



Roj: **SAP MU 898/2019 - ECLI:ES:APMU:2019:898**

Id Cendoj: **30016370052019100175**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Cartagena**

Sección: **5**

Fecha: **29/03/2019**

Nº de Recurso: **1/2019**

Nº de Resolución: **80/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE MANUEL NICOLAS MANZANARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00080/2019

Modelo: N10250

C/ ANGEL BRUNA, 21-8ª PLANTA (CARTAGENA)

-

Teléfono: 968.32.62.92. **Fax:** 968.32.62.82.

Correo electrónico:

Equipo/usuario: JFS

N.I.G. 30016 42 1 2015 0010101

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000001 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. 1A. INSTANCIA N. 6 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: FIL FILIACION 0001587 /2015

Recurrente: Blas

Procurador: LUIS FELIPE FERNANDEZ DE SIMON BERMEJO

Abogado: JULIO FRIGARD HERNANDEZ

Recurrido: Valle

Procurador: MARIA EULALIA MONERRI PEDREÑO

Abogado: MARIA CONCEPCION ESPEJO BERNAL

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCION QUINTA (CARTAGENA)

ROLLO DE APELACION Nº 1/2019

JUICIO DE FILIACIÓN Nº 1587/2015

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº SEIS DE DIRECCION000

SENTENCIA NUM. 80

Il'tmos. Sres.

D. José Manuel Nicolás Manzanares

**Presidente**

D. Jacinto Aresté Sancho

D. José Francisco López Pujante

Magistrados

En la ciudad de Cartagena, a veintinueve de marzo de dos mil diecinueve.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en DIRECCION000 , integrada por los lltmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos sobre reclamación e impugnación de filiación número 1587/2015 -Rollo 1/2019-, que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de DIRECCION000 , entre las partes: como actora Doña Valle , representada por la Procuradora Doña María Eulalia Monerri Pedreño y dirigida por la Letrada Doña María Concepción Espejo Bernal; y como demandados Don Blas , representado por el Procurador Don Luis Felipe Fernández de Simón Bermejo y dirigido por el Letrado Don Julio Frigard Hernández; y Don Constancio , representado por la Procuradora Doña Pilar Sánchez Marcos y dirigido por el Letrado Don Juan Carrión Hernández. En esta alzada actúa como apelante el demandado Don Blas , y como apeladas las demás partes. Interviene el Ministerio Fiscal al amparo de su Estatuto. Siendo Ponente el lltmo. Sr. Don José Manuel Nicolás Manzanares, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de DIRECCION000 en los referidos autos, tramitados con el número 1587/2015, se dictó sentencia con fecha 1 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "QUE DEBIA ESTIMAR Y ESTIMO la acción de reclamación de filiación no matrimonial promovida por la representación de D^a Valle contra D. Blas y en su virtud DECLARO que el menor Erasmo , nacido en DIRECCION000 el NUM000 de 2013 es hijo biológico de D. Blas y FIJO una pensión alimenticia a cargo del padre en la cantidad de 180 euros mensuales, cantidad que D. Blas deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la madre designe, quien los destinará a atender las necesidades ordinarias de su hijo en cada momento. Dicha cantidad será actualizable anualmente conforme al IPC que publique el INe. Además, ambos progenitores deberán atender por mitad los gastos extraordinarios de su hijo, entendiéndose por tales los gastos médicos que no cubra la seguridad social o el seguro privado y cualesquiera otros imprevisibles pero necesarios para el menor, sin que proceda la adopción de ninguna otra medida.

