

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

SENTENCIA

Sentencia N°: 253/2003

Fecha Sentencia: 11/03/2003

RECURSO DE CASACIÓN

Recurso N°: 2360/1997

Votación y Fallo: 04/03/2003

Ponente Excmo. Sr. D.: José Almagro Nosete

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid

RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD.

**NEGATIVA DE LA MADRE A SOMETERSE A LA PRUEBA
BIOLOGICA.**

**IMPRESCRIBIBILIDAD DE LA ACCION DE RECLAMACION, ART 133
CC.**

PRUEBA DE LA FILIACION.

DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

SOBRE EL CAMBIO DE APELLIDOS O SU PERMANENCIA, no pueden ser motivos del recurso de casación, pues EL ORDEN DE APELLIDOS VIENE DETERMINADO LEGALMENTE, SIN PERJUICIO DE LA FACULTAD DEL HIJO DE PODER EN SU MOMENTO ALTERAR EL ORDEN DE LOS MISMOS,.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA N°: 253/2003

Excmos. Sres.:

D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

D. José Almagro Nosete

D. Xavier O'Callaghan Muñoz

D. Francisco Marín Castán

D. José de A sís Garrote

En la Villa de Madrid, a once de Marzo de dos mil tres. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigesimosegunda, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número veintiuno de Madrid, sobre reconocimiento de paternidad, cuyo recurso fue interpuesto por Doña Mª del Carmen G N representada por la Procuradora de los tribunales Doña ---, en el que es recurrido Don Francisco Javier R R representado por la Procuradora de los tribunales Doña --- siendo también parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número veintiuno de Madrid, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de Don ---- contra Doña Mª del Carmen ---, siendo parte el Ministerio Fiscal sobre reconocimiento de paternidad.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia declarando que la filiación no matrimonial del demandante respecto de la menor Mª Lourdes G N y condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración.

Admitida a trámite la demanda la demandada contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia con desestimación de la demanda.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 19 de febrero de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "Estimo la demanda --- sobre declaración de filiación no matrimonial, y declaro: 1º.- Que la menor Doña --- es hija biológica no matrimonial de Don Francisco Javier R R . 2º.- Que procede la rectificación del asiento registral de la inscripción de nacimiento de la menor Mª Lourdes ---, efectuado en el Registro Civil de Madrid, Sección Primera, ---, en cuanto a la identificación del padre del nacido, debiendo consignarse como tal a Don Francisco Javier R R . 3º.- Que en lo sucesivo los apellidos que deberá ostentar la menor Mª Lourdes G N , serán los de: R y G . Firme que sea esta resolución remítase testimonio al Registro civil de Madrid, para que proceda a efectuar la rectificación oportuna en la inscripción de nacimiento. Se condena expresamente a la demandada al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, dictó sentencia con fecha 22 de mayo de 1997, cuyo fallo es como sigue: "Que desestimando el recurso de apelación formulado ---

TERCERO.- La Procuradora --- formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del número cuatro del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los artículos 127 y 135 del Código civil en relación

con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de prueba biológica.

Segundo.- Al amparo del número cuatro del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 7 del Código civil y del principio general de los actos propios.

Tercero.- Al amparo del número cuatro del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 39 de la Constitución en relación con el artículo 59-3 de la Ley del Registro Civil y los artículos 108 y 109 del Código civil.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, la Procuradora --- presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 4 de marzo de 2003, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **JOSÉ ALMAGRO NOSETE**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero del recurso (artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua) denuncia la violación de los artículos 127 y 135 del Código civil, en relación con la jurisprudencia sobre prueba biológica. Mas no cabe la infracción de los preceptos invocados por cuanto ambos son tomados adecuadamente en consideración, conforme a sus supuestos normativos que coinciden con los hechos que se establecen como probados. En efecto, el derecho a investigar la paternidad, que el artículo 39-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consagra, descende al terreno de lo concreto a través de los artículos 127, párrafo primero y 135 ambos del Código civil, y de la doctrina emanada de estos preceptos se derivan dos clases de pruebas acreditativas de la filiación, las directas, entre las que figura la llamada heredo-biológica, y las indirectas presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación, de los que el artículo 135 hace una enumeración "ad exemplum", para conceder, en un último inciso, la facultad de aplicar el artículo 4-1 del Código civil al atender a otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo. En el caso de autos, acordada la práctica de la prueba pericial biológica, en aras de determinar la filiación de la menor María Lourdes, la madre se niega a someterse a las mismas dejando una serie de circunstancias absolutamente superfluas, y añadiendo que "no sabe si es el padre, ni tiene interés en saberlo". Si bien, como tiene dicho el Tribunal Supremo,

