

Roj: **STS 3592/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3592**Id Cendoj: **28079110012011100347**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/06/2011**Nº de Recurso: **195/2009**Nº de Resolución: **420/2011**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos ante la Audiencia Provincial de Oviedo (Sec, 6ª), por Dª Begoña y Dª Juana , representadas por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Piña Ramírez contra la Sentencia dictada, el día 3 de noviembre de 2008, en el rollo de apelación nº 307/2008 , que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mieres en el procedimiento ordinario nº 514/2006. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. Antonio Piña Ramírez, en nombre y representación de Dª Juana y Dª Begoña en calidad de parte recurrente; la Procuradora Dª Concepción Calvo Meijide en nombre y representación de Dª Ariadna , en calidad de parte recurrida. Asimismo es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Mieres, interpuso demanda de reclamación de la filiación paterna no matrimonial Dª Ariadna contra D. Olegario . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... dicte sentencia acordando la paternidad del demandado respecto a mi mandante y se expida mandamiento al Registro Civil para que en su virtud se practique la oportuna inscripción marginal al folio del nacimiento, y demás efectos legales procedentes de orden personal y patrimonial con carácter retroactivo al momento de nacimiento de mi mandante. Condenado al hoy demandado a estar y pasar por dicha declaración. Todo ello con expresa imposición de costas para el caso de oposición."*

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando el Ministerio Fiscal, mediante el oportuno escrito, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"...dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados"*.

La representación de D. Olegario , alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... se dicte Sentencia por la que se desestime la demanda planteada por la actora contra mi representado y lo absuelva de las pretensiones contra él deducidas, todo ello con la expresa imposición y condena de las costas de este proceso a la demanante"*.

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó señalar día y hora para la celebración de la oportuna Vista, la que tuvo lugar en el día y hora señalado, y habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mieres dictó Sentencia, con fecha 29 de mayo de 2007 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que DESESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, Sra. San Narciso Sosa en nombre y representación de DÑA. Ariadna frente a D. Olegario representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Fernández Vigil, en el que igualmente ha intervenido el Ministerio Fiscal:*



1º) DEBO DECLARAR Y DECLARO NO HABER LUGAR A LO SOLICITADO ABSOLVIENDO AL DEMANDADO DE TODO PEDIMENTO COMPRENDIDO EN SU CONTRA.

2º) NO PROCEDE HACER ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO EN MATERIA DE COSTAS PROCESALES, de modo tal que cada parte satisfará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad e iguales partes".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D.^a Ariadna . Sustanciada la apelación, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó Sentencia, con fecha 3 de noviembre de 2008 , con el siguiente fallo: " Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D^{ÑA}. Ariadna contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mieres en los autos de que este rollo dimana revocamos dicha sentencia y estimando la demanda interpuesta por aquella contra D. Olegario , a quien sucedieron en el proceso sus hermanas D^{ña}. Melones y D^{ña}. Juana , declaramos que la primera es hija extramatrimonial del segundo con todos los efectos legales; firme esta resolución se libraré mandamiento al encargado del Registro Civil de Mieres para que practique la oportuna nota marginal a la inscripción de nacimiento. Se imponen al demandado las costas de la primera instancia sin hacer especial pronunciamiento sobre las devengadas en esta alzada".

TERCERO. Anunciado recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por D.^a Begoña (también conocida por el nombre de D.^a Melones) y de D.^a Juana , representadas por el Procurador de los Tribunales D. Enrique A. Torre Lorca, los interpusieron ante dicha Sala, articulando el recurso extraordinario por infracción procesal en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art. 469.1.3º de la LEC , por infracción del art. 767.4 de la LEC , en relación con el art. 385.1 del citado Texto legal.

Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC , por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 24.1 de la Constitución, en relación con los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el art. 764.4 de la LEC .

El recurso de casación , se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Único.- Al amparo del art. 479.4 de la LEC, 1/2000 , por infracción de los arts. 108, 119, 120.1 del Código Civil .

Por resolución de fecha 14 de enero de 2009, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el Procurador D. Antonio Piña Ramírez, en nombre y representación de D^a Juana y D^a Begoña en calidad de parte recurrente; la Procuradora D^a Concepción Calvo Meijide en nombre y representación de D^a Ariadna , en calidad de parte recurrida. Asimismo es parte el Ministerio Fiscal.

