



Roj: **SAP MA 3115/2016 - ECLI:ES:APMA:2016:3115**

Id Cendoj: **29067370062016100827**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **19/12/2016**

Nº de Recurso: **240/2015**

Nº de Resolución: **877/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **NURIA AUXILIADORA ORELLANA CANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN SEXTA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

CIUDAD DE LA JUSTICIA

C/ Luis Portero s/n

Tlf.: 951 939 216/ 951 939 016. Fax: 951 939 116

N.I.G. 2906942C20100001741

Nº Procedimiento: Recurso de Apelación Civil **240/2015**

Asunto: 600255/2015

Autos de: Familia. Divorcio Contencioso 248/2010

Juzgado de origen: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº4 DE MARBELLA (ANTIGUO MIXTO Nº4)

Negociado: 09

Apelante: Alejo

Procurador: ELBA LEONOR OSORIO QUESADA

Abogado: PABLO GERMAN BECK DE LA FUENTE

Apelado: Eugenia y MINISTERIO FISCAL

Procurador: JOSE CARLOS JIMENEZ SEGADO

Abogado: JOSE MARIA RAMIREZ GANDARA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN SEXTA.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CUATRO DE MARBELLA.

JUICIO DE DIVORCIO NÚMERO 1248/2010.

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO **240/2015**.

SENTENCIA Nº 877/2016

Ilmos. Sres.:

Presidente:

Don Antonio Alcalá Navarro

Magistradas:

Doña Soledad Jurado Rodríguez

Doña Nuria Auxiliadora Orellana Cano



En la Ciudad de Málaga, a diecinueve de diciembre de dos mil dieciséis

Vistos, en grado de apelación, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, los autos de Juicio de Divorcio número 248 de 2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Marbella, seguidos a instancia de Doña Eugenia , representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Don José Carlos Jiménez Segado y asistida del Letrado Don José María Ramírez Gandara, frente a Don Alejo , representado en esta alzada por la Procuradora de los Tribunales Doña Elba Leonor Osorio Quesada y asistida del Letrado Don Pablo Beck de La Fuente; actuaciones procesales que se encuentran pendientes ante esta Audiencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandado, contra la sentencia definitiva dictada en el citado juicio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Marbella, dictó Sentencia de fecha 28 de octubre de 2014 , en el Juicio de Divorcio N.º 248/2010, del que este rollo dimana, cuya Parte Dispositiva dice así: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por el procurador D. Juan Carlos Palma Díaz en nombre y representación de Dª Eugenia frente a D. Alejo , acuerdo:

Primero- Declarar disuelto por causa de divorcio el matrimonio celebrado entre los esposos litigantes en día 15 de septiembre de 1994, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración.

Segundo- Se atribuye a la madre la guarda y custodia del único hijo todavía menor de edad habido del matrimonio, Guillermo , siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores.

Tercero- Se acuerda dejar en suspenso el derecho del padre al establecimiento de un régimen de visitas a su hijo por las razones expuestas en los fundamentos de derecho de la presente resolución.

Cuarto- Se fija como pensión de alimentos a favor del hijo menor y a cargo del padre la cantidad de 250 euros mensuales, que deberá ser ingresada en la cuenta corriente que designe a tal efecto la madre dentro de los primeros cinco días de cada mes, cantidad actualizable anualmente de conformidad con el IPC o su equivalente.

El padre y la madre deberán abonar por mitad los gastos extraordinarios del menor previa acreditación de los mismos. Se entiende por gastos extraordinarios los correspondientes a operaciones quirúrgicas, largas enfermedades y otros análogos. No se considerarán gastos extraordinarios los gastos escolares .

Quinto- No se hace expresa imposición de costas a ninguna de las partes.."

SEGUNDO .- Contra la expresada Sentencia interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación el demandado, el cual fue admitido a trámite y su fundamentación impugnada de contrario, remitiéndose los autos a esta Audiencia, donde al no haberse admitido la prueba propuesta y no estimarse necesaria la celebración de vista, previa deliberación de la Sala que tuvo lugar el día 19 de diciembre de 2016, quedaron las actuaciones concluidas para Sentencia.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D.ª Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Combate el demandado la sentencia dictada en primera instancia en procedimiento de divorcio en lo relativo a la pensión de alimentos establecida a su cargo a favor del hijo menor en la cantidad de 250 euros mensuales, invocando en el recurso error en la valoración de la prueba que llevan al juzgador de instancia a atribuir la paternidad del menor al apelante, alegando que no queda acreditada la paternidad, que sólo se aportan de contrario actas notariales de parentesco y la certificación del nacimiento, cuando el recurrente ni siquiera conoce al menor, correspondiendo a la actora acreditar que dichos documentos tienen eficacia jurídica de acuerdo con la Ley China, de la cual son nacionales ambas partes y no habiéndose acreditado dicho extremo deben entrar en juego las reglas del artículo 281.2 de la Ley española, correspondiendo exclusivamente a la demandante acreditar que el certificado equivale a la inscripción de nacimiento en el Registro Civil español, lo que no ha hecho, no resultando aplicable la presunción de paternidad matrimonial del artículo 113 CC , porque se entiende erróneamente que la ruptura se produjo dos meses antes del nacimiento del menor, cuando la actora vivía en China desde el año 2003 y el recurrente en España, por lo que no estuvieron juntos durante los 300 días anteriores al nacimiento del menor, habiendo la actora ocultado el nacimiento hasta la interposición de la demanda. Con carácter subsidiario, en caso de no estimarse el anterior motivo de recurso en el que se pretende que no se fije pensión alimenticia alguna, se impugna la cuantía establecida, por contar la apelada con recursos económicos ya que aunque aportó nóminas en las que consta un salario base de 500 € más 314,33



