



Roj: **SAP GI 113/2019 - ECLI:ES:APGI:2019:113**

Id Cendoj: **17079370022019100045**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **2**

Fecha: **05/02/2019**

Nº de Recurso: **864/2018**

Nº de Resolución: **38/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA ISABEL SOLER NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 02 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.02)

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.: 1706642120178166503

Recurso de apelación 864/2018 -2

Materia: Apelación civil

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000

Procedimiento de origen:Filiación 591/2017

Parte recurrente/Solicitante: Luisa

Procurador/a: Edurne Diaz Tarragó

Abogado/a: Judit Clos Creus

Parte recurrida: Juan Carlos

Procurador/a: Marta Jimenez Quer

Abogado/a: Maria Pages Albo

SENTENCIA N° 38/2019

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOAQUIM FERNÁNDEZ FONT

MAGISTRADOS

D^a. Maria Isabel Soler Navarro

D. JAUME MASFARRÉ COLL

Girona, 5 de febrero de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . En fecha 11 de diciembre de 2018 se han recibido los autos de Filiación 591/2017 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación



interpuesto por la Procuradora D^a. EDURNE DIAZ TARRAGÓ, en nombre y representación de D^a. Luisa contra Sentencia de 27 de julio de 2018 y en el que consta como parte apelada la Procuradora D^a. MARTA JIMENEZ QUER, en nombre y representación de D. Juan Carlos .

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

"Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dña. Marta Jiménez Quer, en nombre y representación de D. Juan Carlos , contra Dña. Luisa , siendo parte el Ministerio Fiscal, debo DECLARAR y DECLARO que Argimiro no es hijo de D. Juan Carlos , debiendo efectuarse las rectificaciones necesarias en el acta de inscripción de nacimiento, siendo en lo sucesivo el orden de los apellidos del menor inscrito los de la madre.

Se imponen las costas del procedimiento a la parte demandada."

TERCERO. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 30/01/2019.

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

Se designó ponente a la Magistrada D^a. Maria Isabel Soler Navarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de la demanda rectora del procedimiento el actor ejercitó una acción de impugnación de la filiación matrimonial que se le atribuye registralmente respecto de su hijo Argimiro , actualmente de 8 años de edad, suplicando que se declare que el mismo no es hijo matrimonial de dicho litigante, ordenándose la correspondiente rectificación en el Registro Civil.

La demandada D^a Luisa se opuso manifestando básicamente, que el actor desde el momento del reconocimiento e inscripción en el Registro Civil era conocedor que el menor no era su hijo aceptando y reconociéndolo libremente estando en presencia de un reconocimiento de complacencia y que la acción está caducada.

La sentencia de Instancia estima la demanda al acoger las alegaciones de la parte actora y situar como fecha a partir de la cual el actor tiene conocimiento de que no es el padre biológico del menor, al momento del divorcio que tuvo lugar por sentencia de fecha 26 de octubre de 2017 , en que la demandada le comunica que no es el padre biológico del menor, y habiendo sido interpuesta la demanda en fecha, la acción no estaría prescrita por aplicación de lo dispuesto en el Art 235.23.1 del CCat que establece el plazo de dos años para la acción de impugnación de la filiación matrimonial a partir de la fecha en que conozca el nacimiento del hijo o del descubrimiento de las pruebas en que fundamenta la impugnación.

Y frente a dicha resolución se alza la parte demandada a través del recurso de apelación.

La parte actora y el MINISTERIO FISCAL solicitan la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- La parte recurrente en su recurso de apelación como primer motivo invoca una infracción de la Ley aplicable, dado que el Juez de Instancia estima que la normativa aplicable es el CCCat en aplicación del Art 9.4 del Código civil de, al entender que la norma aplicable es del derecho civil común, ya que para que fuera aplicable el CCat sería necesario que el menor tuviera la vecindad civil catalana lo cual no acontece en el caso presente y en virtud de lo establecido en el Art 14 del CC . Asimismo se alega que el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños no resulta de aplicación ya que el Art 4 excluye de su ámbito a) el establecimiento y la impugnación de la filiación.

