



Roj: **SAP GI 1169/2017 - ECLI:ES:APGI:2017:1169**

Id Cendoj: **17079370022017100282**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **22/11/2017**

Nº de Recurso: **590/2017**

Nº de Resolución: **456/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL SOLER NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección 2a Civil de la Audiencia Provincial - Familia de Girona (UPSD AP Civil Sec.2)**

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1, pl. 5a - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:aps2.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1716042120158192446

**Recurso de apelación 590/2017 -2**

Materia: J.Verbal: alimentos (Familia)

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:Filiación 726/2015**

Parte recurrente/Solicitante: Juan Manuel

Procurador/a: Miquel Jornet Bes

Abogado/a: Mateu Marcó Güell

Parte recurrida: Rosaura

Procurador/a: Maria De La Fe Alberdi Vera

Abogado/a: ANTONIO ZAMORA RODRIGUEZ

**SENTENCIA N° 456/2017**

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRADOS

D. JOAQUIM FERNANDEZ FONT

Dª. Maria Isabel Soler Navarro

**Lugar:** Girona

**Fecha:** 22 de noviembre de 2017

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** . En fecha 19 de septiembre de 2017 se han recibido los autos de Filiación 726/2015 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Miquel Jornet Bes, en nombre y representación de D. Juan Manuel contra la Sentencia de 7 de junio de 2017 y en el que consta como parte apelada la Procuradora D<sup>a</sup>. Maria De La Fe Alberdi Vera, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Rosaura .

**SEGUNDO** . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

*"ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales María de la Fe Alberdi Vera en nombre y representación de su mandante Rosaura contra Juan Manuel , y, en consecuencia:*

Declaro la filiación no matrimonial paterna de la menor Encarna , con número de pasaporte ucraniano NUM000 , a favor de Juan Manuel , pasándose aquélla a llamar Sabina .

Apruebo el siguiente régimen de comunicación y estancia de Sabina con Juan Manuel :

\* Durante los tres meses siguientes al dictado de la Sentencia, sábado por la tarde de 16.00 a 18.00 horas una semana y domingo por la tarde de 16.00 a 18.00 horas la semana siguiente y así sucesivamente, todas las semanas y en todo caso en presencia de Rosaura .

\* Durante los tres meses siguientes, sábado de 9.00 a 20.00 horas una semana y domingo de 9.00 a 20.00 horas la semana siguiente y así sucesivamente, todas las semanas.

\* Una vez transcurridos seis meses desde el dictado de la Sentencia, fines de semana alternos, desde el sábado a las 9.00 horas hasta el domingo a las 20.00 horas.

\* Períodos vacacionales, por semanas alternas, realizándose los cambios los domingos a las 20.00 horas. Este régimen se aplica a partir del verano del año 2018. En defecto de acuerdo entre los progenitores, los años pares elegirá la madre la primera semana y en los años impares elegirá el padre la primera semana.

\* En todo caso, será Juan Manuel quien deberá acudir al domicilio materno a recoger a la menor y quien deberá restituir a la misma a dicho domicilio materno, encargándose el mismo de abonar los gastos que ello le comporte.

El régimen de comunicación y estancias precitado se aplica sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los progenitores .

En concepto de alimentos para la hija menor Sabina , Juan Manuel deberá ingresar, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto designe Rosaura , la cantidad mensual de 250 euros, así como la cantidad extra de 35 euros en el mes de septiembre de cada año. Dichas cantidades se actualizarán el primero de enero de cada año en base al IPC que establezca el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya en la provincia de Girona. Las cantidades precitadas habrán de ser abonadas por el Sr. Juan Manuel desde la fecha en que se interpuso la demanda, esto es, el día 13 de octubre de 2015.

- Los gastos extraordinarios de la menor serán sufragados al 50% por cada progenitor.

No se imponen las costas a ninguna de las partes."

**TERCERO**. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos, y se designó ponente a la Magistrada D<sup>a</sup>. Maria Isabel Soler Navarro.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 15/11/2017.