Y DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la acción de impugnación de la filiación matrimonial promovida por D^a Valle contra D. Constancio por las razones expuestas en el fundamento segundo. Líbrense los despachos oportunos al Registro Civil que corresponda para la efectividad de lo acordado, sin imposición de las costas causadas".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, Sección Quinta, RECURSO DE APELACION por el Procurador Don Luis Felipe Fernández de Simón Bermejo, en nombre y representación de Don Blas , exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso de apelación se dio traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable, dentro de cuyo término presentaron escritos de oposición al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el número 1/2019, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día 20 de marzo de 2019 su votación y fallo.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estima la acción de reclamación de la filiación no matrimonial paterna y la correlativa de impugnación de la filiación contradictoria respecto del menor Erasmo , declarando que el padre biológico de éste es Don Blas y fijando a cargo de éste una pensión de alimentos para el menor de 180 euros mensuales, el Sr. Blas interpone recurso de apelación alegando, en síntesis, que la demanda no debió ser admitida a trámite por no aportarse un principio de prueba conforme a lo previsto en el artículo 797.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuyo precepto considera infringido; errónea valoración de la



prueba, al considerar que es insuficiente la practicada para declarar que él es el padre de Erasmo ; que, siendo la filiación contradictoria la que, por presunción del artículo 116 del Código Civil , corresponde a quien era el marido de la demandante, Don Constancio ,, tal presunción no ha sido desvirtuada; y que, para el caso de que no se estimen los anteriores motivos, la cuantía de la pensión de alimentos es excesiva, debiendo quedar fijada en 100 euros mensuales.

SEGUNDO.- Aquel presupuesto de admisibilidad de la demanda, antes contenido en el artículo 127.2 del Código Civil , no puede ser entendido como una prueba plena, sino que debe tener una consideración de "semiplena probatio", es decir, de una razonable y mínima justificación, de ahí que haya venido admitiendo que junto con la demanda como principio de prueba se aporten fotografías (STS de 12 de diciembre de 1987), las meras alegaciones de las pruebas que puedan ser corroboradas en la fase probatoria (SSTS de 3 de junio de 1988 y 21 de diciembre de 1989), declaraciones reducidas a escritos (STS de 3 de diciembre de 1991), sin necesidad de que se plasme en un determinado documento acompañatorio, bastando con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado (STS de 23 de octubre de 1993), permitiendo así la entrada en juego de ese acta de manifestaciones que por determinadas personas se hicieran a presencia de fedatario público, sin perjuicio de la valoración que a las mismas se pueda dar y de la posibilidad de que puedan entrar en contradicción en fase probatoria, habiéndose pronunciado en esta línea de actuación con insistencia y reiteración la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SS de 3 de diciembre de 1991 , 8 y 20 de octubre de 1993 , 28 de mayo de 1994 , 3 de septiembre de 1996 , 3 de octubre de 1998 y 18 de marzo de 2000 , entre otras muchas), es más, en sentencia de 23 de octubre de 1993 se especifica respecto a ese "principio de prueba" que cabe sostener una interpretación "espiritualizada", entendiéndose que ni siquiera es necesario que la prueba deba plasmarse en determinado documento acompañatorio, sino que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado, pudiéndose de este modo llevar a cabo un control de razonabilidad de la demanda, de manera que el requisito procesal denunciado como infringido pasa por constituir un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca pueda dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 de la Constitución Española , quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que ha de quedar rechazado como motivo de inadmisión de la demanda en razón a que como señalara la sentencia de 18 de marzo de 2000 : "...respecto de la exigencia del párrafo segundo del artículo 127 del Código Civil (acompañar con la demanda "un principio de prueba"), ha de hacerse una interpretación "espiritualizada", en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad de dicha demanda, pues el requisito procesal de tal precepto constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 de la Constitución ...".

En este caso, en la demanda, se ofrece un relato de hechos coherente y pruebas, y se aporta certificación de nacimiento del hijo en la que, pese a estar casada con Don Constancio , el niño figura con los apellidos de la madre (" *D^a Valle no hace constar la filiación paterna del menor pero sí su estado civil de casada respecto de su esposo D. Constancio* ", refiere la sentencia); justificante de estancia o alojamiento de la Sra. Valle y del Sr. Blas en un hotel el 23 de marzo de 2013; otro justificante de alojamiento en otro hotel que, si bien figura sólo a nombre de la Sra. Valle , es coherente con el relato de la demanda sobre relaciones sexuales en hoteles y es de fecha 4 de enero de 2013 mientras que el nacimiento, como consta en la certificación, fue el 1 de octubre de 2013, es decir, nueve meses después; copia del permiso de residencia de éste (su disponibilidad es indicativa); y fotografía del menor, para apreciar el parecido con la que aparece en ese permiso. Por lo tanto, quedó adecuada y sobradamente cumplido el requisito de procedibilidad exigido legalmente en el artículo 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , habiéndose observado en la instancia el principio pro actione, siendo el decreto de admisión de la demanda acorde al artículo 24 de la Constitución Española , en méritos al cual tiene derecho la Sra. Valle a la tutela judicial efectiva de los Tribunales.