Admitidos los recursos por auto de fecha 29 de septiembre de 2009 , el recurso y evacuados los traslados conferidos al respecto, la Procuradora D^a Concepción Calvo Meijide, en nombre y representación de D^a Ariadna , impugnó los mismos, solicitando su desestimación. El Ministerio Fiscal, presentó escrito impugnando ambos recursos y solicitando su desestimación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintiséis de mayo de dos mil once en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Hechos probados.

1º D^a Ariadna nació en Valdecuna (Mieres), el 24 junio 1960. Era hija de D^a Dolores . Su nacimiento consta en el Registro civil de Mieres. La nota marginal añadida en 30 julio 1973 dice lo siguiente: "Nota. A efectos de identificación (Art. 191 RgtoRC) se impone como nombre del padre del inscrito el de Flequi ".

2º La madre de la demandante contrajo matrimonio con D. Alexis el 25 abril 1968.

3º D^a Dolores , madre de la demandante, falleció en estado de viuda el 25 abril 2001.

4º D^a Ariadna demandó a D. Olegario , ejerciendo la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial. Pedía en la demanda que se dictara sentencia declarando dicha paternidad; para asegurar la prueba y dado el precario estado de salud del demandado, propuso al mismo tiempo la realización de prueba anticipada consistente en la investigación biológica de la paternidad.



5º El juzgado abrió pieza separada en 25 octubre 2006 y acordó la práctica de la prueba biológica, pero el demandado no prestó su consentimiento para la prueba, diciendo que constaba en el Registro civil como padre el nombre de Flequi , coincidente con el del marido de la madre.

6º El Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Mieres dictó sentencia el 29 mayo 2007 y desestimó la demanda. Dijo que no concurrían los presupuestos precisos para efectuar la declaración de paternidad, porque: a) si bien es cierto que la negativa a someterse a la prueba biológica no constituía por sí misma una *ficta confessio* , suponía un valioso indicio que puesto en relación con los otros medios aportados, podía revelar una falta de colaboración con la justicia para determinar la paternidad; b) no existían tales indicios, porque no se había probado la relación de la madre de la demandante con el demandado; no quedaba acreditado que hubieran mantenido ningún tipo de relaciones al tiempo de la gestación y resultaba muy extraño que no pudiera encontrarse ningún dato indicativo de la misma y no se han probado las relaciones con la familia del demandado.

7º Dª Ariadna recurrió en apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6, de 3 noviembre 2008 , estimó el recurso y declaró la paternidad del demandado, quien había ya fallecido, siendo sustituido procesalmente por sus hijas, Dª Begoña y Dª Juana . En dicha sentencia se estimaba el recurso por tres razones: a) aunque no se cuenta "con vestigios inequívocos del noviazgo" , ello carece de relevancia, "[...] entre otras cosas porque la progenitora en cuestión adoptó desde el principio la más absoluta de las reservas sobre la identidad del padre" , por lo que la conservación de objetos, cartas, etc., sería contradictoria con dicha reserva, además de que se había casado tiempo después; b) respecto al nombre de " Flequi " que figura al margen de la inscripción, la sentencia recurrida dijo que la nota se introdujo cinco años después de haber contraído matrimonio la madre; que la referencia al nombre del marido de la madre daba una "apariencia de normalidad que carecía de contrapartida jurídica" , y que la demandante ahora recurrida nunca fue reconocida por el marido de su madre, de modo que conservaba sus apellidos maternos, resultando absurdo que si hubiera sido su padre, no la hubiera reconocido después de haberse casado con la madre; c) respecto a los testigos, la Sala razona el grado de credibilidad de cada uno de ellos y acababa la sentencia diciendo: "En resumen, la prueba testifical indica que la única relación sentimental que conocidamente tenía la madre de la apelante al tiempo de su concepción era precisamente con el demandado y por ello debe entenderse que la arbitraria negativa de éste a someterse a la prueba biológica constituye prueba que, unida a las anteriores, es suficiente para declarar la paternidad reclamada por lo que debió haberse estimado la demanda, lo que se hará ahora por vía de recurso".

8º Las hijas de D. Olegario interponen recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del Art. 469.3 LEC , y recurso de casación, éste al amparo del Art. 477.2,3 LEC que fueron admitidos por esta Sala por Auto de 29 septiembre 2009 .

Figuran las alegaciones de la parte recurrida, que se oponen a la admisión del recurso de casación por falta de interés casacional.