**CUARTO**. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia, que estima parcialmente la demanda formulada por D<sup>a</sup> Rosaura , contra D. Juan Manuel , y en que declara la filiación no matrimonial paterna de la menor Encarna a favor de D. Juan Manuel , fijando un régimen de comunicación y estancia con la misma, así como una pensión en concepto de alimentos para la hija menor la cantidad mensual de 250 euros mensuales más la cantidad extra de 35 euros en el mes de septiembre y el pago por mitad de los gastos extraordinarios, se alza contra la misma el Sr. Juan Manuel , invocando los siguientes motivos:

Se reitera la excepción de falta de litisconsorcio pasivo; error en la valoración de la prueba tanto en cuanto a la determinación de la filiación como en cuanto a la fijación de la cuantía en concepto de alimentos a favor de la menor.

El Ministerio Fiscal y la parte apelada solicitan la confirmación de la sentencia apelada



**SEGUNDO.-** En el primer motivo del recurso de apelación se reiterar la falta de litisconsorcio pasivo, se alega que como ya recoge la juez "a quo" el art 766 de la L.E.C . establece la necesidad de ser parte demandada "quienes aparezcan como progenitores y en el presente caso tal como consta en el certificado de nacimiento de Encarna consta como progenitor paterno de la menor el Sr. Rodolfo , así como el Art 235-16 y el art 235-19 que establecen que la determinación de la filiación no tiene ningún tipo de efecto mientras exista otra contradictoria.

Que la sentencia de instancia basa su decisión de inadmitir dicha excepción en que la persona que consta como progenitor paterno es el abuelo materno en aplicación del Art 135 del código de familia de Ucrania.

La parte apelante discrepa de ello, se alega que la prueba del derecho **extranjero** en un proceso se rige por las normas y reglas generales en materia de prueba. De tal manera que derecho es un hecho que debe acreditarse a través de alguno de los medios legalmente admitidos, alegando que la sentencia da por probado el derecho **extranjero** con una mera nota consular, expedida por una autoridad o funcionario que nadie sabe si tiene con arreglo al derecho de su país las atribuciones legales correspondientes para informar sobre el derecho nacional a aplicar en un proceso **extranjero**. Que está claro que la carga de la prueba incumbía a la parte actora. Alegando que el único hecho objetivo perfectamente acreditado es que existe un registro oficial en Ucrania en el que consta declarada una filiación paterna, si esta inscripción lo es a efectos meramente formales como recoge la sentencia de instancia es algo que debería haberse probado por la parte actora.

En cuanto a la aplicación del derecho **extranjero** y la carga de su prueba.

La **STS de 17 de abril de 2015** recoge el **Resumen de la Doctrina Jurisprudencial del TS en torno a la prueba del derecho extranjero**.

Para abordar esta cuestión, debe precisarse cuál es el régimen de prueba y de carga de la prueba del Derecho **extranjero**. Para ello, hay que aplicar la doctrina jurisprudencial que resulta de *sentencias de este tribunal tales como las núm. 436/2005, de 10 de junio ; de 4 de julio de 2006, recurso núm. 2421/1999 ; núm. 797/2007, de 4 de julio ; núm. 338/2008, de 30 de abril ; num. 390/2010, de 24 de junio , y num. 528/2014, de 14 de octubre* . Esta doctrina puede resumirse en los siguientes puntos:

i) El tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español ( *art. 12.6 del Código Civil* ) , que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española ( *art. 12.1 del Código Civil* ) .

ii) Como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho **extranjero**, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación. Por ello, el segundo párrafo del *artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* exige la prueba de "su contenido y vigencia", si bien, de acuerdo con el principio de adquisición, la Ley de Enjuiciamiento Civil no pone la prueba a cargo de "la persona que invoque el derecho **extranjero**".

iii) Si de acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho **extranjero**, la exigencia de prueba del mismo no transforma el Derecho **extranjero**, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho. Esto trae consigo varias consecuencias. La primera, que la infracción del Derecho **extranjero** aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación. La segunda, que es la que aquí nos interesa, que el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Así lo permite el último inciso final del *art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , que supone una flexibilización de las limitaciones, derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho **extranjero** fuera tratado, a todos los efectos, como un hecho. Por ejemplo, le permite admitir prueba sobre el Derecho **extranjero** propuesta en segunda instancia o incluso en el recurso de casación, como hemos afirmado en la *sentencia num. 528/2014, de 14 de octubre* .