El primer motivo del recurso ha de ser desestimado.

TERCERO.- Tampoco puede prosperar el segundo motivo del recurso, pues, en contra de lo que se sostiene en el mismo, la negativa del ahora apelante a hacerse las pruebas biológicas es injustificada y se cuenta con elementos suficientes para que, ante esa negativa injustificada, considerar correcta la conclusión alcanzada en la sentencia de primera instancia.

En efecto, está acreditada la posibilidad de fecundación de la madre por el Sr. Blas , que, como dice la sentencia apelada, "*D^a Valle mantuvo una relación sentimental con D. Blas que inició hacia el año 2007 que interrumpió en el año 2011 con motivo de su matrimonio con D. Constancio , y que retomó en el año 2012 cuando llevaba separada seis meses o un año de su esposo, y perduró hasta poco antes del nacimiento del menor, con*



mantenimiento de relaciones sexuales en distintos lugares (coche, vivienda de la actora o del demandado...) y hoteles "

Se ha de recordar que en esta clase de procedimientos existe una gran dificultad probatoria, ya que lo que se debe acreditar por la parte actora es la existencia de relaciones sexuales completas que, evidentemente, se desarrollan en la intimidad. Dificultad que se acrecienta más, si cabe, en el caso que nos ocupa, ya que el Sr. Blas , frente al que se ejercita la acción de reclamación de la filiación, estaba casado con otra mujer con la que había formado una familia.

No obstante esa dificultad, la Juzgadora de instancia, con criterios lógicos y racionales, hace una cuidadosa, minuciosa y exhaustiva valoración de las pruebas practicadas, para llegar a aquella conclusión. Destaca en esa valoración la del testimonio de Doña Covadonga , vecina y amiga de la demandante, en cuanto asegura que " *sabe y le consta que mantuvo una relación sentimental con Blas , fruto de la cual nació el menor Erasmo* ", y ello no sólo por meras referencias de su amiga, de la Sra. Valle , tal y como bien se expone en la sentencia recurrida. El secreto que inspiraba la relación porque el Sr. Blas "era un hombre casado", se convirtió en un "secreto a voces", como también expone dicha testigo. Y tanto su testimonio como el hecho sostenido por la Sra. Valle y el Sr. Constancio de que en la época de la concepción de Erasmo su matrimonio estaba roto y no mantenían relaciones sexuales han de ponerse en relación con lo ya comentado acerca de la prueba aportada con la demanda.

Enlazando ya con la negativa del Sr. Blas a la práctica de la prueba biológica, como tiene establecido la jurisprudencia, en cuanto los demás elementos probatorios no le es exigible que se trate de pruebas definidas de manera incontrovertible o que evidencien la relación sexual determinante de la concepción, sino que basta con que constituyan indicios dignos de consideración para ser considerados como un refuerzo suficiente del indicio valioso o muy cualificado en que la negativa a la práctica de la prueba consiste (v. sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007 y 17 de junio de 2011).

Sobre la trascendencia de la negativa a la práctica de la prueba biológica y su importancia probatoria, existe un importante cuerpo de doctrina legal actualmente reflejada en el art. 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al establecer que la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.

