



Roj: **SAP B 2469/2017 - ECLI:ES:APB:2017:2469**

Id Cendoj: **08019370182017100168**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **21/03/2017**

Nº de Recurso: **475/2016**

Nº de Resolución: **247/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARGARITA BLASA NOBLEJAS NEGRILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2469/2017,**  
**STS 1282/2018**

### **SENTENCIA N. 247/2017**

Barcelona, 21 de marzo de 2017

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava

Magistrados:

Francisco Javier Pereda Gámez

Margarita Noblejas Negrillo (Ponente)

María Dolores Viñas Maestre

**Rollo n.: 475/2016**

Filiación nº 393/2014

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia n.16 de Barcelona

Apelantes: Abelardo , Magdalena , Encarnacion , Eloy y Remedios

Abogado: Joan Farres Gibert

Procurador: Angel Quemada Cuatrecasas

Oponente: Leonardo

Abogado: Fernando Osuna Gómez

Procuradora: Beatriz Aizpun Sarda

Apelado 1: Jose Augusto

Apelada 2: Emilia

y el Ministerio Fiscal

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte dispositiva de la sentencia Apelada de fecha 22 de febrero de 2016 es del tenor literal siguiente: " FALLO: Que estimando la demanda de reclamación de filiación de D. Leonardo y Dña. Magdalena , Dña. Remedios y D. Eloy , D. Abelardo , Jose Augusto y Dña. Emilia debo:

1 . declarar que D. Leonardo es hijo no matrimonial de D. Estanislao , con todos los efectos que son inherentes.



2 . Condenar en costas a Dña. Magdalena , Dña. Encarnacion , y D. Abelardo . " "

**SEGUNDO.-** Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada, mediante escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal , presentándose escrito de oposición y elevándose las actuaciones a ésta Audiencia Provincial.

**TERCERO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 31 de enero de 2017.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se alzan los apelantes contra la resolución impugnada en cuanto estima la demanda en la que se solicitaba que se declarara que el actor, Sr. Leonardo es hijo biológico de D. Estanislao , solicitando que se revoque dicho pronunciamiento.

**SEGUNDO.-** Alegan en primer lugar que no es aplicable la ley española, sino la francesa, la ley personal del presunto hijo. Pues bien, vemos que ninguno de los litigantes invocó, en primera instancia, la ley francesa como ley sustantiva aplicable. Ni en la demanda, ni en la contestación se puso en duda la aplicabilidad de la Ley española (en nuestro caso, del Código civil de Cataluña). Sólo el día del juicio introducen los demandados la alegación de ley aplicable y la excepción de caducidad, conforme al Derecho francés; no obstante, por ser materia de orden público, la determinación de la ley aplicable es competencia de oficio del Tribunal.

La juez en su sentencia la acoge a favor de la ley española por mor de la dicción del art. 9.4 C.c . en su redacción vigente al momento de dictar sentencia, conforme a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en tanto el precepto determina como aplicable la ley de residencia del hijo, el aquí actor (residencia no negada, en la ciudad de Valencia desde 2008, según carta de residente comunitario referida en el poder para pleitos).

Frente a ello, los recurrentes sostienen que hay que estar a la redacción del art. 9.4 C.c . vigente a la fecha de la presentación de la demanda.

Hay que dar la razón, sólo en parte, a los apelantes. En efecto, cuando se presenta la demanda, el 25 de abril de 2013, estaba vigente el art. 9.4 según la redacción que le había dado la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recogía como ley aplicable la de la **nacionalidad**: "El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno- filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo."

Si apreciamos la **nacionalidad** francesa del actor, el art. 311-14 del Code civil francés establece que "La filiación se rige por la ley personal de la madre el día del nacimiento del hijo; si la madre no es conocida, por la ley personal del hijo." En la partida de nacimiento no consta la **nacionalidad** de la madre (f.17). El Informe jurídico acompañado el día de la vista presume la **nacionalidad** francesa de la madre (originaria de Orán, Argelia, entonces colonia francesa), aunque admite que no hay prueba suficiente. Pero el testigo Sr. Jose Augusto reconoce que era francesa y nadie lo pone en duda. El demandante no niega y ha quedado suficientemente acreditado que su propia **nacionalidad** también es la francesa. Sin embargo, no podemos obviar que el Sr. Leonardo ostenta también la **nacionalidad** española, conforme al art. 17. 1 a) del Código civil español, por naturaleza y aunque el Estado español no haya tenido ocasión hasta ahora de reconocerlo, pues es nacido de padre español. Incluso conforme al punto 2 del propio artículo, determinada la filiación por esta sentencia tiene derecho a optar.