Ahora bien, **esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso**. La prueba del Derecho **extranjero**, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho **extranjero** que fue oportunamente alegado. No es admisible que mediante la aportación



de prueba sobre el Derecho **extranjero** en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa.

iv) El empleo de los medios de averiguación del Derecho **extranjero** es una facultad, pero no una obligación del tribunal. No puede alegarse como infringido el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque el tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho **extranjero**.

v) **La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero** no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino **la aplicación del Derecho español**. Así lo ha declarado reiteradamente dicha Sala, en las sentencias citadas, y así lo ha declarado el *Tribunal Constitucional en su sentencia 155/2001, de 2 de julio*, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la Constitución.

Por razones sistemáticas se ha de analizar seguidamente el motivo del recurso por el que se impugna la sentencia de primera instancia al no haber apreciado la inviabilidad de la pretensión de reclamación de paternidad por no ser impugnada la filiación paterna, al constar de forma incuestionada que al momento de la presentación de la demanda estaba inscrita ya en el registro Civil una filiación paterna concreta y determinada. PRUEBA DEL DERECHO **EXTRANJERO**. El derecho **extranjero** deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia. El tribunal podrá valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

La prueba del derecho **extranjero** como tal hecho puede ser acreditado por cualquier medio de prueba siendo suficiente el aportado al ser un certificado de un organismo consular como el aportado al ser un documento oficial de una institución oficial del país de la actora. En todo caso, una vez acreditado por la parte actora, con prueba suficiente a tal efecto, si la parte demandada estimaba que su contenido no se correspondía con la realidad podía aportar prueba que lo contradijera lo cual no ha acontecido debiendo estimarse dicho documento como prueba suficiente para su acreditación.

El artículo 235-19 del CCCat establece el principio de que la determinación de la filiación no tiene ningún efecto mientras exista otra ya inscrita que la contradiga, lo cual no acontece en el caso presente ya que como fue resuelto en el auto de fecha 23 de marzo de 2017 de esta misma Sección resolviendo un recurso de apelación contra el auto dictado en sede de medidas cautelares instadas por la Sra. Rosaura, en el que ya se resolvió al respecto al reiterar el Sr. Juan Manuel la excepción de litisconsorcio pasivo necesario:

"Pero además, para decidir el caso concreto, debe procederse a la interpretación del art. 766 LEC, atendiendo a su espíritu y finalidad, según dispone el art. 3.1 del C.C.

Cuando el art. 766 dispone que en los procesos sobre filiación se establece la llamada como parte demandada de aquel a quien se atribuya la condición de progenitor que no haya interpuesto la demanda, lo que se pretende es evitar que queden afectados por sentencia terceros no demandados a quienes los pronunciamientos pudieran afectar generando su indefensión.

Al formar parte de las facultades del juzgador la de velar porque el litigio se desarrolle con la presencia de cuantos tengan interés en el mismo, en tanto institución atinente al orden público procesal y al derecho a la tutela judicial efectiva que afecta a la válida constitución del proceso, el órgano "a quo" entiende, de acuerdo con la prueba proporcionada, que atendiendo al art. 135 del Código de Familia de Ucrania, en el supuesto de filiación en que la paternidad no esté establecida, la inscripción de los datos del padre del niño en el Libro de registro de Nacimientos se lleva a cabo según el apellido y nacionalidad de la madre. Y el nombre propio y el nombre patronímico del padre se inscriben según lo indicado por la madre.

Precisamente en el caso que nos ocupa, la persona que aparece en la inscripción como padre de la menor es el SR. Rodolfo, por ser el padre de la demandante Rosaura, que es el nombre y patronímico indicado por ella como madre de la menor, ante la falta de determinación de la paternidad de la hija menor Sabina.

