



Roj: **STS 888/2017 - ECLI:ES:TS:2017:888**

Id Cendoj: **28079110012017100161**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2017**

Nº de Recurso: **1298/2016**

Nº de Resolución: **162/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 815/2016,**
STS 888/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 8 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 9 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.ª), en el rollo de apelación n.º 113/16, dimanante de los autos sobre filiación n.º 547/15 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Elda. Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente doña Paulina, representada por la procuradora Josefina Ruiz Ferran. Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador Sr. Martínez de Lecea, en nombre y representación de don Inocencio. 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 Cristina Amorós Campos, en nombre y representación de doña Paulina, formuló demanda de determinación de filiación no matrimonial, contra don Inocencio. En el suplico de la demanda solicita:

«SUPLICO AL JUZGADO que, habiendo por presentado este escrito, con los documentos y copias que acompaño de los mismos, se sirva admitirlo y a mí por comparecido en nombre de mi mandante, por propuesto este escrito de DEMANDA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que declare la filiación matrimonial del menor D. Julián, nacido el NUM000 de 2010 en Almería, e inscrito en el Registro Civil de Almería, como hijo no matrimonial de D. Inocencio y Dª Paulina, rectificando el acta de nacimiento de D. Julián en el sentido de que aparezca como progenitor paterno D. Inocencio.»

2.- Por Decreto de 2 de julio de 2015 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador de los Tribunales don Emilio Rico Pérez, en nombre y representación de don Inocencio, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

«[...] dicte resolución por la que se desestime la demanda y se impongan las costas de este proceso a la actora.»

4.- El Juzgado dictó sentencia el 16 de noviembre de 2015 cuya parte dispositiva dice:



«desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el procurador de los Tribunales, Sra. Amorós Campos, en nombre y representación de doña Paulina contra don Inocencio representado por el Procurador de los Tribunales, Sr. Rico Pérez, y en su mérito, absuelvo a la parte demandada de los pedimentos de la demanda.

Todo ello sin expresa imposición de costas procesales.».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de doña Paulina , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo resolver a la sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, que dictó sentencia el 9 de marzo de 2016 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLAMOS: Que DESESTIMANDO como DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesa. de la Parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Elda, de fecha 16 de noviembre de 2015 , DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMANOS dicha resolución permaneciendo inalterables sus) restantes Pronunciamientos, Con imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte apelante.»

2.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Paulina , con base en un único motivo por Infracción del art. 767.4 LEC en relación con los arts. 216 , 217 y 218 de la LEC , sobre la disponibilidad y facilidad probatoria, e infracción del art. 14 CE en relación con el art. 39 CE , en cuanto consagra la prevalencia del interés del menor.

3.- La sala dictó auto el 2 de noviembre de 2016 con el siguiente fallo:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Paulina , contra la sentencia dictada con fecha 9 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.^a), en el rollo de apelación n.º 113/16 , dimanante de los autos sobre filiación n.º 547/15 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Elda.

»2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte o partes recurridas formalicen por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.»

4.- El Ministerio Fiscal interesó la impugnación del recurso de casación interpuesto contra la mencionada sentencia.

5.- La representación procesal de don Inocencio presentó escrito oponiéndose al recurso formulado de contrario.

6.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 22 de febrero de 2017 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

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

1.- Doña Paulina formuló demanda de determinación de la filiación paterna no matrimonial contra don Inocencio , afirmando que el demandado es el padre de su hijo menor Julián , fruto de una relación sentimental que mantuvieron durante más de un año.

El demandado se opuso a la demanda, alegando que nunca mantuvo con la actora relación sentimental ni sexual y que la única relación fue de amistad.

2.- La sentencia de primera instancia, tras exponer la doctrina jurisprudencial acerca del valor de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, desestima la demanda.

Al motivar su decisión parte, como hecho no controvertido, de que ambos se conocían, pero sí resulta discutido que mantuvieran una relación sentimental y que fruto de la misma naciese el hijo.

A pesar de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad, concluye la sentencia que no existe indicio alguno de la relación carnal de demandante y demandado en la fecha que debió ser concebido el hijo menor de la actora.

La documental aportada por ésta no acredita tal circunstancia, pues la denuncia de violencia de género que ella formuló contra el demandado fue el 26 abril 2009 y el último ingreso económico que le hizo éste data del 1



de abril de 2009. El menor nació el NUM000 de 2010, por lo que a la fecha de la concepción no existe prueba de que las partes mantuviesen relaciones sentimentales.

3.- Doña Paulina interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección sexta de la Audiencia Provincial de Alicante que dictó sentencia el 9 de marzo de 2016 por la que desestimaba el recurso.

4.- Razona la sentencia, con citas jurisprudenciales, que la negativa a la prueba biológica no constituye una *ficta confessi* o, pero sí indicio cualificado si va acompañada de otros indicios reveladores de la existencia de relaciones íntimas entre los padres al tiempo de la concepción, o que permitan formar una convicción razonable de la existencia de las mismas.

