



Roj: STS 2711/2013
Id Cendoj: 28079110012013100284
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1704/2012
Nº de Resolución: 382/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Mayo de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación e infracción procesal formulados contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio filiación, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Benidorm, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Jose Miguel , el procurador don Jorge Deleito García. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Gloria Arias Aranda, en nombre y representación de doña Adriana , en la actualidad doña Estibaliz . Siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Josefa García López, en nombre y representación de doña Adriana interpuso demanda de juicio declarativo especial sobre reclamación y determinación legal de la filiación extramatrimonial de la hija menor de mi representada Daria Petra , contra don Jose Miguel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare la paternidad del demandado don Jose Miguel respecto de la hija menor de mi poderdante llamada Daria Petra , nacida en Villajoyosa (Alicante), el día NUM000 de 2009, ordenando la inscripción en el Registro Civil de tal declaración e imponiendo al demandado las costas del proceso.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Teresa Cortes Claver, en nombre y representación de don Jose Miguel , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y de sus pedimentos absuelva a mi representado de todos ellos, con imposición de las costas a la parte actora.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Benidorm, dictó sentencia con fecha 9 de marzo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador sr. García López, en nombre y representación de Adriana contra Jose Miguel representado por la procuradora sra. Cortes Claver, debó decretar y decreto la paternidad del demandado Sr. Jose Miguel , respecto de la hija menor de la actora llamada Daria Petra , nacida en Villajoyosa, el día NUM000 -2009, ordenando la inscripción en el Registro Civil de Villajoyosa de dicha declaración de paternidad, mientras que las costas procesales corresponderán a la parte demandada.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Jose Miguel , la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 12 de marzo de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Benidorm, de fecha 9 de marzo de 2011 , debemos revocar y revocamos dicha resolución, en el extremo relativo a la imposición de costas, en el sentido de no hacer expresa imposición de*

las costas de la instancia, de forma que cada parte asumirá las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Sin hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de don Jose Miguel con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:ÚNICO**-Vulneración del art. 24 CE derecho a la Tutela Judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho, sin arbitrariedad.

Por la misma representación se interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes **MOTIVO:PRIMERO**.- Infracción por vulneración del art. 108 párrafo primero del Código Civil . **SEGUNDO**.- Infracción por inaplicación del principio de verdad biológica en materia de filiación, consagrado en el art. 39 C.E .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 8 de enero de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Gloria Arias Aranda, en nombre y representación de doña Adriana presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación de los dos recursos interpuestos con las consecuencias legales que se deriven.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de Mayo del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los recursos -infracción procesal y de casación- se formulan contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que confirmó la del juzgado, y declaró a don Jose Miguel padre de la niña Daria Petra , con el argumento siguiente: " *Es cierto que el actor aporta una serie de informes médicos en que es diagnosticado de una astenoteratozoospermia, que en el año 2006 con una recuperación de espermatozoides móviles (REM) de 3'5 millones y a finales del 2009, esta se agravó con un REM de 0'05 millones. Así mismo ha quedado constatado que el demandado tiene otro hijo, nacido en el año 2000.*

Ha quedado acreditado que al tiempo de la concepción de la menor, D^a Estibaliz y D. Jose Miguel mantuvieron una relación sentimental que se mantuvo al tiempo del nacimiento, siendo este hecho no negado y reconocido por el propio demandado, si bien la califica de carácter esporádicas o discontinuas o sentimentalmente confusa; relación que a su vez viene constatada en virtud de la testifical practicada y las fotografías obrantes al procedimiento.

Concorre además en el presente caso una prueba biológica en el que el índice de probabilidad de paternidad es superior al 99'999 % y el índice de paternidad es de 86.900.210, a ello hay que unir la existencia de otros indicios como se ha expuesto anteriormente que revelan la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción (STS de 27.12.01).

En el presente caso, valorados todos los documentos referenciados conforme a las reglas de la sana critica (art. 326 de la LEC), junto con los reconocimientos de hechos que efectuó el Sr. Jose Miguel al contestar a la demanda, debemos concluir que esta Sala no puede alcanzar una conclusión distinta a la recogida por el Juzgador de instancia, puesto que la resolución recurrida no resulta arbitraria, injustificada o injustificable, sin que al tiempo en que se produjo la concepción el demandado estuviese afectado de una astenoteratozoospermia que hiciese totalmente imposible la concepción, por lo que tales informes no desvirtúan las restantes pruebas obrantes al procedimiento".

Jose Miguel formula un doble recuso: extraordinario por infracción procesal y de casación

RECURSO EXTRAORDINARIO DE INFRACCION PROCESAL.

SEGUNDO.- Se formula por infracción del artículo 24 de la CE -derecho a la tutela judicial efectiva- en su vertiente de obtener una resolución fundada en derecho que excluya la arbitrariedad que se produce al declarar que el recurrente al tiempo de la concepción no estaba afectado por una astenoteratozoospermia que hiciese imposible la concepción, haciéndolo sin que exista soporte probatorio.