Así lo entiende el órgano "a quo" de acuerdo con la documentación aportada y no aprecia lo contrario este tribunal, de manera que si el nombre que figura inscrito como padre de la menor es el del padre de la madre, es decir, del abuelo de la hija Sabina, no hay motivo para que ineludiblemente sea llamado a ser parte en las medidas cautelares promovidas, al figurar como progenitor en la inscripción de nacimiento a los únicos efectos de cubrir una exigencia formal de la normativa ucraniana, que en este caso fue el indicado por la madre, única persona que ejerce la patria potestad de la menor y que mantiene determinado el vínculo materno filial.

Más aún en un procedimiento cautelar, en el cual se propugnan alimentos provisionales y ha de protegerse el interés inmediato de la menor, que no puede verse mediatizado por aspectos formales que comprometan el legítimo derecho a los alimentos a cargo del aparente progenitor, sin perjuicio de lo que a la postre se decida en el procedimiento principal.



Si en el presente caso nos encontramos ante el supuesto del nacimiento de una menor de madre no casada, inscrito sin declaración conjunta de ambos progenitores o declaración del padre, ni sentencia judicial que atribuya la paternidad, la designación del nombre y patronímico del padre, en que se incorpora por la madre el nombre del abuelo a simple conveniencia, para cubrir requisitos formales, no ha de tener repercusión en orden a las medidas alimenticias cautelares solicitadas en este procedimiento de determinación legal de paternidad, que han de adoptarse en interés y beneficio de la menor, mientras dure el procedimiento, por lo que debe ser desestimado este motivo del recurso, al tratarse de medidas provisionales de protección, tal y como dispone el art. 768.2 LEC, sin que ello afecte a la filiación contradictoria en el caso de que exista, cuestión a decidir en el procedimiento principal, por lo que no se infringe el art. 235-19 del CCCat ni ninguna de las normas que se citan, al tratarse de una medida cautelar de alimentos provisionales a cargo del demandado, que no está sujeta a las exigencias del procedimiento principal sobre paternidad en tanto medida de protección del menor beneficiario de los alimentos."

En el supuesto presente ha quedado acreditado a través de lo prueba aportada, que efectivamente, como se resolvió en sede de medidas cautelares y así lo ha resuelto de nuevo la Juez "a quo" **en la sentencia apelada respecto de la cual** poco hay que añadir a lo ya dicho por la Juzgadora de Instancia, por lo que bastaría acogerse a la motivación por remisión para rechazar el recurso, pues aunque es doctrina reiterada el deber de motivar las sentencias, deber que constituye una exigencia constitucional tal y como se desprende de los artículos 24.1 y 120.3 de la C. E. ( S.T.C. de 2 de junio de 1998, entre otras muchas) y recoge la S.T.C. de 16 diciembre de 1997, también lo es (como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional de la Sala 1ª. 111/2004, de 12 de julio ) que cabe motivar mediante la remisión, entre otros casos, a las resoluciones precedentes del mismo órgano judicial o a las del órgano judicial que dictó la sentencia que se revisa, siempre que el Tribunal haya tomado en cuenta los argumentos de los recurrentes y que la resolución a la que se refiera la motivación resuelva, a su vez, fundadamente la cuestión planteada. Igualmente ha admitido la motivación por remisión el T.S. en Sentencias de 19 octubre 1999 ; 3 febrero y 5 marzo 2000 ; 2 noviembre y 29 diciembre 2001 ; 21 enero 2002 y 24 de febrero de 2.003, entre otras.

Solo cabe añadir al respecto, que es evidente que en el caso presente no existe una filiación paterna de Sofía contradictoria con la que se pretende en el presente procedimiento, ya que el nombre propio y el nombre patronímico del padre se inscriben según lo indicado por la madre con arreglo al Art 135 del Código de Familia de Ucrania. Y en el caso presente, como ya se resolvió en sede de medidas cautelares no se da falta de legitimación pasiva en tanto en cuanto es el SR. Rodolfo, por ser el padre de la demandante Rosaura, que es el nombre y patronímico indicado por ella como madre de la menor, ante la falta de determinación de la paternidad de la hija menor Sabina.