No es razonable que, no reconocida de inicio la paternidad, lo que arrastró el no reconocimiento de la **nacionalidad** por nacimiento, pierda ahora este derecho el actor por una conducta que solo era imputable a su fallecido padre.

Caso paradigmático es el de la STS, Civil sección 1 del 22 de marzo de 2000 (ROJ: STS 2311/2000 - ECLI:ES:TS:2000:2311 ), que establece que "[e]l propio derecho material del foro permite aplicar en concretos supuestos la ley nacional y prescindir de la extranjera. Esto ocurre en el caso que nos ocupa, pues la **nacionalidad** francesa de la hija no actúa como cerrada y que necesariamente se impone como única, sino a medio de primera o provisional **nacionalidad** , ya que, conforme al artículo 17-1-a), son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles( ...) Si se atiende exclusivamente a la **nacionalidad** en el momento del inicio del pleito y se margina el precepto que queda citado, se entraría en un laberinto sin salida legal satisfactoria, ya que el presupuesto para ostentar la española necesariamente es la declaración de ser hija biológica del progenitor español, es decir que esta decisión judicial actúa con anterioridad y la determina, por lo que la **nacionalidad** opera después como efecto y consecuencia, cumplido el requisito, que es primero, de



ser hija de ciudadano español. El artículo 9-4, conforme lo que se deja dicho se ha de aplicar cuando se ostenta **nacionalidad** atribuida e incompatibiliza cualquier otra. En el caso presente no se trata de una **nacionalidad** que venga ya impuesta como definitiva y lleve a aplicar la normativa foránea en forma automática e inevitable, prescindiendo por completo de la **nacionalidad** del padre, lo que no se acomoda a nuestra propia legislación, máxime cuando la legislación francesa no propicia y más bien obstaculiza la filiación reclamada.

Y añade el ATS, Civil sección 1 del 18 de marzo de 2015 (ROJ: ATS 1936/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1936A ) que "pese a que resulta aplicable al presente supuesto el Derecho civil francés al contenido de la filiación , pues el menor es de **nacionalidad** francesa, su determinación en el propio proceso es una cuestión de índole procesal y, por tanto, sujeta a la normativa española y supeditada a su prueba."Por tanto, hemos de aplicar la ley española.

TERCERO.- Alegan también el retraso desleal en el ejercicio del derecho con infracción del principio de la buena fe, ya el actor nació el NUM000 -1944 y la demanda se interpuso el 26-4-2013. Al respecto cabe señalar la doctrina del Tribunal Supremo recogida en sentencia de 12-4-2012 ( ROJ: STS 2571/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2571 ) y reiterada en la de 2-1-2015 ( ROJ: STS 260/2015 - ECLI:ES:TS :2015:260) que señala que "Las razones por las que la ley declara imprescriptible una acción obedecen a la necesidad de proteger determinados principios o intereses generales que son superiores a otros presentes y absolutamente legítimos, pero que no tienen la preponderancia de aquellos especialmente protegidos. Siguiendo este argumento, la acción para reclamar la determinación de la filiación biológica es una manifestación del principio de protección de la persona, que es preferente en nuestro ordenamiento por declaración expresa del art. 10 CE y para ello, en el art. 39.2 CE se afirma que la ley posibilita la investigación de la paternidad, que va a abrir la puerta a las obligaciones impuestas en el párrafo tercero del propio art. 39 CE . Consecuencia de ello, el Código civil trata de forma distinta la prescripción en las acciones de impugnación y las de reclamación: estas son imprescriptibles para el interesado, es decir, el hijo, quien puede ejercerlas durante toda su vida..... En apoyo de esta argumentación debe constarse también que la norma no es extravagante y se inserta en un contexto más amplio tanto en el propio Código civil, en el que también existen acciones imprescriptibles ( art. 1965 CC ), como en otros ordenamientos jurídicos, como el Art. 248 del Código italiano y el Art. 235 - 31.1 del Código civil de Cataluña ". De todo ello se concluye que el hecho de haberse ejercitado la acción de reclamación de filiación no matrimonial por parte del hijo muchos años después de haber alcanzado la mayoría de edad y de haber tenido conocimiento o noticia de quien es su padre no influye en el pronunciamiento estimatorio de la acción , siendo de recibo su manifestación de que no formuló la demanda hasta que falleció la esposa de su padre por respeto a la misma.

