariamente se desestime la demanda por acogimiento de las excepciones alegadas por esta parte.

c) Subsidiariamente y entrando en el fondo del asunto, se desestime íntegramente la demanda.

d) En todos los casos, con expresa imposición de las costas a la actora. »

4. El Juzgado dictó sentencia el 10 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Manuel Pérez Guerrero en nombre y representación de doña *Margarita* , debo declarar y declaro que la menor *Santiago* es hija biológica del demandado *Segundo* , ordenando anular la inscripción vigente de filiación contradictoria del registro Civil y que se practique la nueva inscripción registral en dicho Registro.

No se hace declaración en materia de costas.[...] ».

Tramitación en segunda instancia.

5. Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de don *Segundo* a la que se adhirió el Ministerio Fiscal; y como impugnante don *Jose Augusto* , correspondiendo su tramitación a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz que dictó sentencia el 20 de septiembre de 2013 con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando los recursos de apelación formulados por *Segundo* ; Ministerio Fiscal adherido y por impugnante don *Jose Augusto* contra la sentencia dictada en los autos nº 94/2011 del juzgado de Jerez de los Caballeros, debemos declarar y declaramos haber lugar a ellos, revocando la resolución impugnada y desestimando la demanda, haciendo imposición al recurrente de las costas causadas en la alzada y no procediendo la devolución del depósito constituido por el apelante para poder recurrir.[...] ».

6. La representación de don *Segundo* , interesó la aclaración de la anterior resolución y el 3 de octubre de 2013 la Audiencia Provincial de Badajoz dictó Auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva:

«El Tribunal resuelve haber lugar a aclarar la sentencia nº 223/2013 mediante la introducción en el fallo de la misma de la ratificación referida en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente resolución. »

Interposición y tramitación del recurso de casación.

7. La representación procesal de doña *Margarita* , interpuso recurso de casación contra la anterior resolución al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3 LEC , esto es, por presentar interés casacional.

8. Por Diligencia de Ordenación de 29 de mayo de 2014 se acordó la remisión de los autos a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes.

9. Recibidas las actuaciones en esta Sala, se dictó Auto el 11 de noviembre de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

« 1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de *Margarita* contra la Sentencia dictada, en fecha 20 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección Segunda), en el rollo número 165/2013 dimanante de los autos de juicio de filiación nº 94/2011, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Jerez de los Caballeros [...] »

10. Admitido el recurso y evacuado el traslado, la representación procesal de don *Segundo* , impugnó el recurso formulado de contrario oponiéndose al mismo.



El Ministerio Fiscal impugnó el recurso interpuesto, interesando la confirmación de la sentencia.

11. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 12 de mayo de 2015 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO.- Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. La representación de doña Margarita interpuso demanda de reclamación de filiación extramatrimonial e impugnación de filiación matrimonial contradictoria contra don Jose Augusto y don Segundo para que se declare que el demandado señor Segundo es padre extramatrimonial de la menor Santiago, ordenando anular la inscripción de filiación contradictoria del Registro Civil y practicándose la correspondiente en dicho registro.

2. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, en esencia, por la negativa del demandado don Segundo a someterse a la prueba biológica de investigación de la paternidad, si bien, valorando las pruebas practicadas, sentaba que *"no se ha acreditado con la suficiente objetividad o imparcialidad que tanto el demandado como la actora mantuvieran relaciones sexuales fruto de las cuales naciera la menor"*. Añade que: *"los testigos refieren actitudes cariñosas, besos cada vez que acudían a la tienda que pudieran presumir una relación afectiva entre las partes"*.

3. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación de don Segundo, correspondiendo su conocimiento a la Sección número 2 de la Audiencia Provincial de Badajoz que dictó sentencia el 20 septiembre 2013 por la que, estimando recurso, revocaba la de primera instancia y desestimaba la demanda.

4. La sentencia del Tribunal de apelación motiva su decisión con los siguientes argumentos:

i) El artículo 767.4 de la LEC indica que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de esta no se haya obtenido por otros medios;

ii) No existe prueba directa ni indirecta que justifique esos indicios de paternidad por la existencia de relaciones carnales;

iii) Carece de justificación a tal fin que personas unidas por una relación de amistad y correspondiente afectividad se les pueda imputar que participan en una relación de índole carnal por el solo hecho de demostrar públicamente que existe esa amistad y esa afectividad saludándose con besos, y más cuando los besos, que se mencionan como prueba, son hoy día un medio habitual de saludo incluso entre personas que no se conocen entre sí.

5. La representación de la parte actora interpuso contra la citada sentencia recurso de casación por razón de interés casacional, por vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al amparo de lo dispuesto en el artículo 481 LEC, en relación con el 477.2.3 de la misma Ley adjetiva.