Consecuentemente se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario reiterada en esta alzada.

**TERCERO.-** En cuanto al segundo motivo del recurso gira en torno a la determinación de la filiación, la parte apelante invoca un error en la valoración de la prueba en cuanto a los indicios apreciados y valoradas en la sentencia de instancia para concluir la filiación del apelante de la menor Sabina.

La parte apelante niega que el mismo mantuviera una relación estable de pareja con la misma desde su llegada a España a mediados del año 2012 y hasta su marcha a finales del mes de diciembre del mismo año. Se alega que de ser ello cierto como puede ser que no facilitara ningún domicilio donde estuvo supuestamente conviviendo con el apelante y más en concreto en el mes de septiembre del año 2012 que serían las fechas en que fue concebida la menor. Que tan solo se hace referencia a un domicilio en DIRECCION001 sin ningún otro dato, cuando como manifestó la testigo la Sra. Aurelia el mismo siempre ha residido en Girona en el domicilio de sus padres y con posterioridad paso a residir en DIRECCION002 con la Sra. Rosaura.

Que el declarante cuando a finales del mes de octubre del año 2012 se enteró de la situación personal de la actora, quien le informó de que no disponía de ninguna ayuda se ofreció a ayudarla. Que el apelante mantuvo contacto con la actora tanto antes como después el nacimiento de Sabina haciéndole participe de la evolución de esta al tiempo que le pedía ayuda económica pues en aquellos momentos se había recrudecido el conflicto existente entre Ucrania y Rusia creándose un estado prebélico.

En cuanto a los correos aportados se alega que en los mismos en ningún momento se pregunta por su hija y si por Sabina. Que el apelante actuó en todo momento con el ánimo de ayudar a la actora primero y posteriormente a la menor Sabina ayudándola a encontrar un piso de alquiler en DIRECCION000 que le permitiera legalizar su situación en el país.

Se alega que la actora y con posterioridad a la interposición de esta demanda del documento emitido por la Sra. Anna Serra Girones, abogada del área de inmigración de la Cruz Roja de fecha 08-02-2016 en que hace constar que en la entrevista mantenida con la actora esta le manifestó que era madre soltera, sin que en ningún momento hiciera mención al hecho de que fuera hija de un ciudadano español.



Que el apelante se ha negado a realizar la prueba de ADN por estimarla innecesaria pues ha entendido que no existe prueba alguna que fuera la que acredita la relación de amistad que había mantenido con la actora y que con posterioridad al nacimiento de la Sabina el único ánimo que ha existido en el apelante es el de ayudarla sin que por ello pueda considerarse que exista fundamento para acreditar la paternidad del mismo.

Por lo que se refiere a las pruebas practicadas, y en concreto a la negativa a someterse a la prueba biológica, la resolución recurrida se ajusta debidamente a la doctrina jurisprudencial sobre la materia, argumentando que no puede considerarse como una "ficta confessio" que por sí sola implique una declaración de paternidad, pero que unida a otras pruebas u otros indicios y en todo caso a un juicio de verosimilitud de los hechos alegados, puede dar lugar a la declaración de paternidad siendo que en este caso se han aportado suficientes indicios al respecto.

En efecto, la *sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de enero de 2016 (nº 2/2016)* recuerda que uno de los rasgos principales que informan el régimen de filiación es la prevalencia de la verdad biológica, que ha sido esencial en el régimen histórico de la filiación, recogiendo el criterio mantenido en la *SSTSJC de 14 de julio y 27 de octubre de 2003*.

En el mismo sentido se configura la jurisprudencia del Tribunal Supremo así en sentencia de fecha 28-5-15 que: "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 ".

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)".

**CUARTO.-** Aplicando estos criterios al supuesto que nos ocupa tenemos que la explicación ofrecida por el demandado carece de razonabilidad alguna en cuanto a los motivos aducidos para no someterse a la prueba de biológica, se ha limitado a indicar que no se ha hecho la prueba porque sabe que no es el padre, ni las pretendidas contradicciones con la inscripción de la menor en Ucrania.