Figura asimismo el preceptivo informe del Fiscal, que impugna ambos recursos.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO. Motivo primero. Infracción del Art. 767.4 LEC , en relación con el Art. 385.1 LEC . Dicen las recurrentes que la sentencia recurrida basó su decisión en la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas, negativa que dicha sentencia considera "arbitraria". En virtud de los argumentos de la STC 177/2007, de 23 julio , razonan que si bien la prueba biológica fue pedida en el escrito de la demanda, estimándose dicha petición en el incidente de medidas cautelares, D. Olegario no dio su consentimiento, porque en la nota marginal a la inscripción del nacimiento de la demandante figuraba el nombre " Flequi " como padre, que coincidía con el del marido de su madre. En el procedimiento principal no se volvió a repetir la petición de la prueba biológica, por lo que no cabe calificar como arbitraria la negativa de D. Olegario .

El motivo se desestima.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se fundamenta en el número tercero del art. 469 LEC , por infracción del art. 767.4 LEC , relativo a la prueba de la filiación, en el caso en que el demandado se haya negado a la misma. La sentencia recurrida dijo en su día que la negativa no estaba justificada, por lo que aplicó el artículo que ahora se denuncia como infringido.

1º El primer reproche del recurrente se funda en que no debió haberse valorado en ningún caso esta negativa porque la prueba se pidió como aseguramiento de la prueba y no se repitió en la demanda. El art. 297.1 LEC dice que se pueden pedir y acordar "las medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso que carezca de sentido proponerla". A su vez, el art. 298 LEC establece los requisitos que deben concurrir para que proceda este aseguramiento, que



son: 1º que la prueba sea posible, pertinente y útil; 2º que haya razones para pensar que en el futuro será imposible la práctica de la prueba si no se toman las medidas de aseguramiento, y 3º que pueda llevarse a cabo en un tiempo breve y sin causar perjuicios desproporcionados a las personas implicadas. El art. 298. 4 LEC exige que se dé audiencia a la persona que haya de soportarla. Estas pruebas pueden pedirse antes o después de iniciado el proceso.

2º El TC ha venido sosteniendo que la realización de la prueba biológica en los procesos de filiación no lesiona ningún derecho fundamental (STC 7/1994) y en cuanto a la valoración de la negativa a efectuar dichas pruebas, la STC 55/2001 dice que no corresponde al TC suplir a los órganos judiciales en relación al valor como indicio probatorio de esta negativa. La doctrina del TC puede resumirse diciendo que las pruebas biológicas han de realizarse en virtud del mandato judicial, siempre que i) no exista un grave riesgo para la salud del demandado; ii) la medida judicial sea proporcionada adecuadamente con la intromisión a los derechos fundamentales que dicha prueba comporta, y iii) que la evidencia de la paternidad no se pueda obtener por otros medios menos lesivos de la dignidad humana. Sin embargo, no puede obligarse al demandado a someterse a dichas pruebas cuando se opone o bien cuando existen razones excepcionales que justifican la negativa. 3º La negativa no determina en el ordenamiento español una *ficta confessio* y por ello, el art. 767.4 LEC dice que se permite la atribución de la paternidad o maternidad "siempre que existan otros indicios y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios".

4º En el presente recurso se actuó correctamente al decidir el aseguramiento de la prueba antes de la admisión de la propia demanda. Se abrió una pieza separada de medidas cautelares, que se archivó por auto de 26 diciembre 2006 debido a la negativa del demandado.

5º A continuación, debe resolverse la nueva objeción que presenta la parte recurrente, en el sentido de que habiéndose negado el demandado a efectuarse dicha prueba en la audiencia del procedimiento de aseguramiento, debía la demandante volver a reiterar la petición en la demanda mediante la que ejercitaba la acción de reclamación de la paternidad. La respuesta debe ser negativa, porque habiéndose negado el interesado por unas razones que llevan a los tribunales que han entendido este litigio a calificarlas como "arbitrarias", no se conseguía nada reiterando la petición. Pero es que, además, la petición de prueba se efectuó por medio de otrosí en la demanda como prueba anticipada y en el apartado V de la propia demanda en el que se interesaba se procediera a la investigación de la paternidad, incluidas las pruebas biológicas.

TERCERO. Motivo segundo. Infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de acuerdo con el Art. 24 CE , en relación con los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (Art. 9.3 CE) y el Art. 767.4 LEC . La sentencia recurrida prescindió de la doctrina de la Sala de acuerdo con la que la negativa a someterse a la prueba biológica no constituye por sí sola una *ficta confessio*, si no está acompañada de otras pruebas. La sentencia recurrida considera suficientes los testimonios de un tío de la actora y de una amiga de su madre, pero no otros datos que fueron valorados en sentido negativo por la sentencia de 1ª instancia. Por ello entiende que los indicios utilizados en la sentencia recurrida para declarar la filiación juntamente con la negativa a la prueba biológica no son suficientes para la declaración de la paternidad.