6. Dentro de lo que el recurso denomina motivos denuncia; en síntesis, la inflación del artículo 14 CE, en relación con el artículo 39 CE, y la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 24 octubre de 1996 y 17 noviembre 1997) que establece que la negativa del demandado a someterse a las prueba biológica de paternidad sin la presencia de causa justificada, es un indicio especialmente valioso o significativo, que en unión a otras pruebas permiten declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Dentro del desarrollo argumental alega la recurrente, entre otras cuestiones, que la sentencia recurrida no da relevancia alguna a las pruebas aportadas al pleito ni al resultado negativo de la paternidad de Jose Augusto, que constituyen indicios dignos de consideración que refuerzan el indicio muy cualificado de la negativa injustificada de Segundo a someterse a las pruebas biológicas de paternidad.

7. Por Auto de la Sala de 11 noviembre 2014 se admitió el recurso interpuesto, haciéndose entrega de la copia del escrito de interposición a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizasen su oposición.

8. La parte recurrida entiende que desde la primera instancia se vulneró el artículo 767.1 LEC toda vez que se presentó una demanda sin el más mínimo indicio de prueba de los hechos en los que se funda, estando justificada su negativa a someterse a la prueba biológica. En esas condiciones someterse a la prueba atentaría gravemente contra su intimidad, contra sus relaciones sociales, contra su honor y decoro y en definitiva se vulneraría el artículo 24 de la Constitución.



Niega la existencia de ninguna prueba iniciaría que puede hacer presumir su paternidad.

9. El Ministerio Fiscal, que cita el reciente Auto de esta Sala de 28 enero 2015, Rc. 1/2014, se opone al recurso por considerar que la negativa al sometimiento a la prueba biológica por el recurrido está justificada por la inexistencia de un principio de prueba serio indiciario de su paternidad.

Recurso de Casación.

SEGUNDO.- Decisión de la Sala.

1. El recurso de casación se ha interpuesto al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3 LEC, esto es, por presentar interés casacional. Este supuesto del recurso de casación está reservado para aquellos casos en que según el párrafo 3 del propio artículo 477 LEC *"la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo..."*.

2. Será preciso a la vista de la justificación del recurso interpuesto, exponer, en un adecuado orden metodológico, cuál sea la doctrina de la Sala y si la sentencia recurrida la contradice.

3. Como recoge la STS de 11 de abril de 2012, Rc. 535/2001: *"Es doctrina consolidada que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una ficta confessio, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada (STC 14-2-2005 y SSTS 27-2-2007, entre otras). Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba"*.

4. En este sentido la STS 177/2007, de 27 febrero, citada por la de 17 junio 2011, Rc. 195/2009, cita dos argumentos que sirven de referencia para inferir si la sentencia recurrida se ajusta o no a la doctrina del TC y a la de esta Sala. La sentencia en cuestión afirma que: *"El Tribunal Constitucional (v. gr., STC de 14 de febrero de 2005) acepta la doctrina de esta Sala con arreglo a la cual la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una ficta confessio [confesión presunta] del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento. Según esta doctrina, en efecto, dicha negativa no es base para integrar una ficta confessio, aunque representa o puede representar un indicio «valioso» o «muy cualificado» que, puesto en relación o conjugado con las demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta" y añade que "De este modo, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, como varias veces hemos dicho (entre las más recientes, SSTS de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006), una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurren los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada)"*.

5. En efecto, la negativa a someterse a las pruebas biológicas no determina en el ordenamiento español una ficta confessio y por ello, el artículo 767,4 LEC dice que se permite la atribución de la paternidad o maternidad *"siempre que existan otros indicios..."*. Esos otros indicios, según se desprende de las pruebas practicadas en la instancia, expuestos escuetamente en ambas sentencias y que esta Sala ha tenido la oportunidad de verificar, con la visualización incluso de las pruebas personales practicadas en el acto del juicio, son los siguientes; i) El marido de la actora en aquel tiempo, cuya paternidad se impugna, reconoce sus problemas de fertilidad al parecer varicocele, según el mismo admite, siendo tratado de la enfermedad e intervenido quirúrgicamente, quedando en situación de oligozoospermia, lo que no impedía pero sí dificultaba la fertilidad del mismo para procrear; ii) La actora, a causa del juicio clínico de *"esterilidad por factor masculino"*, se sometió en el Centro Extremeño de Reproducción Humana Asistida a tratamiento de reproducción asistida por inseminación artificial con semen del marido señor Jose Augusto, en un principio, y a partir del mes de mayo del 2005 con semen de donante, con consentimiento del esposo, constando como última fecha de inseminación el 27 noviembre 2005; iii) Según informe documental de investigación biológica de la paternidad de Labgenetics se excluye a Jose Augusto como padre biológico de la menor Santiago; iv) La actora, en función de la fecha del nacimiento de la menor (NUM000 2006), quedó embarazada sobre el mes de febrero del año 2006, época que se encontraba casada, no divorciada, y conviviendo con Jose Augusto; v) En esa época del mes de febrero del año 2006 Segundo trabajaba en el negocio "Comercial Ganadera Cruz Blanca", que pertenecía al matrimonio, desarrollando su trabajo tanto en el almacén de venta al público como en una pequeña finca rústica que tenía dicho matrimonio y donde engordaban animales para su posterior