En el recurso, el demandado-apelante, para sostener que dicha negativa fue justificada, aparte de sostener la inexistencia de un solo indicio alguno que pudiera exigirla -ya hemos visto que sí existen indicios sobre la posibilidad de fecundación-, aduce que " *siendo originario de Marruecos y de religión Musulmana, no puede contravenir ni su Fe (le genera objeción de conciencia) ni actuar contra el derecho Marroquí* "; cuyo argumento no se sostiene, ya que:

a) Carecemos de dato alguno objetivo acerca de cuáles pueden ser las creencias religiosas del demandado-apelante, que sea " *de religión Musulmana* ", y, en todo caso, aun dando por cierto el dato, no se explica por qué esa religión " *le genera objeción de conciencia* ".

Pero es que, si el derecho a las creencias religiosas es ciertamente un derecho constitucionalmente protegido, señalándose en el artículo 16 de la Constitución Española que se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos, sin embargo, no es un derecho absoluto y ha de ser interpretado de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico, la misma Constitución, en sus artículos 9-12 , impone a los ciudadanos el sometimiento a la Ley y, en el artículo 39, impone a los poderes públicos el deber de proteger a la familia, proclama la igualdad de los hijos con independencia de su filiación y reconoce la investigación de la paternidad señalando a continuación que los padres deben asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.

Es claro que el conflicto de derechos que surge al entrar en colisión el interés del hijo a que su filiación sea legalmente determinada y el del ahora apelante a que se respeten los mandatos de su supuesta creencia religiosa, ha de ceder indudablemente en favor del primero, que, por su propia naturaleza y la gran trascendencia que ello tiene para el menor e incluso para su madre, constituye un interés que se estima mucho más digno de protección.

b) Y, en cuanto al otro alegato de que el Sr. Blas no puede " *actuar contra el derecho Marroquí* " y concretamente contra la prohibición de la investigación de la paternidad fuera de los supuestos legales contemplados en el artículo 159 del Código de familia , al igual que la alegada objeción de conciencia, no es más que un intento de burlar la ley aplicable y aplicada por la sentencia impugnada.



No parece que pretenda el apelante que se aplique el Código de familia marroquí -no entramos sobre la cuestión de la prueba del derecho extranjero-, pero, si es lo que pretende, también es claro que la ley aplicable es la española.

El menor tiene **nacionalidad** española y su residencia habitual en España, por lo que se ha de acoger como aplicable la ley española por mor de lo dispuesto por el artículo 9.4 del Código Civil, en su redacción vigente al momento de dictar sentencia, conforme a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Tal artículo no solo fija la norma de conflicto con atención exclusiva en el hijo, sino que además potencia el favor filii, al incluir tres puntos de conexión ordenados en cascada: ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación; ley nacional del hijo; y, finalmente, la ley material española si esa ley no permite determinar la filiación o si el hijo carece de residencia habitual y de **nacionalidad** (v. sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018, nº 224/2018, rec. 2058/2017).

CUARTO.- La misma suerte desestimatoria ha de correr el último motivo del recurso.

Las acciones para la determinación legal de la filiación son la de reclamación, regulada en los artículos 131 a 135 del Código Civil, y la de impugnación, regulada en los artículos 136 a 141 del mismo Código. Deben acumularse ambas acciones en el caso del ejercicio de la acción de reclamación cuando exista otra contradictoria cuya eficacia haya de ser atacada (v. STS 394/2015, de 3 de julio, entre otras), que es lo que se ha hecho en este caso.

Olvida, pues, la parte apelante que con la acción de reclamación de filiación se ha acumulado la acción de impugnación de la filiación contradictoria, que, configurada como accesoria de la de reclamación, sólo puede ser estimada si se estima también ésta. Lo que hace el recurrente es valorar aisladamente la acción de impugnación, haciendo hincapié en que el marido, Sr. Constancio, lejos de acreditar la imposibilidad de su paternidad, no presentó ninguna prueba al respecto, aduciendo únicamente la falta de relación sexual con su esposa, y que también él se negó a la práctica de la prueba biológica, cuando son las mismas razones que llevan a la estimación de la acción de reclamación las que llevan a la estimación de la impugnación, considerando "*desvirtuada la eficacia probatoria de la presunción de paternidad establecida en el art.116 del Cc*", como concluye la resolución apelada.

