



Roj: **STS 110/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:110**

Id Cendoj: **28079110012017100019**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2017**

Nº de Recurso: **2016/2015**

Nº de Resolución: **18/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 492/2015,**  
**STS 110/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 17 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife el 29 de abril de 2015, en el rollo de apelación 175/2014, dimanante de los autos de juicio verbal de filiación nº 1202/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Santa Cruz de Tenerife. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente doña Claudia, representada por el procurador don Amancio Amaro Vicente. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida don Jose Francisco, representado por doña María Carmen Barrera Rivas. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Tramitación en primera instancia.

**1.-** La procuradora de los tribunales doña Margarita Martín González, en nombre y representación de doña Claudia, interpuso juicio declarativo especial de menor cuantía, por la que ejercitó acción de reclamación de filiación paterna extramatrimonial, contra don Jose Francisco. El suplico de la demanda dice:

«SOLICITO AL JUZGADO: Que tenga por representado este escrito con los documentos acompañados y sus copias; me tenga por parte en la representación que ostento tener promovida demanda de reclamación de filiación paterna extramatrimonial entablada por doña Claudia, en nombre y representación de su hija Otilia contra don Jose Francisco; por personado y parte la procuradora que suscribe, entendiéndose con ella las sucesivas diligencias a que haya lugar; admitirla a trámite, declararse competente para conocer de ella y sustanciarla por los trámites del Juicio Verbal, dar traslado al Ministerio Fiscal y al demandado para que contesten y convocar a la vista del JUICIO ESPECIAL DE DETERMINACIÓN DE FILIACIÓN PATERNA; y que previa práctica de la Prueba biológica solicitada, se dicte sentencia que declare la filiación pretendida, comunicando la resolución judicial firme al Registro Civil y otros Registros públicos que correspondan.».

**2.-** Por decreto de 22 de diciembre de 2011 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar en un plazo de veinte días.

**3.-** La procuradora doña Rita Rodríguez Dorta, en nombre y representación de don Jose Francisco formuló declinatoria por falta de competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Güímar.

«SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito con los documentos y copias de todo ello y por formulada DECLINATORIA por falta de competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción



nº 1 de Güimar. Se sirva admitirla, tenerme por personado en nombre de don Jose Francisco , con domicilio en Santa Cruz de Tenerife, CALLE000 , nº NUM000 , suspendiendo el plazo para contestar a la demanda y previos los demás trámites contenidos en el art/culo 65 de la LEC, dicte Auto, por el que se estime la Declinatoria relativa a la competencia territorial declarando en el mismo su inhibición en favor de los tribunales de Santa Cruz de Tenerife que por reparto corresponda, acordando asimismo la remisión de los autos con emplazamiento de las partes para que comparezcan y con expresa imposición de costas.»

**4.-** La representación procesal de doña Margarita Martín González, se opuso a la declinatoria formulada y el 3 de octubre de 2012, el Juzgado dictó Auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«1.- Se estima la declinatoria planteada por el demandado, declarándose incompetente este Juzgado para el conocimiento del asunto.

»2.- Se acuerda la inhibición del presente procedimiento en favor de los Juzgados de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife, y remisión de los autos con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante él en el plazo de diez días.»

**5.-** La procuradora de los tribunales doña Renata Martín Vedder, en nombre y representación de don Jose Francisco , contestó a la demanda interpuesta de contrario y suplicó al Juzgado:

«...previa desestimación íntegra de la demanda y del conjunto de sus pedimentos, absuelva a mi principal de todos ellos, declarando no haber lugar, en cualquier caso, a la declaración de paternidad interesada de contrario en su escrito de demanda, todo ello con imposición de costas a la parte actora por su temeridad y mala fe.»

**6.-** El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia el 30 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva dice:

«Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora doña Lidia Lucas Sánchez, en nombre y representación de doña Claudia , contra don Jose Francisco , representado por la procuradora doña Renata Martín Vedder, absolviendo al demandado de las pretensiones deducidas en su contra.»

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

**1.-** Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Claudia , correspondiendo su resolución a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia del 29 de abril de 2015 , cuya parte dispositiva dice:

«1.- SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Amelia Lorena Fernández Delgado, en nombre y representación de Dña. Claudia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Santa Cruz de Tenerife (Familia), dictada en fecha 30 de septiembre de 2013 , en las actuaciones de las que este rollo dimana, y en su consecuencia, debemos confirmar íntegramente dicha resolución, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

2.- No se hace declaración en materia de costas procesales en esta alzada.»