€ en especie, no es ese su único ingreso, teniendo una posición económica muy superior a la del apelante, siendo propietaria y administradora de una empresa de alimentación.

SEGUNDO.- Habiéndose alegado error en la valoración de la prueba, se ha de constatar si en la apreciación conjunta del material probatorio se ha comportado el juez "a quo" de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica. Esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la valoración de la prueba en la segunda instancia, manteniendo que, en principio, debe primar la realizada al efecto por el juzgador de la primera instancia al estar dotada de la suficiente objetividad e imparcialidad de la que carecen las partes a defender particulares intereses, facultad esta que si bien sustraída las partes litigantes, en cambio sí se les atribuye la aportación de los medios probatorios que queden autorizados por la ley en observancia de los principios dispositivo y de aportación de parte, como recogen entre otras las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1996 y 7 de octubre de 1997, sin que ello signifique que ante el planteamiento de un recurso de apelación interpuesto por una de las partes litigantes, el tribunal de la segunda instancia venga obligado a acatar automáticamente los razonamientos valorativos del tribunal de instancia, ya que esa valoración probatoria tienen los propios límites que impone la lógica y la racionalidad. Como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 102/1994, de 11 de abril, el recurso de apelación otorga plenas facultades al tribunal "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se planteen sean de hecho de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum iudicium".

TERCERO.- En el primer motivo de recurso se impugna el establecimiento de una pensión alimenticia a cargo del apelante que alega no ser el padre del menor, no haber tenido conocimiento del embarazo ni del nacimiento, y no haberse acreditado conforme a la Ley China dicha paternidad.

Establece el art 36.1 LEC, que la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales civiles españoles, se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte. Conforme al art. 3.1.2º del Reglamento (CE) 2201/2003 se puede atribuir la competencia a los juzgados de España del procedimiento de divorcio presentado con independencia de la nacionalidad de los esposos y lugar de celebración del matrimonio, estableciendo como foros el art. 3 del citado Reglamento: 1º) La residencia habitual de los cónyuges; 2º) El último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí; 3º) La residencia habitual del demandado; 4º) En caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges; 5º) La residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda; 6º) La residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su domicilio; 7º) La nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del domicilio común. Cuando según dicho Reglamento, ningún tribunal de un Estado comunitario sea competente entrarán en juego los foros de competencia del art. 22 de la LOPJ, que establece que son competentes los tribunales españoles en materia matrimonial en los siguientes casos: 1º) Cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda (art. 22.3 LOPJ). 2º) Cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España (art. 22.3 LOPJ). 3º) Cuando los cónyuges tengan nacionalidad española, sea cual sea su residencia, siempre que se promueva la petición de mutuo acuerdo o por uno con consentimiento del otro (art. 22.3 LOPJ). 4º) Cuando el demandado tenga su domicilio en España (art. 22.2 LOPJ). 5º) Cuando ambos cónyuges se hayan sometido a los tribunales españoles (art. 22.2 LOPJ).

Resulta incuestionable la jurisdicción española para conocer de la demanda. Distinta cuestión es la ley aplicable, ya que, conforme a lo dispuesto en los art. 9.2 y 107. 2 del Código Civil (en la redacción aplicable al caso), la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio, y, si los esposos tuvieren residencia habitual en diferentes estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes.

El derecho extranjero cuya aplicación se pretenda ha de acreditarse por la parte que lo invoca (art. 281.2 LEC), y siendo ambos cónyuges de nacionalidad china, la parte recurrente que pretende se aplique la Ley China debió acreditar el derecho aplicable, habiéndose limitado a negar valor a la certificación de nacimiento del menor aportada por la parte actora. En este sentido, la STS de 5 de marzo de 2002 declara: «Dado que por los recurrentes se dice desconocer esta doctrina, conviene recordar el contenido de las siguientes resoluciones de esta Sala: Las de 11 de mayo de 1989 y de 3 de marzo de 1997 que consideran al derecho extranjero como cuestión de hecho que, por tanto, corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca.

Las de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993, que afirman que los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero en su



caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios. Finalmente, la sentencia de 31 de diciembre de 1994 , que ha establecido la necesaria distinción entre las normas de conflicto (que se limitan a indicar cuál es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida) las cuales según el párrafo primero del art. 12 del Código Civil deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal».