En cuanto a la falta de prueba de la convivencia, en concreto un domicilio común en el que conviviera con la Sra. Rosaura , señalar que dejando al margen que lo determinante no es tanto si convivieron o no juntos ni si se trataba o no de una relación estable, sino la prueba de la relación que unida a otras pruebas pueda concluirse la existencia de dicha paternidad. No puede obviarse que el reconocimiento expreso o tácito, la posesión de estado y la convivencia con la madre al tiempo de la concepción son indicios mencionados expresamente en el Art 767.2 de la L.EC ., pero sin excluir otros de análoga significación ( STS 24 de abril 2000 , 4 de marzo 2003 y 24 de febrero de 2005 )

La sentencia de instancia hace un estudio exhaustivo de las pruebas existentes, y un nuevo examen de la prueba practicada pone de relieve los siguientes hechos relevantes para la resolución del litigio ya valorados en la sentencia de Instancia:

Son significativos los correos electrónicos cruzados entre las partes, valorados en la sentencia de instancia, y muy especialmente, aquel en el cual la Sra. Rosaura se refería a Sabina como la hija de Juan Manuel y



el apelante en ningún momento efectuó manifestación en contra, en consecuencia carece de relevancia que el mismo no se dirigiera a Sabina como hija cuando dicha admisión es evidente ante la falta de negativa de dicha paternidad y los demás correos que evidencian dicha relación, así como los actos posteriores.

El reconocimiento que se hace por el apelante de Sabina como su hija, así como que Rosaura era su pareja, en el contrato de arrendamiento suscrito (folio 239 pieza de medidas cautelares). En cuanto a la explicación dada por el apelante en orden a tal reconocimiento, además de falta de razonabilidad es del todo increíble como ya lo valora la sentencia de instancia.

Asimismo las fotografías obrantes en las actuaciones, evidencian la existencia de la relación con la actora en España y en el **extranjero**, evidencian la identidad que la juzgadora apreció a pesar de la negativa del mismo a admitirlo, ante la evidencia palmaria de ello y que la claridad de las fotografías aportadas, que si bien por esta Sala no puede apreciarse dadas la falta de claridad en la visualización del CD, la Juzgadora de Instancia si pudo apreciar.

A destacar la valoración efectuada en la sentencia de Instancia en relación a que no consta que el demandado haya estado en ningún país con alfabeto cirílico después del año 2012. A destacar las estancias de la actora en España según consta en el pasaporte de la misma, donde consta y a destacar además de las estancias disfrutó de un visado para estar en España desde el 26 de junio de 2012 hasta el día 26 de julio de 2012 y del 23 de julio de 2012 al día 25 de septiembre de 2012, por tanto en la época de la concepción de Sabina . Siendo el apelante quien facilitó su número de Visa para efectuar la reserva de Hotel de Rosaura , (folios 39 y 38) lo que evidencian que ambos tuvieron contacto personal mientras la actora estuvo en España anterior a la concepción, que lo sería sobre septiembre.

Las pretendidas consecuencias derivadas de las pruebas testificales en que la parte apelante reitera que el mismo residía con sus padres en Girona carecen de virtualidad alguna dada no solo la relación de parentesco con el apelante sino fundamentalmente por faltar a la verdad de forma evidente como ya lo destaca la sentencia de Instancia en especial en relación a la manifestación sobre el desconocimiento de quien era el arrendador del piso de su hermano cuando era su propio hijo, siendo lo relevante, como ya se ha señalado, no la prueba de la convivencia que también lo es, sino de la relación existente, la cual a la vista de las pruebas practicadas y valoradas no ofrece duda alguna.

En cuanto a las manifestaciones efectuadas por la Sr. Rosaura ante la Abogada Sr. Ana Serra del área de inmigración de la Cruz Roja en que la misma manifestó que era madre soltera, y ello cuando ya había interpuesto la presente demanda. Si algo prueba dicha manifestación es que la actora se limitó a manifestar la verdad, ya que difícilmente podía manifestar en aquel momento que el padre era español ante dicha entidad cuando era una cuestión pendiente de resolución judicial.