En cuanto a la vecindad civil catalana de los sujetos de la relación jurídico- procesal, si bien una vez determinado por aplicación de la norma contenida en el art 9.4 del código civil que señala que la ley aplicable en supuestos como el presente de determinación de la filiación se regirá por la ley de residencia habitual del hijo en el momento de establecimiento de la filiación, es decir que la ley aplicable es la española , y si bien para determinar si se aplica el Código Civil o la normativa contenida en el CCat esta viene determinada por la vecindad civil , la cual esta regulada en el Art 14 del Código Civil invocado por la parte recurrente , señalar que si bien asiste razón a la parte apelante en cuanto a la no aplicación tanto el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 [art. 4.a)], ya que si bien en esencia los Tribunales españoles son competentes en virtud del artículo 22 quarter de la LOPJ que declara esta competencia en materia de filiación cuando el hijo tenga la residencia habitual en España o el demandante resida habitualmente en España o al menos seis meses



antes de interponer la demanda; no son aplicables las normas internacionales ya que tanto el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 [art. 4.a)] como el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 , relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, excluyen de su ámbito de aplicación el establecimiento y la impugnación de la filiación, como ha recordado el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 17 de abril de 2018 ; en la sentencia de 1 de julio de 2015 se plantearon las dudas sobre la posible ley personal del hijo que por un lado tenía la **nacionalidad** lituana de la madre, por otro podía llegar a tener la brasileña en caso de que prosperara la acción de reclamación y, finalmente, había sido reconocido como hijo biológico por un español, por todo lo cual se acudió a la ley de residencia habitual.

.En todo caso en el supuesto presente ya sea de aplicación el Código Civil o el Código Civil de Catalunya ello en nada modifica lo resuelto en Instancia ya que la única modificación que ello implicaría sería que al plazo de caducidad sería de un año del Art 136 del CC y no el de 2 años del Art 235.23.1 aplicado en la sentencia de Instancia y en atención a la valoración probatoria que efectúa sobre la fecha en que el actor tuvo conocimiento que no era el padre biológico del menor y que también es objeto del recurso de apelación y que se examinara en segundo lugar, con lo cual si no se acoge la alegación de la demanda que nos hallamos ante un reconocimiento de complacencia, la fecha a partir de la cual debemos partir para estimar que el actor tuvo conocimiento que no era el padre biológico del menor es con posterioridad a la sentencia de divorcio es decir el 26 de octubre de 2017 , y la demanda se interpuso el 27 de noviembre de 2017 en consecuencia no habría transcurrido tampoco el plazo de caducidad de 1 año que fija el Art 136 del Código Civil .

TERCERO.- En segundo lugar se invoca un error en la valoración de la prueba, en cuanto a la valoración de la prueba testifical del Sr. Daniel amigo del actor.

En cuanto a la prueba documental se alega que el Juez ha errado en su interpretación, en cuanto al pasaporte aportado solo puede concluirse de forma fehaciente que el actor estuvo en la Republica Dominicana entre el 24 de noviembre de 2008 hasta el 1 de diciembre del mismo año, y de ello en modo alguno puede concluirse que actor y demandada se conocieran y menos que mantuvieran ningún tipo de relación.

Que a pesar de que el matrimonio se contrajo el 26 de marzo de 2009 no fue inscrito hasta el día 14 de enero de 2011. Alegando que el motivo de ello porque la administración consideró fraudulento dicho matrimonio al percatarse de que no se correspondía la fecha del nacimiento del menor con la fecha celebración del matrimonio considerando por lo tanto el matrimonio de conveniencia y la inscripción como fraudulenta. Que corresponde la carga de la prueba al actor al amparo de lo dispuesto en el art 217 de la L.E.C . que el actor no ha aportado prueba alguna del momento en que la recurrente le comunicara que no era el padre biológico del menor, que de las testificales no se desprende tal hecho se trata de testigos de referencia.

Por último se considera vulnerado el Art 136 del CC al estar la acción caducada.