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.*

**1.-** La representación procesal de doña Claudia interpuso contra la anterior resolución recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación con base en los siguientes motivos:

El recurso de casación se basa en un único motivo, en el que se alega que la sentencia recurrida se opone a los artículos 14 , 24 y 39 CE y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la negativa injustificada a la realización de la prueba biológica en los procesos de filiación.

El recurso extraordinario por infracción procesal lo desarrolla en dos motivos:

Primero.- al amparo del artículo 469.1. 3º LEC , por infracción del artículo 767.4 LEC .

Segundo.- al amparo del artículo 469.1. 4º LEC .

**2.-** La Sala dictó Auto el 22 de junio de 2016, cuya parte dispositiva dice:

«1º .- Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.ª Claudia , contra la sentencia dictada, con fecha 29 de abril de 2015, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) en el rollo de apelación nº 175/2014 , dimanante de los autos de juicio verbal de filiación n.º 1202/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Santa Cruz de Tenerife.

»2º .- De conformidad y a los fines dispuestos en los arts. 474 y 485 LEC , entréguese copia del escrito de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas



ante esta Sala, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría. Transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.».

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal, solicitó la estimación del recurso.

4.- La representación procesal de don Jose Francisco , formuló oposición a los recursos formulados de contrario.

5.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 30 de noviembre de 2016 en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Doña Claudia presentó demanda sobre filiación que fue admitida a trámite por decreto de 25 de enero de 2013, contra don Jose Francisco , por la que ejercitaba acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial, pretendiendo que se determine en sentencia la paternidad del demandado respecto de la menor Otilia , nacida el NUM001 de 2004 e inscrito su nacimiento con sólo la filiación materna de la Sra. Claudia , constatando en la inscripción como nombre del padre a efectos identificativos el de Jose Francisco .

2.- El demandado se opuso a la pretensión ejercitada en su contra y, además, se negó a la práctica de la prueba pericial biológica que se había acordado con carácter previo a la vista.

3.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda el 30 de septiembre de 2013 con la siguiente argumentación:

(i) Tras citar las previsiones legales y jurisprudenciales sobre el valor de la negativa a la prueba pericial biológica, concluyó 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 tal 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.»

(ii) Con la demanda se aportó sólo un documento en apoyo de la demanda, manuscrito por la señora Claudia , en el que hace un relato de los hechos: «los presentó su amiga Jacinta ; la vino a recoger a la puerta de su casa por la tarde con un coche descapotable y cenaron en Candelaria; quedaron los días siguientes para tomar algo; y tuvieron relaciones sexuales la última noche de las dos semanas que estuvieron juntos.»

(iii) De la prueba practicada, consistente en el interrogatorio del demandado y testifical de doña Jacinta y don Adolfo , que se recoge: «lo único que resultaría probado es que la actora y el demandado se conocieron coincidiendo con las fiestas de carnaval -bien pudiera haber sido en 2004-, y que salieron durante un breve período de tiempo (dos semanas según la propia Doña Claudia ), en un número indeterminado de ocasiones. Al menos una vez salieron a cenar (lo admite Don Jose Francisco , si bien esa vez -cuando cenaron en Candelaria-, no pasó nada más).

»El dato del coche descapotable que consta en el documento manuscrito aportado con la demanda, ha resultado contradicho por el demandado y por el testigo Sr. Adolfo (quien tenía un descapotable era éste, que habría salido con la actora antes que el demandado, y que manifestó que no prestaba el vehículo en cuestión). En contra de lo declarado por la Sra. Claudia en su interrogatorio, la testigo Dña. Jacinta manifestó que le preguntó a Dña. Claudia por el padre (cuando la vio embarazada) y que no se lo dijo; que Dña. Claudia no le comentó que el hijo que esperaba fuera de Jose Francisco ; que no sabe nada del padre de la hija de Dña. Claudia ; y que ella no le dijo a Jose Francisco que fuera a ver a Claudia al hospital.»

(iv) Con tal material probatorio y la doctrina citada no se entiende que pueda concluirse la existencia de indicios significativos hasta el punto de que se desprenda de ellos la verosimilitud de la existencia de una relación



de tipo sexual entre las partes. Prácticamente no hay otra cosa que la propia versión de la actora -y el hecho incontrovertido de que se conocieron y salieron en varias ocasiones.

4.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo conocer de él a la sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que dictó sentencia el 29 de abril de 2015 desestimatoria del mismo.

5.- El tribunal de apelación al motivar su decisión reiteró la doctrina que ya había recogido la sentencia de la primera instancia sobre el valor de la negativa a la práctica de la prueba biológica, considerando necesario, por ende, precisar cuáles son los indicios que se dan en el presente supuesto.