la negativa, en si misma, no constituye "ficta confessio", del conjunto del resto de la pruebas practicadas SE INFIERE QUE LA POSTURA ADOPTADA POR LA SRª G., SÓLO PRETENDE ENTORPECER EL CONOCIMIENTO ABSOLUTO DE UNA REALIDAD que se intuye del resto del bagaje probatorio, del que, por otro, lado es especialmente consciente, pues no duda al absolver la posición decimotercera que nunca ha negado la paternidad del Sr. R. pero tampoco tiene la certeza de que sea el padre, por tanto de estas manifestaciones se infiere con claridad meridiana que es la propia demandada-apelante quien reconoce la posibilidad de la paternidad del actor respecto su hija. El resto de la prueba practicada en su mayoría testifical, resulta claramente favorable a la tesis sostenida en la demanda, e incluso las preguntas formuladas a los testigos de la parte contraria, sólo consiguen afirmar ese criterio; por el contrario los testigos que deponen a preguntas de la demandada ninguna luz arrojan en relación con la pretensión de la Srª G.. Así pues que LA NEGATIVA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL BIOLÓGICA HA SERVIDO PARA CONFIRMAR, LA EXISTENCIA DE UNA REALIDAD QUE SE PODÍA PRESUMIR DEL RESTO DE LAS QUE OBRABAN EN AUTOS. Menester es ponderar en cuanto resulta de aplicación al caso, con las salvedades debidas la doctrina de esta Sala consignada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2001 al explicitar que la Sala, especialmente desde la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, reiterada por la 55/2001, de 26 de febrero, ha mantenido que LA NEGATIVA A SOMETERSE A LA PRUEBA BIOLÓGICA NO ES UNA "FICTA CONFESSIO" QUE IMPLIQUE "PER SE" LA DECLARACIÓN DE PATERNIDAD, SINO QUE, UNIDA A OTRAS PRUEBAS, A OTROS INDICIOS O, EN DEFINITIVA Y EN TODO CASO, A UN JUICIO DE VEROSIMILITUD DE LOS HECHOS ALEGADOS, DA LUGAR A LA DECLARACIÓN DE PATERNIDAD. ES DECIR, EL DEMANDADO 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. En este sentido, la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 enero, dice (lo que recoge, entre otras, la sentencia de esta

Sala de 26 de julio de 1999): "Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probado por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, CONSTATADA JUDICIALMENTE AL ACORDAR LA PRÁCTICA DEL RECONOCIMIENTO BIOLÓGICO EN LA FASE PROBATORIA DEL PROCESO, NO ES LÍCITO, DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ARTÍCULOS 24-1, 14 Y 39 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, QUE LA NEGATIVA DE UNA PERSONA A QUE SE LE EXTRAIGAN UNOS CENTÍMETROS CÚBICOS DE SANGRE DEJE SIN LA PRUEBA MÁS FIABLE A LA DECISIÓN JUDICIAL que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación". Consecuentemente, se desestima el motivo.

SEGUNDO.- El motivo segundo (artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil citada) acusa la vulneración del artículo 7 del Código civil en cuanto se inaplica el principio general de los actos propios. Paladinamente afirma la recurrente, tras reconocer, de manera implícita, en la argumentación que desarrolla, lo infundado de su pretensión (que se apoya en la tardanza en el ejercicio de la acción) que la doctrina de esta Sala al respecto "ampara de alguna forma un ejercicio arbitrario y contrario a la buena fe de su derecho que por la trascendencia que va a tener en la vida de un menor debe ejercitarse a la mayor brevedad posible". Pero su particular criterio no se sostiene en Derecho, puesto que, SEGÚN RECONOCE LA JURISPRUDENCIA DE ESTA SALA INTEGRANDO EL ARTÍCULO 133 DEL CÓDIGO CIVIL HA ESTABLECIDO QUE LA ACCIÓN ES IMPRESCRIPTIBLE", lo que conlleva que no hay ejercicio tardío del derecho con relevancia jurídica que permita acoger el motivo. Por ello, se rechaza.

TERCERO.- Tampoco puede prosperar el motivo tercero, (artículo 1.692-4º del a Ley de Enjuiciamiento Civil citada) que denuncia inaplicación del artículo 39 de la Constitución Española en relación con el artículo 59-3 de la Ley del Registro Civil y los artículos 108 y 109 del Código civil, puesto que, como razona el Ministerio Fiscal en su dictamen, considerando las peticiones RELATIVAS AL CAMBIO DE APELLIDOS O SU PERMANENCIA, "estos dos últimos problemas no pueden ser motivos del recurso de casación, pues EL ORDEN DE APELLIDOS VIENE DETERMINADO LEGALMENTE, SIN PERJUICIO DE LA FACULTAD DEL HIJO DE PODER EN SU MOMENTO ALTERAR EL ORDEN DE LOS MISMOS, Y LOS PERJUICIOS ALEGADOS, DE FORMA SUBJETIVA, NO PUEDEN SER OBJETO DEL RECURSO DE CASACIÓN, POR LO QUE EL PROBLEMA SE CENTRA EN DETERMINAR SI SE HA ACREDITADO LA FILIACIÓN, y como dicen las sentencias de instancia y de apelación, las pruebas practicadas, unidas a la negativa de la madre a la práctica de la prueba biológica, y a las demás pruebas, es un indicio suficiente para determinar la filiación, y por consiguiente desestimar los motivos".

CUARTO.- La desestimación de los motivos, acarrea la declaración de no haber lugar al recurso, con imposición de las costas y pérdida del depósito constituido (artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña Mª del Carmen GN contra la sentencia de fecha veintidós de mayo de mil novecientos noventa y siete dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigesimosegunda, en autos, juicio de menor cuantía número 932/94 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número veintiuno de Madrid por Don Francisco Javier RR contra la recurrente, con imposición a dicha recurrente de las costas causadas en el presente recurso y pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal; librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.