CUARTO.- Entienden también que el art. 767,4 LEC sólo es aplicable en caso de negativa del progenitor, no cuando la negativa es de otros familiares .Hemos de rechazar tal alegación por cuanto , como señala la STS de 11-4-2012 , el art. 766 LEC exige que se demande a quienes aparezcan como progenitores y como hijo y si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos, como ha ocurrido en el caso al haber sido incinerado el presunto padre .

QUINTO.- En cuanto al fondo alegan error en la valoración de la prueba e infracción del art. 767,4 LEC . Estiman que su negativa a la práctica de la pericial biológica está justificada porque implica análisis de material genético que afecta a la esfera íntima , y se preguntan "qué pasaría si alguno en realidad no fuera hijo del que creían su padre con lo mujeriego que era".

Debemos desestimar tal argumentación. Como ya dijimos en esta Sala en la sentencia de 7-7-2015 , la prueba biológica ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en sentencia de 15 de diciembre de 2003, rec. 4647/1999 como "un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, 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, de 17 de enero , FJ 6 y las resoluciones en ella citadas)". La sentencia del Tribunal Supremo de 28-5-2015 (ROJ: STS 2348/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2348) señala con cita de la STS de 11-4-2012 , que " 3.-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, SSTTS 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..... 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. " .

De conformidad con la doctrina anteriormente expuesta debe analizarse si las pruebas practicadas en el proceso, sin necesidad de exigir una virtualidad probatoria plena, se consideran suficientes unida a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica para declarar la filiación reclamada como ha hecho la sentencia apelada.

Consta la relación sentimental en el periodo de la concepción, entre el Sr. Estanislao y la madre del actor, tal como se desprende de la valoración conjunta de las veinte cartas que aportó el actor en la demanda, concretamente en el periodo comprendido entre 1940 y 1966, aunque las relaciones concluyeron en 1947, siendo así que el actor nació el NUM000 -1944, y recogen el aprecio no sólo a la madre del actor, sino también al hijo que criaba. Fue el mismo Sr. Estanislao el que entregó al actor sus "memorias", al igual que lo hizo con sus hijos matrimoniales, y también le entregó fotografías de diversas épocas. El actor conoció al Sr. Estanislao cuando tenía diez años en el colegio privado que el mismo pagaba y desde los doce pasaba con él y su familia, sobre todo, las fiestas en Olot y el Sr. Estanislao iba al menos dos veces al año a Burdeos.

Uno de los apelantes, hijo del Sr. Estanislao, Abelardo, manifestó que no le sorprendía que su padre tuviese una relación extramatrimonial ni que tuviera un hijo, ni que le pagara los estudios al actor; el testigo Sr. Jose Augusto recoge las manifestaciones de su madre, también madre del actor, cuando él tenía diecisiete años referidas a la paternidad de su hermano, al igual que la Sra. Emilia, con lo que podemos concluir que existen muy razonables indicios de prueba junto con la negativa de los demandados para someterse a la prueba biológica sin justificación suficiente. La prueba biológica es la única que hubiera podido determinar con certeza la realidad de la filiación que se reclama ante la incineración del padre, con lo que deviene en prueba esencial, determinante y definitiva; y no pudiéndose exigir al actor mayor prueba que la aportada, es por lo que debemos desestimar el recurso que se examina.

SEXO.- No obstante la resolución que se adopta no procede hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Abelardo, DÑA. Magdalena DÑA. Encarnacion Y D. Eloy Y DÑA. Remedios, contra la sentencia de fecha 22 de febrero de 2016, dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia 16 de los de Barcelona, debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, ello sin que proceda hacer especial mención sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.



Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 de la LEC y recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente ( D.F. 16ª, 1.3ª LEC ). También cabe recurso de casación, en relación con el Derecho civil catalán, sustantivo y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. Los recursos deben ser interpuestos ante esta Sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así lo pronunciamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** En Barcelona, una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