De forma ordenada recogió los elementos de prueba obrantes en autos, en coincidencia con lo ya declarado por la sentencia de primera instancia, y, al igual que hizo ésta, afirma que la negativa a realizar la prueba biológica no puede ser tomada como una prueba concluyente si no viene avalada por otras pruebas que demuestren «sin ningún género de dudas» el hecho controvertido.

6.- La demandante interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal lo desarrolla en dos motivos:

(i) El primero, al amparo del artículo 469.1. 3º LEC , por infracción del artículo 767.4 LEC , relativo a la prueba de la filiación, alega que de conformidad con los actos propios del demandado, que no niega la relación de amistad, y la negativa injustificada a la realización de las pruebas, debería haber llevado a la estimación de la demanda.

(ii) El motivo segundo, al amparo del artículo 469.1. 4º LEC , por vulneración de los derechos del artículo 24 CE , por vulneración de los derechos del artículo 24 CE , por irracionalidad y arbitrariedad en la valoración de la prueba.

El recurso de casación lo desarrolla la parte en un único motivo, en el que se alega que la sentencia recurrida se opone a los artículos 14 , 24 y 39 CE y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la negativa injustificada a la realización de la prueba biológica en los procesos de filiación, y los efectos de esa negativa, con cita de sentencias del TC y las SSTS de 11 de abril de 2012 , 17 de junio de 2011 , 11 de marzo de 2003 , 7 de julio de 2003 y 19 de diciembre de 2012 , por haberse negado el demandado dos veces a realizarse las pruebas biológicas, lo que unido a los indicios probados ha debido llevar a la estimación de la demanda.

7.- La Sala dictó auto el 22 de junio de 2016 por el que se admitía el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal, y, previo el oportuno traslado, presentó escrito la parte recurrida oponiéndose a ambos.

8.- El Ministerio Fiscal, con cita de la sentencia de la Sala de 11 de abril 2012, Rc. 535/2001 , y 27 febrero 2007, citada por la ley 17 junio 2011, solicita la estimación del recurso. Afirma que la sentencia recurrida infringe la doctrina de la sala al sostener en su último párrafo del fundamento de derecho tercero, que la «negativa a realizar la prueba biológica, no puede ser tomada como prueba concluyente, sino viene avalada por otras pruebas que demuestren sin ningún género de dudas el hecho controvertido.»

### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

#### **SEGUNDO.- Decisión de la Sala.**

1.- Se estima oportuno, como autoriza la doctrina de la Sala, ofrecer una respuesta conjunta a ambos motivos por la estrecha relación que guardan entre sí.

2.- La doctrina de la Sala al respecto aparece correctamente citada tanto en la sentencia de primera instancia como en la sentencia recurrida, y era recordada más recientemente por la sentencia 299/2015, de 28 de mayo , en los siguientes términos:

«(i) 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".*».

«(ii) 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)".».

3.- Se concluye, pues, que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no determinan 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 ...». Precisamente es lo que mantiene la sentencia recurrida cuando indica que será necesario ver en este caso cuáles son tales indicios.

4.- Al enumerarlos refleja fielmente la prueba practicada, que esta Sala ha examinado a través de la grabación efectuada de la vista en su día celebrada.

De ello se colige que no existe más indicio que la relación breve que mantuvieron las partes, presentadas por conocidos comunes, de no más de 15 días, en los que tomaron café unas cuantas veces y cenaron, según él, un día, y, según ella, dos, siendo tras esta segunda cena cuando afirma la actora que mantuvieron relaciones sexuales.

Tanto la testigo Jacinta como el testigo Adolfo contradicen algunas de las manifestaciones de la actora, que serían relevantes al caso. Así Jacinta niega que ella comentase al demandado el embarazo ni el nacimiento de la menor, no teniendo noticia de que pudiese ser él el posible padre hasta que éste se lo comentó tras ser emplazado en el juicio verbal de reclamación de paternidad.

El testigo Adolfo, compañero de trabajo de Jacinta y del demandado, que afirmó haber salido con la actora unas cuantas veces, contradice que Jose Francisco tuviese un coche descapotable, pues era él quien lo tenía, y nunca lo prestaba.

5.- No puede concluirse, por lo anteriormente expuesto, que la sentencia recurrida incurra en un error patente al valorar la prueba practicada, a la que, a juicio de esta Sala, podría añadirse el tiempo transcurrido desde el nacimiento de la niña hasta la interposición de la demanda de reclamación de paternidad (ocho años), sin que la actora haya acreditado reclamación o gestión alguna con el demandado a los efectos ahora pretendidos.