Siendo que la norma aplicable es del derecho civil común es de aplicación el Art 136 del CC , que fija un plazo de caducidad de 1 año y el actor interpuso la demanda más de ocho años después del nacimiento del menor y de la inscripción del mismo en el Registro Civil. Que el declarante era consciente antes del nacimiento del menor que él no era el padre biológico del mismo que el mismo realizo un reconocimiento por complacencia. A continuación se invoca como infringido la doctrina del reconocimiento de complacencia citando sentencias del TS al en concreto la STS de Pleno nº 494/2016 de 15 de Julio .

CUARTO. - El visionado del video permite a la Sala compartir la valoración probatoria efectuada con mejor intermediación por el Juzgador "a quo" la cual explica en su sentencia en un razonamiento lógico, coherente con su resultado, y sin fisuras, sin que en los argumentos de la apelante se encuentren motivos que lleven a la sustitución del criterio imparcial del Juzgador, por el legítimamente interesado de la apelante.

En efecto, no discutido que el actor no es el padre biológico lo que no ha quedado acreditado es que el mismo efectuara un reconocimiento de complacencia conoedor de esa ausencia de paternidad planteando años mas tarde la impugnación de la misma, pero fuera del plazo de caducidad para su ejercicio.

No existe prueba alguna de que el actor tuviera conocimiento de que el menor no fuera hijo suyo. Frente a ello y aún siendo cierto que no existe una prueba contundente de la fecha en que el actor tuvo conocimiento de que no era el padre biológico del menor ni de que el mismo lo reconoció registralmente en la creencia de que era su hijo biológico, si que existen una serie de pruebas aportadas por la parte actora que analizadas individualmente nada acreditan pero que partiendo de la legalidad vigente y del estudio de las actuaciones y tras valoración conjunta de la prueba obrante en autos, criterio autorizado por la Jurisprudencia del *Tribunal Supremo el de la valoración conjunta de la prueba (SS. de 25 de septiembre de 2.001 , 8 de febrero , 13 de abril y 25 de junio de 2.002 y 7 de abril de 2.003 , 17 de noviembre de 2.006 , 20 de diciembre de 2.007 y 9 de junio*



de 2.008) . cabe concluir que procede desestimar el presente recurso de apelación ya que valoradas en su conjunto las pruebas practicadas conllevan a concluir que la versión del actor se ajusta a la realidad.

Así en primer lugar las partes contrajeron matrimonio el 26 de marzo de 2009 en la Republica Dominicana. El menor nació en el mismo año en fecha NUM000 , es decir con posterioridad al matrimonio. Con posterioridad de dicha unión matrimonial nació otra hija.

Consta acreditado, a través de la prueba documental, pasaporte del actor, que el mismo estuvo en la República Dominicana desde el 24 de noviembre de 2008 hasta el 1 de diciembre de 2018, contrariamente a lo mantenido por la parte apelante, y si bien, como ya lo valora la sentencia de Instancia, a pesar de ello no existe prueba de que a dichas fechas mantuvieran una relación, es una prueba más a valorar.

Asimismo de la prueba testifical propuesta por la parte actora, en concreto el Sr. Daniel , amigo del actor manifestó que se enteró de que el actor no era el padre biológico del menor el año pasado y que el actor siempre lo había presentado como hijo suyo. Ciertamente tampoco es una prueba concluyente, pero es una prueba más que avala la versión del actor.

En relación a la valoración de la prueba testifical cabe traer a colación **la sentencia de la audiencia provincial de Valencia Secc 6) de fecha 22-11-.2018 que recoge al respecto:**

" En nuestro ordenamiento procesal, conforme a lo que se desprende del *Artículo 376 LEC* , para valorar la prueba testifical debe tenerse en cuenta:

- La independencia de los testigos, que se acredita no sólo por no hallarse afectados por las generales de la ley, sino también por no tener escrúpulo alguno en ignorar o negar preguntas que, aún siendo favorables a la parte que le hubiera propuesto, no respondieran a la verdad o fueran desconocidas por el testigo.

- La coherencia, claridad y rotundidad de sus respuestas.

- Que el mero hecho de que se trate de familiares, amigos, compañeros o conocidos de las partes no elimina, sin más, su capacidad probatoria; cierto que deben extremarse las cautelas al valorar este tipo de testigos, pero cuando son los únicos de que dispone la parte, cuando no son tachados por la contraria, cuando ésta trata de matizar su declaración mediante su interrogatorio, y cuando la prueba se practica con el más escrupuloso respeto al principio de contradicción, no resulta razonable negar por principio credibilidad a esas declaraciones testificales, porque ello sería tanto como condenar de antemano a la parte, en cuanto que se le privaría de la única prueba posible para advenir su versión de los hechos."