QUINTO.- Finalmente, también ha de ser desestimado el último motivo del recurso, relativo a la cuantía de la pensión de alimentos fijada, en 180 euros mensuales, con cargo al padre y a favor del menor.

Para sostener su rebaja a 100 euros mensuales, aduce el recurrente que tiene un salario mensual que ronda los 800 euros; que con ello debe hacer frente al mantenimiento de su mujer (sin trabajo ni experiencia laboral), dos hijos menores, y un préstamo hipotecario por importe de 400 euros mensuales; y que la Sra. Valle depuso en el acto de la vista que se encontraba en una buena situación económica.

Comenzando por lo último, también la Sra. Valle es la encargada del cuidado y crianza de Erasmo y esa "buena situación económica", según lo que "depuso en el acto de la vista" -prueba de interrogatorio- se corresponde con tener trabajo y no pasar apuros para subsistir.

En cuanto al salario del Sr. Blas, éste es autónomo y, si difícil es a veces poder averiguar lo que realmente percibe una persona por su trabajo, mucho más lo es cuando se trata de determinadas profesiones o cuando uno mismo es el socio y administrador de la sociedad que luego va a certificar sus ingresos, o, precisamente, se es autónomo. Esto ha de ponerse en relación con que, como dice la sentencia apelada, "*de la escasa prueba documental aportada por el demandado al plenario no es posible inferir su capacidad económica actual, resultando probado únicamente que tiene abierto negocio de carnicería y que en el año 2014 declaró un rendimiento neto reducido de 9.436,39 euros*".

Sobre que la esposa del Sr. Blas no tiene trabajo ni experiencia laboral, nada se ha probado sobre las posibilidades económicas de ésta, "*no constando si la esposa trabaja y percibe emolumento con el que contribuye a las cargas familiares*", como también señala la sentencia recurrida.

Y son ya numerosas las resoluciones de las Audiencias Provinciales (v. SS de las AAPP de Málaga, sec. 6ª, de 31-01-2018, nº 86/2018, rec. 959/2016; Valencia, sec. 10ª, de 28-02-2018, nº 168/2017, rec. 1301/2017; Navarra, sec. 3ª, de 11-05-2018, nº 230/2018, rec. 592/2017; y Jaén, sec. 1ª, de 18-07-2018, nº 790/2018, rec. 529/2018, entre otras) que fijan el mínimo vital o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia de la menor en condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizar, al menos, y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional al que deben coadyuvar sus progenitores por razón de las obligaciones asumidas por los mismos por su condición de tal, entre los 150 y los 180 euros mensuales.



En definitiva, la cuantía alimenticia de la pensión establecida para el hijo no puede considerarse excesiva, es destinada a cubrir el cuidado, alimento y atención del hijo y resulta ajustada a los criterios de proporcionalidad que rigen en su establecimiento (v. artículos 103.3º, 142, 143, 145 y 146 del Código Civil).

SEXTO.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no obstante la desestimación del recurso de apelación, las mismas razones por las que la sentencia apelada no hace expresa imposición de las costas procesales de la primera instancia, aconsejan que no se haga expresa imposición de las de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

En nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Luis Felipe Fernández de Simón Bermejo, en nombre y representación de Don Blas, contra la sentencia dictada en fecha 2 de octubre de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de DIRECCION000, en el Juicio de Filiación número 562/2015, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha resolución; y ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que contra la misma no cabe recurso alguno, salvo que la parte entienda y justifique que tiene interés casacional, en cuyo caso podrá interponer el de casación correspondiente y también el extraordinario por infracción procesal, siempre que se haga en el mismo escrito de interposición del recurso de casación y no por separado; de cuyos recursos, llegado el caso, conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo y deberán interponerse ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia dentro de los veinte días a contar desde su notificación y previa constitución de un depósito de 50 euros, mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre de este Tribunal en la entidad BANCO SANTANDER nº 3196/0000/06/1/19; y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

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