6.- Por todo ello el recurso no puede estimarse.

#### **Recurso de casación.**

#### **TERCERO.- Decisión de la Sala.**

Procede su desestimación, reiterando lo ya razonado para desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, por cuanto en el de casación se viene a insistir, en esencia, en lo alegado en el primer motivo del recurso extraordinario.

Además la aplicación de la jurisprudencia de la Sala que se cita, sólo podría llevar a una modificación de la decisión recurrida mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial ha considerado probados, sin que la pretensión de la recurrente al efecto haya sido estimada por la Sala.

No obstante, pese a que el fallo de la sentencia remitida no se opone a la doctrina jurisprudencial, esta Sala considera necesario salir al paso de la desafortunada expresión de la sentencia recurrida cuando afirma que la negativa a realizar la prueba biológica no puede ser tomada como una prueba concluyente si no viene avalada por otras pruebas que demuestren «sin ningún género de dudas» el hecho controvertido.

No es eso lo sentado por esta sala ni por el Tribunal Constitucional que en su sentencia 7/1994, de 17 de enero, reprochó que se exigiese a la demandante en el proceso, para dar relevancia a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, la presentación de forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, pues «al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada





vino a imponerle una exigencia contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE , colocándola en una situación de indefensión».

La sentencia del TC 29/2005, de 14 de febrero , con cita de el ATC 37172003, de 21 de noviembre, recoge que «hemos rechazado que se pueda atribuir a la referida negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica "un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose una carga contra cives que no está autorizada normativamente", ni puede interpretarse dicha negativa como una ficta confessio del afectado ( ATC 221/1990, de 31 de mayo , FJ2, in extenso), sino la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en el contexto valorativo anteriormente expuesto, es decir, en relación con la base probatoria (indiciaria) existente en el procedimiento ( STC 95/1999, de 31 de mayo , FJ 2)".»

**CUARTO.-** Procede dar respuesta al otrosí tercero del recurso, en el que con relación al recurso extraordinario por infracción procesal se solicita la práctica de la prueba pericial biológica al amparo del artículo 471 LEC .

La parte recurrente yerra en su pretensión, pues, según el párrafo segundo del precepto citado, sólo cabe la proposición de prueba al amparo de dicha norma cuando se considere «imprescindible para acreditar la infracción...», en concreto la infracción procesal denunciada, y ello resulta innecesario y prescindible por cuanto el demandado ha sido firme en su negativa a someterse a la prueba biológica. Fue interrogado al efecto por la juzgadora en el acto de la vista y motivó su negativa.

**QUINTO.-** Conforme a lo previsto en los artículos 394. 1 y 398. 1 LEC procede imponer a la parte recurrente las costas de ambos recursos, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por doña Claudia , representada por el procurador don Amancio Amaro Vicente, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife el 29 de abril de 2015, en el rollo de apelación 175/2014 , dimanante de los autos de juicio verbal de filiación nº 1202/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Santa Cruz de Tenerife. **2.º** Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. **3.º** Imponer a la parte recurrente las costas de ambos recursos, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz

## VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia: 17/01/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número: 2016/2015

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

**Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 203 y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .**

Quedan aceptados los antecedentes de hecho de la anterior sentencia dictada en Recurso nº 2016/2015.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Mi coincidencia con la sentencia que expresa la decisión mayoritaria de la sala se extiende, además de a los antecedentes de hecho, a los propios fundamentos jurídicos salvo en lo que se refiere a la conclusión final obtenida ya que considero que debió estimarse la pretensión de la parte recurrente estimando el recurso formulado por infracción procesal para, a continuación, estimar igualmente la demanda y declarar la paternidad del demandado respecto de la menor Otilia .

Entiendo, desde el punto de vista procesal, que podría discutirse la concurrencia de interés casacional en el presente recurso puesto que en realidad no cumple la exigencia de generalidad en cuanto al pronunciamiento pretendido de esta sala a efectos de sentar o reiterar doctrina aplicable a casos similares como el presente, ya que en definitiva de lo que aquí se trata -admitida la eficacia indiciaria de la negativa del demandado a



someterse a la prueba biológica- es de juzgar el caso concreto para determinar si en el mismo concurren otros elementos probatorios -normalmente con el mismo carácter indiciario- para entender que la negativa del demandado resulta absolutamente injustificada y no tiene otra finalidad que evitar el conocimiento de la verdad. De ahí que no cabe sentar doctrina con eficacia general a raíz del presente caso pues se trata de valorar, en cada supuesto, la suficiencia de los indicios que han de sumarse a la negativa del demandado a someterse a la prueba de paternidad. Lo anterior salvo que la sala hubiera estimado oportuno sentar como regla general que, salvo contadas excepciones, el hecho de negarse a la prueba biológica cuando está acreditada la relación del presunto padre con la madre en las fechas en que debió tener lugar la concepción, constituye indicio suficiente para declarar la paternidad; conclusión que considero la más acertada y generadora de mayor seguridad jurídica.