De la negativa a someterse a las pruebas biológicas, la conclusión que se obtiene es que no cabe apreciar el error en la valoración de la prueba en que se funda el recurso, considerando en cambio que la sentencia recurrida se ajusta debidamente a la doctrina jurisprudencial expuesta dado que las referidas pruebas permiten tener por suficientemente acreditada la filiación paterna no matrimonial del demandado Sr. Juan Manuel , no siendo admisible que reproche a la actora la falta de unas prueba objetiva y fiables capaz de asegurar con certeza que él es el padre biológico de la menor, cuando resulta que ha sido él quien con su actitud obstruccionista ha rechazado esa prueba objetiva y fiable, ya que como decía la *sentencia del TSJC, de 14-7-2003* , recordando la *sentencia del Tribunal Constitucional nº95/1999* " .. *Teniendo en cuenta que las pruebas biológicas permiten descartar la paternidad con certeza absoluta y establecerla con elevadísimas probabilidades deberemos concluir con la STSJC de 31-1-1999 que la investigación de la paternidad no se ha de limitar a las pruebas indiciarias cuando se cuenta con la prueba biológica; que la negativa a la práctica de la prueba revela simplemente miedo a que la verdad resplandezca de manera que no quede ninguna duda y, por último, que aunque no se trate de una "ficta confessio" sí puede dársele el valor de presunción ex art. 1249 y 1253 del CC en su anterior redacción* .

Por todo lo expuesto procede desestimar este motivo del recurso.

**QUINTO-** Probada la paternidad, la pensión de alimentos también se cuestiona por excesiva.

Muestra su disconformidad con la cuantía fijada de 250 euros mensuales, cuando el MF atendiendo a la prueba desarrollada en el plenario interesó la cuantía de 200 euros y por el apelante se estimó en 150,00 euros.

La parte apelante después de fijar la normativa aplicada se alega que el mismo tiene una nómina de 1.800 euros al mes con los que debe hacer frente a un alquiler de 900 euros así como el abono de un crédito personal que asciende a 274,11 euros mensuales, que abonados dichos gastos le quedarían unos 650 euros con los cuales debe hacer frente a la pensión de alimentos y a su sustento.

En cuanto a la actora esta no aporó documento alguno limitándose en su interrogatorio a manifestar que su situación económica había mejorado, disponiendo de trabajo pero sin aportar contrato de trabajo ni nómina alguna.

Señalar que la obligación de alimentos se deriva del hecho biológico de la procreación y de la relación de filiación, y atañe a ambos progenitores tal como establece el *artículo 237-7 del CCCat*, en proporción a los ingresos y posibilidades de los mismos, atendidas las cargas alimenticias existentes.

Las circunstancias económicas del demandado han quedado especificadas en la sentencia, una nómina de 1.800 euros al mes con los que debe hacer frente a un alquiler de 900 euros así como el abono de un crédito personal que asciende a 274,11 euros mensuales. Asimismo como ya lo valora la sentencia de Instancia actualmente el apelante vive con su actual pareja, habiendo incluso admitido el apelante que su pareja contribuye con unos 200 euros mensuales. Con lo cual contrariamente a lo mantenido por la parte apelante después de abonar los gatos invocados y el pago de la pensión de alimentos aún le quedarían unos 850 euros.

En cuanto a la situación económica de la Sra. Rosaura, aún siendo cierto que no existe constancia documental de sus ingresos la misma ha manifestado que ha mejorado desde que se dictara el auto de medidas cautelares en que fijo la pensión a cargo del apelante en 300,00 euros mensuales, que actualmente gana unos 400 euros al mes más 42 euros cada fin de semana. Que paga 190 euros de un piso de alquiler que comparte con su madre y su hermana.