Y ante la falta de acreditación del contenido y vigencia de las normas sustantivas del Derecho extranjero, la cuestión debe resolverse conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico (SSTS 11 de mayo de 1989 , 7 de septiembre de 1990 , 16 de julio de 1991 y 23 de marzo de 1994 , 13 de diciembre de 2000 , y 17 de julio de 2001). En el mismo sentido la STC de 2 de julio de 2001 .

Por tanto, ante la falta de acreditación del Derecho Chino, habiéndose limitado el apelante a manifestar que sería la ley aplicable y que correspondía la prueba a la parte actora, se ha de aplicar el derecho nacional, como acertadamente se hace en la instancia en cuanto la aplicación de la presunción de paternidad del art 116 CC . No es sólo que se otorgue valor a los documentos acompañados de los que resultaría la paternidad del apelante, sino que se aplica la presunción de paternidad del indicado precepto que establece: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

No se incurre en error en la valoración de la prueba, sin que la parte apelada haya logrado desvirtuarla, no negando que hubo reconciliación después del nacimiento, debiendo proceder a la impugnación de la filiación a través del procedimiento que corresponda, sin que por la parte recurrente se haya acreditado que la separación fuera en 2003, y no en 2004, siendo una cuestión que excede del presente procedimiento, por lo que valorando las pruebas practicadas y la certificación de nacimiento del menor, debemos confirmar la procedencia de establecer una pensión de alimentos a cargo del apelante, y derivarle para discutir la paternidad a otro procedimiento.

Resta por analizar la cuantía de la pensión de alimentos que el apelante impugna basándose exclusivamente en que la parte apelada, progenitora custodia, percibe ingresos superiores, motivo de recurso que ha de correr igual suerte desestimatoria. La prestación alimenticia de los hijos menores de edad tiene naturaleza de orden público. Es un derecho personalísimo que es indisponible, no pudiéndose condicionar ni compensar, y es una obligación de ambos progenitores. Como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de marzo de 2001 , *"la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.1 de la Constitución Española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia"* , debiendo distinguirse entre la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad, dimanante de la patria potestad, generadora de derechos y obligaciones paterno-filiales (artículos 110 y 154.1 y concordantes del Código Civil), y la institución de alimentos entre parientes de los arts. 142 y siguientes del Código Civil , que prescinde de toda noción de edad; y siendo en este caso aplicables los artículos 110 y 154 del Código civil , resulta procedente traer a colación la STS de 31 de octubre de 2012 , que declara: *" La cuestión de si existe una diferencia total y absoluta entre los alimentos debidos en casos de procedimientos por causa de la crisis familiar y los debidos de acuerdo con los artículos 142 y ss CC , está resuelto por esta Sala en la sentencia de 14 de junio de 2011 , referida a alimentos a los hijos menores, con cita de la de 5 de octubre de 1993, en la que se dice que "no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad", doctrina repetida en la STS 917/2008, de 3 octubre , que declara aplicable el artículo. 148.1 CC ."* Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2002 , con cita igualmente de la sentencia de dicho Tribunal de 5 de octubre de 1993 , señala que *"una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimenticia, que determina qué lo dispuesto en los artículos 146 y 157 del código civil sólo se aplica de alimentos debidos a consecuencia la patria potestad (artículo 154.1 del código civil) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de éstos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta del vínculo de filiación y la edad"* ; correspondiendo la determinación de la cuantía al juez o tribunal sentenciador, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente con el suyo propio (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo 16 de noviembre de 1974). La asistencia debida a los hijos dimana de la patria potestad, generadora de derechos y obligaciones paterno-filiales, y entre ellos, la obligación de alimentos de los progenitores, garantizándoles el mínimo vital, debiendo recordarse que, como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de noviembre de 2012 , con cita de la STS de 5 de octubre de 1993 , hay obligación de pago de alimentos aunque se carezca de recursos. Por tanto, teniendo en cuenta que mientras no se determine judicialmente que el menor no es hijo del apelante, resulta procedente que el mismo contribuya con una pensión de alimentos, cuya cuantía, teniendo en cuenta los ingresos del mismo y que no consta atribución de vivienda familiar, se estima proporcional y



adecuada, sin que proceda dejarla sin efecto ni rebajar la cuantía. Por todo lo expuesto procede confirmar la sentencia apelada.

CUARTO.- Desestimado el recurso de apelación, conforme a los artículos 398.1 y 394.1 de la LEC , las costas procesales devengadas en esta alzada han de ser impuestas a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS:

Desestimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Don Alejo , frente a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Marbella, de fecha 28 de octubre de 2014 , en los autos de de Juicio de Divorcio número 248/2010, a que este rollo se refiere, y, en su virtud, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición, a la parte apelante, de las costas procesales devengadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, devolviéndose seguidamente las actuaciones originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de donde dimanen, a fin de que proceda llevar a cabo su cumplimiento.

Contra la presente Sentencia no cabe recurso ordinario alguno y cabrían los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal conforme al Acuerdo sobre criterios de admisión relativo a dichos recursos, adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General de 30 de diciembre de 2011, con motivo de la entrada en vigor de la Ley 37/11 de 10 de Octubre.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/