Una vez que la sala ha estimado oportuno entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada entiendo, como ya adelanté, que la solución debió ser la estimación de la demanda puesto que, al muy valioso indicio representado por la negativa del demandado a someterse a dicha prueba, se une otro consistente en la evidencia de que la demandante y el demandado se conocieron en las fiestas de carnaval del año 2004 en Santa Cruz de Tenerife y se vieron en varias ocasiones durante esos días, período durante el cual debió tener lugar la concepción a la vista de la fecha de nacimiento de la niña.

**SEGUNDO.-** La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, citada reiteradamente por esta sala, puede quedar resumida -en lo que ahora interesa- por la sentencia 7/1994, de 17 enero, que al referirse a la prueba biológica dice lo siguiente:

<<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 del reconocimiento de la filiación ni resulta probada 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 de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, 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. Como hemos declarado en la STC 227/1991, fundamento jurídico 5.º, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso ( art. 118 CE ) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa [ STC 98/1987, fundamento jurídico 3.º, y 14/1992, fundamento jurídico 2.º]. Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza ( STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º).>>

En la misma sentencia se hace la siguiente declaración, que considero de singular importancia:

<<En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE [ STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º, 14/1992, fundamento jurídico 2.º, y 26/1993, fundamento jurídico 4.º], colocándola en una situación de indefensión>>.

Por otra parte, la STC 177/2007, de 23 de julio, dice lo siguiente:

<<(el) el vigente art. 767.4 LECiv, haciéndose eco de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 7/1994, de 17 de enero, reiterada por la STC 95/1999, de 29 de junio, determina 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 ésta no se haya obtenido por otros



medios". Ahora bien, para que pueda hablarse de negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad es necesario que dicha prueba haya sido efectivamente acordada por el órgano judicial en el proceso de reclamación de filiación. Como se recuerda en la citada STC 95/1999, F. 2, "dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser este un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso ( art. 118 CE ), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 CE ( STC 7/1994 , F. 6 y las resoluciones en ella citadas)>>.

**TERCERO.**- No hay ejercicio tardío del derecho con relevancia jurídica en estos casos, pues el artículo 133 CC establece que la acción puede ejercitarse durante toda la vida del hijo (así lo destacó, entre otras, la sentencia de esta sala 253/2003, de 11 marzo ), sin que puedan establecerse diferencias en cuanto al ejercicio por la madre -a favor del hijo- o por el propio hijo -cuando alcance la mayoría de edad- de la acción correspondiente pues no debería ser distinta la solución en cuanto a la negativa a someterse a la prueba biológica por parte del demandado, según el momento en que se produzca o si actúa la propia hija o la madre en defensa de sus intereses. Lo deseable y más favorable al interés de la menor es que la determinación de la filiación respecto del demandado se produzca cuanto antes, bien sea con resultado positivo o negativo, no sólo por razones de seguridad jurídica sino por los propios derechos de carácter material que se traducen en la obligación de alimentos cuando la menor va a alcanzar una edad en que las necesidades de todo tipo son cuantitativamente mayores. No cabe en este caso, según mi criterio, dar mayor protección a la opción obstruccionista del demandado que a intereses de tan alta valoración como los ya expresados que corresponden a la menor, en cuyo beneficio se ejercita la acción de reclamación de la filiación.

**CUARTO.**- Por todo ello, con absoluto respeto a la decisión mayoritaria y a los solos efectos de dejar constancia de mi disconformidad con la decisión, entiendo que la parte dispositiva de la sentencia dictada por la sala debió ser la siguiente:

- 1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por doña Claudia , representada por el procurador don Amancio Amaro Vicente, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife el 29 de abril de 2015, en el rollo de apelación 175/2014 , dimanante de los autos de juicio de filiación 1202/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Santa Cruz de Tenerife.
- 2.º- Anular dicha sentencia y, en su lugar, estimar la demanda y declarar que la menor Otilia es hija biológica del demandado don Jose Francisco , comunicándolo así al Registro Civil para su inscripción.
- 3.º- Condenar al demandado al pago de las costas causadas en primera instancia, sin especial declaración respecto de las correspondientes al recurso de apelación y a los presentes recursos.

**Antonio Salas Carceller**