Tras valorar la documental aportada por la actora, no aprecia indicios que, unidos a la citada negativa a la prueba biológica, puedan llevar a concluir que el menor sea hijo del demandado:

(i) al tiempo de la concepción, que sería agosto-septiembre de 2009, pues nació a finales de mayo de 2010, la documental no evidencia que existiese relación de algún tipo entre los litigantes.

(ii) hubo una relación hasta abril de 2009, con independencia de su naturaleza, no costando con posterioridad a dicha fecha indicio alguno de la existencia o mantenimiento de relación alguna entre los litigantes.

(iii) incumbía a la parte demandante aportar un principio de prueba suficiente de la paternidad que se reclama y ese principio de prueba o indicio no se ha acreditado.

(iv) no examina la prueba practicada a instancias del demandado, pues no incumbía a este acreditar la existencia de relaciones al tiempo de la concepción del menor, que pudiesen determinar su paternidad.

En la apelación no se reprodujo solicitud de prueba biológica.

5.- Doña Paulina interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC, indicando como norma infringida el art. 767.4 LEC en relación con los arts. 216, 217 y 218 de la LEC, sobre la disponibilidad y facilidad probatoria, e infracción del art. 14 CE en relación con el art. 39 CE, en cuanto consagra la prevalencia del interés del menor, con vulneración de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de abril de 2012, 27 de febrero de 2007, de 11 de marzo de 2003, 26 de noviembre de 2004, en cuya virtud la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad sin la presencia de causa justificada, es un indicio especialmente valioso o significativo, que en unión a otras pruebas permiten declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Alega que el demandado no ha aportado prueba alguna que demuestre su versión.

6.- Tras la interposición del recurso de casación se inició un trámite de audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal sobre la posible inadmisibilidad del recurso.

Tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal informaron a favor de la inadmisión, si bien la sala dictó auto el 2 de noviembre de 2016 admitiéndolo.

7.- Se dio traslado a la parte recurrida, que presentó escrito de oposición al recurso.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso de casación, pues se ha de respetar los hechos que la sentencia recurrida declara probados y, por ende, no existe prueba alguna de que tras la denuncia de fecha 26 de abril de 2009, en la que la relación se rompe, se retomase esa relación entre los litigantes.

SEGUNDO.- *Decisión de la sala.*

1.- El supuesto que se enjuicia es similar, en esencia, al decidido por esta sala en la sentencia 18/2017, de 17 de enero. El demandado se niega a la práctica de la prueba biológica de paternidad, y tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación desestima la demanda, por considerar que no existen pruebas que, unidas a la negativa, apoyen la determinación de la reclamada paternidad del litigante demandado.

2.- Ante todo cabe decir que la sentencia recurrida no acoge ni se pronuncia sobre los hechos que alega el demandado, pues pone el acento en si existe o no prueba de que a la fecha de la concepción del menor los litigantes tuviesen relaciones. Alcanza la conclusión de no ser así y, por ende, de ser ella quien tenía la carga de probar o presentar un principio de prueba sobre tal circunstancia. Difícilmente puede el demandado soportar la carga de un hecho negativo.

3.- Por tanto todo se reduce al valor que se debe dar a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, en relación con los hechos declarados probados.

4.- Ambas sentencias citan correctamente la doctrina de la sala, recordada en la sentencia 229/2015, 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)".».

Al calificarse la naturaleza de las pruebas que se han de valorar, junto a la negativa del demandado a la prueba biológica, el Tribunal Constitucional 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)".»

5.- Se concluye, pues, que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no determinan en el procedimiento 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 y, de ahí, que no se le pueda reprochar que contradice la doctrina jurisprudencial, a salvo que actúe de forma ilógica o arbitraria al valorar los indicios venidos a autos.

6.- No merece, sin embargo, tal calificación la valoración que el tribunal de apelación hace de la documental aportada por la actora. Reconoce que hubo una relación entre las partes hasta el mes de abril de 2009 y que hasta esa fecha el demandado ingresó dinero a la actora. Podría inferirse que si se hacían tales ingresos la relación era sentimental más que de amistad. Pero también se puede inferir que si los ingresos dejan de hacerse a raíz de la denuncia en abril de 2009 fue porque, a causa de esta denuncia, la relación cesó.

Por tanto, a la fecha de la concepción del menor, agosto o septiembre de 2009 la relación cualquiera que fuese su naturaleza, no consta que existiese, y de ahí que la conclusión que alcanza la sentencia recurrida deba ser respetada.

El motivo se desestima.

TERCERO.- En aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 LEC se impone a la recurrente las costas del recurso.

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 interpuesto por la representación procesal de doña Paulina , contra la sentencia dictada con fecha 9 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.ª), en el rollo de apelación n.º 113/16 , dimanante de los autos sobre filiación n.º 547/15 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Elda. **2.º** Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. **3.º** Imponer a la recurrente las costas del recurso. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