Hemos de partir También es doctrina reiterada y uniforme la que señala que los resultados de la prueba testifical son de libre apreciación por el juzgador de la instancia, según las reglas de la sana crítica, no reguladas en ninguna norma legal toda vez que el *art. 376 L.E.C* . sólo contienen una norma admonitiva, no preceptiva ni valorativa de prueba, y este precepto faculta al juzgador de la instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurren, operando como límites valorativos las conclusiones obtenidas de las mismas que se evidencien arbitrarias, irracionales o contrarias a la razón de ciencia y demás circunstancias de los testigos deponentes.

Con estas premisas y por lo que al presente caso se refiere no advierte la Sala ninguna de aquellas circunstancias que permitieran modificar en esta alzada la conclusión sentada en primera instancia en orden a la valoración de dicha prueba valorada en su conjunto con el resto de pruebas que se analizan en esta alzada. Hemos de tener en cuenta que es un testimonio de alta significación en apoyo de la tesis del demandante por su evidente razón de conocimiento con el actor que le une por razones de amistad y laborales, según refirió, y ello desde hace años, por lo demás la recurrente no ofrece argumento alguno para que pueda entenderse desvirtuado por este testimonio ya que se limita a impugnar su eficacia por lo que la Sala no puede por menos que compartir el análisis de la prueba testifical efectuado en Instancia.

Así consta acreditado, que tras 8 años de convivencia las partes solicitaron el divorcio de mutuo acuerdo dictándose sentencia en fecha 26 de octubre de 2017 . Ciertamente, como se ha referido, no existe prueba directa alguna que fuera con posterioridad a dicha fecha, en que el actor tuvo conocimiento de que no era el padre biológico, pero en atención a la fecha en que se sitúa, la extinción de la relación matrimonial, no está fuera de la lógica de los acontecimientos en que se sitúa, que la demandada situara a dicho momento dicha comunicación. Asimismo es significativa que en dicha sentencia se aprobó un convenio en el que se estableció un régimen de visitas con el hijo y que no haya sido sino con posterioridad en que el actor impugna dicha filiación, pudiéndolo hacer con anterioridad.

Frente a dichas pruebas, que valorados separadamente, nada acreditan de forma concluyente pero que valorados en su conjunto conllevan a la Sala a ratificar la valoración probatoria efectuada en la sentencia de



instancia. A dicha conclusión se une el hecho de que la versión dada por la parte demandada, está exenta de prueba alguna, así respecto al acta de manifestaciones solo cabe remitirnos a lo recogido en la sentencia de Instancia, dando por reproducido lo resuelto en instancia sobre su valor probatorio.

En cuanto a la alegación de que las partes con anterioridad a que la misma ingresara en el hospital para el nacimiento de su hijo solo habían tenido una relación a distancia comunicándose por., ninguna prueba existe al respecto a pesar de ser de fácil prueba mediante la aportación de las comunicaciones efectuadas. Tampoco se ha aportado por la apelante el pasaporte para poder acreditar su versión. Ninguna prueba se ha aportada más allá de las alegaciones efectuadas.

Si a ello se añade que no puede obviarse, ni desconocerse, que en la materia que nos ocupa, tal como ha proclamado una reiterada doctrina jurisprudencial, así la sentencia del Tribunal Supremo de 20 junio de 2000 : "La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (artículo 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud. La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que se le puede ocasionar al menor, al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que a la larga suele cobrar su tributo siempre negativo y ello deriva de estar en entredicho algo tan importante como el status de una persona, afectante al interés social y orden público, no entregado por ello a ningún interés particular o partidista, de forma que en estos procesos se sigue un cierto principio inquisitivo, razón por la cual se permite a los tribunales utilizar cualquier sistema de los previstos por la razón humana y en consonancia con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitorial, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, según el artículo 3.1 del Código Civil que no es otro que la defensa de los intereses personales del hijo".