Nada más lejos de la realidad que la tacha de arbitraria de la sentencia. En realidad lo que pretende la parte recurrente a través de una supuesta lesión del artículo 24 CE, es que se practique una nueva prueba genética y así poder contrastar efectivamente los resultados que arroja cada una de las realizadas. Ello no es más que un intento de cuestionar la prueba y de introducir en el debate una duda en cuanto a la filiación de la menor, que no es tal a la vista de los datos que la sentencia ha tenido en cuenta. Es cierto que el órgano judicial en esta clase de procesos debe buscar la verdad material, pero lo que no puede es hacerlo con olvido de los principios que rigen en el proceso civil, supliendo la falta de actividad procesal de las partes:

(i) En primer lugar, una nueva prueba genética carece de utilidad y relevancia, cuando existe en el pleito una prueba biológica practicada por un órgano técnico oficial, dotado de medios y eficacia, para su elaboración más exacta, cual es el Instituto Nacional de Toxicología, dependiente del Ministerio de Justicia, en la que el índice de probabilidad de paternidad resulta ser superior al 99,999% y el índice de paternidad es de 86.900.210 y como tal es aceptada y aplicada por los tribunales puesto que permite alcanzar un porcentaje tan concluyente como el descrito.

(ii) En segundo lugar, la sentencia valora también una serie de informes médicos en los que se diagnostica al recurrente de una astenoteratozoospermia, en el sentido de que no hace totalmente imposible la concepción y el hecho de que pueda tener un porcentaje de probabilidad, no empece para que, en conexión con los restantes datos de prueba, dar valor a un informe que supera el 99,999%.

(iii) En tercer lugar, en ningún caso se niegan en el recurso los demás datos acreditados por la prueba que, junto a un dictamen biológico de suficiente fuerza probatoria, proporcionan un criterio seguro y absolutamente fiable de paternidad y que tienen como sustento el hecho de que el recurrente sea padre de otro hijo habido de una relación distinta, nacido en el año 2000; de que mediara una relación sentimental entre el demandado y la actora, la cual ha perdurado durante varios años, al menos desde antes de abril de 2007 hasta con posterioridad al nacimiento de la menor en mayo de 2009 y de que esta relación está perfectamente documentada mediante fotografías tomadas antes y después del nacimiento de la niña, con la que aparece, y a la que sigue viendo y pagando una pensión de alimentos.

RECURSO DE CASACION.

TERCERO.- Se interesa de esta Sala que modifique su jurisprudencia justificada por la evolución social, en el sentido de incluir una prueba biológica de contraste en la reclamación de paternidad frente al varón que padece infertilidad. Se cita como expresiva de la jurisprudencia cuya modificación se interesa, entre otras, las sentencias de 11 de abril de 2012, 17 de junio de 2011, 11 de marzo y 7 de julio de 2003 y 19 de diciembre de 2002.

La realidad social actual -dice- se ampara, de un lado, en el derecho a contrastar resultados o diagnósticos propiciada por los avances técnicos y la legítima aspiración humana de erradicación de cualquier error, de contrastar los resultados obtenidos en la realización de determinadas pruebas, mediante la realización de otras. De otro, en el hecho de que los avances técnicos actuales han generalizado la realización de pruebas genéticas, las cuales pueden llevarse a cabo sin molestia, ni menoscabo de la integridad corporal, en la extracción de materia genética, con obtención de resultados en un tiempo reducido.

La sentencia de 11 de abril de 2012 establece que la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios.

La de 17 de junio de 2011 recoge la doctrina del TC respecto de que la realización de la prueba biológica en los procesos de filiación no lesiona ningún derecho fundamental (STS 7/1994).

Las sentencias de 11 de marzo y 7 de julio de 2003 se refieren al valor de la negativa a someterse a las pruebas biológicas.

Finalmente, la de 19 de diciembre de 2002 parte de la base fáctica declarada probada, de la que se deriva que el demandado y la actora mantuvieron relaciones amistosas y, en especial, de la negativa de éste a someterse a la prueba biológica, para considerar acreditada la paternidad pretendida.

Con esta finalidad el motivo cita como infringido el artículo 108, párrafo 1º del Código Civil, según el cual "La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí". El motivo se analiza junto al segundo por infracción por inaplicación del principio de verdad biológica en materia de filiación, consagrado en el artículo 39 CE.



Los motivos no pueden prosperar porque los hechos probados y no desvirtuados en este recurso, comportan la correcta aplicación del artículo 108 del Código Civil puesto que el demandado se encuentra incluido en los supuestos de determinación de la filiación por naturaleza, no solo porque biológicamente ha sido posible, sino porque también lo ha sido por hechos distintos de los expresados en el texto del precepto. Ninguna jurisprudencia, por tanto, es preciso cambiar para llegar a la conclusión que de forma absolutamente interesada propone el recurrente y mantener absurdamente a la demandante en un prolongado estado de incertidumbre en cuanto a la filiación de su hija.

CUARTO.- Se desestima el recurso y se imponen las costas a la parte recurrente, en correcta aplicación de lo dispuesto en el 398.1, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de don Jose Miguel , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante -Sección Sexta-, de 2 de mayo de 2012 , con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Jose Antonio Seijas Quintana**. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**, 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.