venta. En concreto prestó su trabajo desde el mes de mayo de 2002 hasta el mes de julio de 2008; vi) el señor Jose Augusto era peluquero y principalmente se encontraba en su peluquería, coincidiendo en el almacén laboralmente la actora y el señor Segundo ; vii) La actora con rotundidad afirma en el acto del juicio, al prestar declaración, cómo en el marco de esa relación laboral se inició entre ambos la sentimental y sexual; viii) Los testigos que depusieron en el acto del juicio, y desechando todo lo relativo a parecidos de fisonomía, exponen que captaban que la relación entre ambos iba más allá de la laboral, por sorprenderles cogidos de la mano, dándose un beso o con roces muy juntos al manejar un saco.

6. Tales indicios exceden con mucho de los simples saludos con besos que menciona la sentencia recurrida y que, en efecto, no sería relevante en la actual realidad social.

Por todo lo expuesto, siguiendo la doctrina citada de la Sala y la dicción literal del artículo 767.4 LEC , ante la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica, que ninguna lesividad tenía para él y precisamente sería oportuna para dejar en evidencia los indicios que obraban en su contra, es por lo que procede declarar la filiación reclamada, en cumplimiento del mandato del precepto mencionado. Consideramos de interés recordar lo que afirmó la sentencia de 27 febrero 2007 al sentar que: *"La conclusión a que debe llegarse es la de que, ofreciendo una especial relevancia como indicio la negativa a la práctica de la prueba biológica, al menos cuando, como ocurre en el presente caso, esta negativa no ha sido acompañada de ninguna razón significativa que la justifique, los demás indicios concurrentes no es exigible que generen una virtualidad probatoria plena por sí mismos, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado de las cosas, acreditado por la experiencia, para corroborar el indicio especialmente significativo derivado de la negativa a la práctica de la prueba pericial biológica.*

La existencia de indicios de este carácter, según la orientación que se ha consolidado en nuestra jurisprudencia, priva de justificación a la negativa, y colma su eficacia indiciaria. Desde esta perspectiva, la plataforma fáctica integrada por los indicios antes reseñados, que demuestran la observación por diferentes personas que los conocen de actitudes de familiaridad, compañía y expresión de una relación de cariño durante un periodo de tiempo significativo entre los litigantes, anterior y coincidente con el de la concepción, que permiten reconocer la verosimilitud, en términos de razonabilidad, de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes, integra un conjunto de hechos desde luego insuficientes para fundar por sí mismos la determinación de la paternidad en virtud de una presunción hominis [de hombre, es decir, no legal], pero a los que es fuerza reconocer un valor coadyuvante de relevancia suficiente para colmar una presunción de paternidad apoyada solidariamente en la negativa injustificada del afectado a someterse a la prueba biológica como indicio especialmente cualificado -en el concierto jurídico de los derechos afectados-, pero necesitado para su plena virtualidad -en el sistema constitucional de derechos fundamentales, interpretado por el Tribunal Constitucional- del apoyo de otros indicios, como los que, extraídos de la prueba practicada en el proceso con todas las garantías, hemos ponderado racionalmente según las reglas del criterio humano."

TERCERO.- En atención a lo razonado en el anterior fundamento de derecho el recurso de casación ha de ser estimado y, asumiendo la Sala la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Segundo contra la sentencia dictada por el juzgado de la primera instancia, que ha de ser confirmada.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC no procede imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Procede la condena de la parte recurrente a las costas del recurso de apelación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por doña Margarita , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz en los autos de juicio de filiación número 94/2011, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Jerez de los Caballeros.

2. Casar la sentencia dejándola sin efecto.

3. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Segundo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Jerez de los Caballeros, el 10 de julio de 2012 .

4. No imponer las costas del recurso de casación.



5. Condenar a la parte recurrente a las costas causadas en el recurso de apelación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y rubricado.- *Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Eduardo Baena Ruiz.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-* PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