Asimismo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 27 de octubre de 2003 ,, indica, que: "una institución tan rica y compleja como es la filiación -donde confluyen elementos biológicos, afectivos, sociales, individuales, de seguridad jurídica y otros- es buena piedra de toque y lugar de enfrentamiento de lo formal y, lo material; formalismo y realismo como principios y concepciones jurídicas en continua tensión", añadiendo que "está apareciendo últimamente una interesante jurisprudencia relativa a esos problemas", la cual "superando al respecto ciertas rigideces formales de carácter procesal, pues ello conduciría, a un resultado ilógico y absurdo que repugnaría al Derecho y a un elemental razonar jurídico" invoca "la especial naturaleza del Derecho de familia, con las conocidas peculiaridades que le sitúan como un "tertium genus" entre el entre el Derecho privado y el público", de tal manera que debe superarse el formalismo "apelando a los principios generales del Derecho y a los artículos 1.4 C.C. y 53.3 C.E." Asimismo se constata que "un pronunciamiento de esta clase en un proceso (civil) en que no prueba el actor los hechos que alega y son fundamento eminente de su pretensión, y en que además hay un erróneo planteamiento procesal del recurso de casación, hubiera sido al menos sorprendente hasta hace poco tiempo.. el cambio es profundo y en esta ocasión y para la filiación ello viene determinado sobre todo por la concepción que tiene de ese instituto y la interpretación que hace el TS de su régimen jurídico en el sentido de que ha de prevalecer la verdad real frente al formalismo". Debe enfatizarse también que la sentencia del T.S. de 5 de noviembre de 1988 , subraya "el rango constitucional del derecho a investigar la paternidad, en cuanto se estima más protegible, en interés del menor, la realidad a la ficción formal". Por esto debe concluirse que las sentencias del T.S. citadas, "y alguna otra, muestran la decidida decantación del Tribunal Supremo, en el marco de la tensión formalismo- realismo en materia de filiación, hacia el principio de veracidad, a través de una interpretación sociológica y finalista de las principales normas implicadas, con una clara preferencia por la verdad real,.. en ese sentido converge casi siempre el interés del hijo, como dicen varias de aquellas (y muchas otras) sentencias". "Això considerat, la societat actual no entendria que per una qüestió formal ¿ s'ha practicat la prova heredobiològica, acreditativa, amb absoluta certesa científica, que el Sr. ¿ no pot ser pare de la menor ¿, portés al resultat de mantenir la ficció sobre la realitat, ¿ en la mesura que declara pare d'un fill a qui no ho és, amb les incommensurables conseqüències de tot tipus inherents a una declaració d'aquesta magnitud (probable perjudici per al menor, segur perjudici pel demandant, ¿ disposició per al Sr. ¿ d'una pàtria potestat sobre una menor respecte a la qual no hi té cap dret ni cap deure)".

Aplicándolo al caso presente y partiendo de la valoración probatoria efectuada anteriormente, debemos concluir en consonancia con la valoración probatoria efectuada en la sentencia de Instancia, que el actor tuvo conocimiento de que no era el padre biológico del menor Argimiro con posterioridad a la fecha del divorcio siendo la sentencia de fecha 26/10/2017 , y que habiendo sido interpuesta la demanda de impugnación de la filiación matrimonial en fecha 20 de noviembre de 2017 conforme a lo dispuesto en el al Art 235-23.1 CCCat la acción no está caducada y desestimados los demás motivos de oposición dado que no ha quedado



acreditado que estemos en presencia de un supuesto de reconocimiento complacencia, como sostenía la parte recurrente, ha de conllevar a la desestimación del recurso.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso de apelación las costas de esta alzada se impondrán a la parte apelante de conformidad con lo dispuesto en el art 398 de la L.EC .

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación

FALLO

QUE DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D^a Luisa contra la Sentencia dictada en fecha 27 de julio de 2018, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de DIRECCION000 , en autos de impugnación de filiación matrimonial seguidos, bajo el nº 591/2017 del que dimana el presente Rollo de apelación, **CONFIRMAMOS** dicha resolución.

Se condena a la parte apelante al pago de las costas del recurso.

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.