El motivo no se estima.

A través de la hipotética lesión del art. 24 CE , la parte recurrente introduce un problema de valoración de la prueba producida, aunque no alega infracción de las reglas sobre dicha valoración; más en concreto, discrepa de la valoración de lo declarado por los testigos, con la intención de volver a la sentencia de 1ª instancia que fue favorable a sus intereses.

Dice la STS 672/2010, de 26 octubre que la vulneración de las reglas de la valoración de la prueba solo puede ser admisible en recurso extraordinario por infracción procesal por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, o bien "no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE y en tal caso habrá de plantearse a través del artículo 469.1.4.º LEC , como vulneración del artículo 24.1 CE , por incurrirse en error de hecho manifiesto, irracionalidad o arbitrariedad «[...]». En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia [...]». Se acepta aquí el razonamiento de la citada sentencia 672/2010, de 26 octubre que, de acuerdo con la doctrina más consolidada de esta Sala, afirma que "cuando la sentencia recurrida ha establecido los hechos mediante una apreciación conjunta de la prueba -como es el caso de la sentencia impugnada- no es lícito articular un motivo para desarticularla, a fin de que prevalezca un elemento probatorio sobre otros [...], ni plantear cuestiones que implican la total revisión de la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial, lo que es impropio de la naturaleza y función del recurso extraordinario por infracción procesal, pues se convertiría en una tercera instancia (STS de 29 de septiembre de 2009, RC n.º 1417/2005)".

II. RECURSO DE CASACIÓN.



CUARTO. Motivo único. Infracción de los Arts. 108, 119 y 120.1 CC y la jurisprudencia que los interpreta. Dice que la sentencia recurrida prescinde de que en el Registro civil ya constaba identificado como progenitor el marido de la madre de la demandante/recurrida, llamado Flequi, cuyo matrimonio después del nacimiento de D^a Ariadna, produjo un reconocimiento de su paternidad en 1973, situación que no se modificó. Por tanto, al ejercitarse una acción de reconocimiento de la filiación extramatrimonial, se debería haber impugnado al mismo tiempo el anterior reconocimiento, porque si se estimara, coexistirían dos filiaciones.

El motivo se desestima.

El recurso de casación se ha interpuesto al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2,3 LEC, es decir, por presentar interés casacional. Este supuesto del recurso de casación está reservado para aquellos casos en que según el párrafo 3 del propio Art. 477 LEC, "la sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales[...]". Cuando ello ocurra, es necesario aportar las sentencias en las que dicha contradicción se base.

Las recurrentes no han cumplido este requisito; es más, en relación con la contradicción con la doctrina de esta Sala, la sentencia recurrida aplica escrupulosamente lo dicho en la STS 177/2007, de 27 febrero, que 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)"*.

De la lectura de estos dos argumentos de la sentencia antes citada, se desprende:

1º que la resolución recurrida se ajusta claramente a lo que dice el TC, confirmando la jurisprudencia de esta Sala, por lo que no hay interés casacional, al no haberse contradicho esta jurisprudencia.

2º Tampoco se cumple el interés casacional, porque las recurrentes no aportan sentencias contradictorias de las Audiencias provinciales que deban ser objeto de unificación de doctrina por esta Sala.

3º Finalmente, las recurrentes hacen supuesto de la cuestión, al partir de unos hechos que divergen absolutamente de la relación de hechos probados declarados por la sentencia recurrida, ya que la actora nunca fue reconocida por el marido de su madre y las hipotéticas consecuencias que se hubieran derivado de este reconocimiento, que repetimos, no se produjo, no coinciden con la situación realmente ocurrida.

QUINTO. La desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D^a Begoña y D^a Juana contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6, de 3 noviembre 2008, determina la de su recurso.

La desestimación de los motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Begoña y D^a Juana contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6, de 3 noviembre 2008, determina la de su recurso.

Procede imponer a las recurrentes las costas de sus recursos por infracción procesal y de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.1 LEC.

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

FALLAMOS



1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D^a Begoña y D^a Juana contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6^a, de 3 noviembre 2008, dictada en el rollo de apelación nº 307/2008 .

2º Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Begoña y D^a Juana contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 6^a, de 3 noviembre 2008, dictada en el rollo de apelación nº 307/2008 .

3º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

4º Se imponen a las recurrentes D^a Begoña y D^a Juana las costas de sus recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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 .- Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, 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.