No existe prueba alguna ni indicio alguno de que la misma disponga de una situación económica superior o muy superior a la reconocida. Y aún que dispusiera de más ingresos no acreditados, que no consta sea así, debe tenerse en cuenta, como ya lo valora la sentencia de Instancia que la menor estará con el apelante un tiempo muy limitado frente al tiempo que permanecerá con la madre, lo que también debe valorarse como contribución a las cargas familiares, ya que será la madre quien asumirá prácticamente el mantenimiento de la menor, en consecuencia estima la Sala que la cuantía fijada es plenamente ajustada a las posibilidades del apelante y a las necesidades de la menor. Efectuando la sentencia de Instancia una ponderada y equitativa valoración de dicha contribución económica. Procede en consecuencia desestimar también dicho motivo del recurso de apelación.

**SEXTO.-** Por último se impugnan los efectos retroactivos del pago de la pensión que la sentencia de instancia establece al retrotraer los efectos desde la fecha de la interposición de la demanda, en aplicación de la STS de fecha 14 de Julio de 2016.

La parte apelante alega que al no haber sido solicitado en ningún momento dicho efecto retroactivo, por ello entendiendo que el Art 237-5 del CCat establece que dicha petición debe ser expresa la obligación debe generarse con efectos desde la sentencia Como recoge la Sentencia de la Sec18. de Barcelona de fecha 12 de julio de 2011 *sentencias de fecha 18 de febrero de 2002 y 21 de septiembre de 2006*. En la primera de las citadas resoluciones se señalaba que "que en esta clase de procedimientos (refiriéndose a los de filiación) no es aplicable el *artículo 262 del Codi de Família que presupone un parentesco previamente establecido*". En la segunda se indica "que la relación de parentesco en la que se funda legalmente la obligación de alimentos, no está predeterminada, siendo la sentencia que declara la paternidad la que constituye dicho estatus" y que es posible demandar de forma cautelar el establecimiento de una pensión de alimentos provisionales, debiendo concurrir los requisitos y presupuestos de las medidas de esta naturaleza, única posibilidad que contempla la Ley para reclamar alimentos antes de que se declare la filiación.

Aplicándolo al caso presente no puede obviarse que la acción principal ejercitada en este procedimiento era la de reclamación de filiación paterna no matrimonial y sólo vendrá determinada la relación de filiación que generará la obligación alimenticia una vez que la filiación quede determinada por la sentencia, momento a partir del cual existe la obligación alimenticia a cargo del padre. En consecuencia, la pensión de alimentos en favor de la menor Sabina alcanza efectos desde la fecha de la sentencia de primera instancia, y habiéndose solicitado el establecimiento de una pensión de alimentos durante el procedimiento de filiación, dictándose auto de medidas cautelares al respecto, al amparo de lo dispuesto en el *artículo 768. 2 de la LEC*. los alimentos fijados en dicha resolución se devengarán hasta la fecha de la sentencia de Primera Instancia, y a partir de dicha fecha los fijados en la sentencia de Primera Instancia que se confirma al respecto en la cuantía de 250,00 euros mensuales.

Debiendo estimarse dicho motivo del recurso.

**SÉPTIMO.** - Al estimarse parcialmente el recurso de apelación, no se hará pronunciamiento expreso en materia de costas en esta alzada de conformidad con lo dispuesto en el Art 398 de la L.EC.

Vistos los arts citados y demás de general y pertinente aplicación,



**FALLO**

**QUE ESTIMANDOPARCIALMENTE** , el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Juan Manuel , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm 1 de DIRECCION000 , en fecha 7 de Junio de 2017, en el procedimiento de Filiación nº 726/2015, del que dimana el presente Rollo de apelación REVOCAMOS PARCIALMENTE, dicha resolución en el solo sentido de que las cantidades fijadas en concepto de pensión de alimentos a cargo del Sr. Juan Manuel habrán de ser abonadas las fijadas en auto de medidas cautelares desde la fecha de dicha resolución hasta la fecha de esta sentencia a partir de la cual deberán de ser abonadas las fijadas en la sentencia de Instancia, manteniendo en todo lo demás los pronunciamientos de la sentencia de Instancia.

No se hace pronunciamiento expreso en materia de costas en esta alzada.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del número 3º del artículo 477.2 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. El/los recursos debe/n ser interpuesto/s 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 por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.