



Roj: **SAP TF 55/2018 - ECLI: ES:APTF:2018:55**

Id Cendoj: **38038370012018100055**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2018**

Nº de Recurso: **419/2017**

Nº de Resolución: **25/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN LUIS LORENZO BRAGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: DAV

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 93 78-79

Fax.: 922 34 93 77

Email: s01audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000419/2017

NIG: 3802342120160004161

Resolución: Sentencia 000025/2018

Proc. origen: Filiación Nº proc. origen: 0000458/2016-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 3 (Antiguo mixto Nº 3) de DIRECCION000

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Fiscal M.FISCAL

Apelado Dulce

Apelante Amadeo Beatriz Ana Estevez Martinez Montserrat Paula Zubieta Padrón

SENTENCIA

Ilmos./a. Sres./a.

Presidente:

D. ÁLVARO GASPARD PARDO DE ANDRADE

Magistrada/o:

D.ª PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA

D. JUAN LUIS LORENZO BRAGADO

En Santa Cruz de Tenerife, a 19 de enero de 2018.

Visto por la Sección Primera de la Audiencia Provincial, integrada por los Ilmos./a Sres./a. magistrados/a antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en los autos de filiación nº 458/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de DIRECCION000



, promovidos por D. Amadeo , representado por la procuradora Dña. Montserrat Zubieta Padrón, y asistido por la letrada Dña. Beatriz Ana Estévez Martínez, contra Dña. Dulce , y siendo parte el Ministerio Fiscal; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY; la presente sentencia siendo ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN LUIS LORENZO BRAGADO, con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En los autos indicados la Ilma. Sra. Dña. Carmen Rosa Marrero Fumero, magistrada juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de DIRECCION000 , dictó sentencia el 17 de febrero de 2017 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "SE DESESTIMA la demanda interpuesta por D. Amadeo contra Dña. Dulce , y con intervención del Ministerio Fiscal. Todo ello, sin hacer expresa condena en costas."

SEGUNDO. Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, sin que se haya presentado escrito de adhesión u oposición al recurso interpuesto de contrario, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO. Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la votación y fallo, que tuvo lugar el día 18 de enero de 2018.

CUARTO. En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta por don Amadeo , de nacionalidad española, residente en DIRECCION000 , contra doña Dulce , de nacionalidad checa y residente en Chequia, en la que reclamaba la declaración de paternidad con respecto al menor Ezequiel , nacido el NUM000 de 2014 en la República Checa, donde también reside. El fallo desestimatorio se funda en la falta de prueba del derecho checo (art. 281 LEC), que, según el criterio de la juez a quo, sería el aplicable de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.4 CC .

El recurso se funda en la infracción del art. 33.3 de la ley 29/2015, de 30 de julio , de cooperación jurídica internacional en materia civil, así como de la jurisprudencia sobre las consecuencias de la falta de prueba del derecho **extranjero**, todo ello en relación con el principio del favor filii, con cita del art. 7 de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño y el art. 12 de la Carta Europea de Derechos de Niño.

SEGUNDO. Con carácter previo a la determinación y prueba de la ley aplicable debe analizarse la competencia de los tribunales españoles para conocer de la acción que se ejercita en este procedimiento. Se trata, como se desprende de lo expuesto en el fundamento anterior, de una acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial ejercitada por quien afirma ser el padre, ciudadano español, contra la madre del menor, ambos de nacionalidad checa y residentes en la República Checa.

Dispone el art. 21.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (según redacción dada por LO 7/2015 de 21 julio de 2015):

Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.

El Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, no contempla norma especial alguna aplicable a las acciones de filiación. Tampoco existe tratado bilateral que regule tal cuestión entre el Reino de España y la República Checa.

Debe estarse, pues, a lo que dispone la ley española, concretamente el art. 22 quáter LOPJ que, en defecto de los criterios de los preceptos anteriores (no aplicables, porque no hay sumisión, ni la demandada tiene su domicilio en España, ni concurre ninguno de los supuestos del art. 22 quinquies LOPJ) atribuye la competencia a los tribunales españoles:

d) En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.



Concurren, pues, los requisitos que prevé este precepto, razón por la cual debe afirmarse la competencia de los tribunales españoles para conocer de la demanda rectora de este procedimiento.

SEGUNDO. Establecida la competencia de los tribunales españoles, resulta obligado examinar la regularidad del trámite de emplazamiento. Consta por diligencia de ordenación de 1 de septiembre de 2016 la remisión por correo certificado con acuse de recibo de cédula de emplazamiento y copia de la demanda. Consta también la recepción por la destinataria en el domicilio designado en la demanda en fecha 9 de septiembre de 2016 (folio 60).

La normativa aplicable es el Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo. El juzgado no cumplimentó el formulario normalizado del anexo I ni efectuó la transmisión a través del organismo correspondiente de la República Checa, ni aportó traducción de tales documentos, sino que acudió a la notificación directa por correo certificado con acuse de recibo. Esta posibilidad se halla expresamente contemplada en el art. 14 del citado Reglamento y no está vedada por el derecho interno español. Debe considerarse, por tanto, que el emplazamiento es válido, máxime si se tiene en cuenta que la demandada, a tenor de los documentos acompañados con la demanda (folios 35 a 37 y videos grabados en el pendrive acompañado a la demanda), conoce perfectamente el idioma español.

TERCERO. Derecho aplicable. Con arreglo a lo que dispone el art. 9.4 CC :

La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española.

Es claro que a tenor de dicho precepto en el caso de autos resultaría de aplicación el derecho checo. La parte actora no ha probado, sin embargo, cuál es la regulación que dicho ordenamiento contempla respecto de las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial con constante posesión de estado, que es la que aquí se ejercita con fundamento en el art. 131 CC .

El art. 281.2 LEC señala:

El derecho **extranjero** deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Es decir, este precepto impone a la parte que invoque el derecho **extranjero** la carga de probar su contenido y vigencia, al tiempo que faculta al tribunal para practicar de oficio diligencias de investigación, pero sin obligación de llevarlas a cabo. En el caso de autos, la inactividad de la parte actora no ha sido contrarrestada por la demandada, que permanece en situación de rebeldía. Como es sabido, en nuestro Derecho la rebeldía no supone admisión de hechos, ni allanamiento, ni exonera al actor de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión pero, en lo que atañe a la cuestión que se resuelve, la falta de alegación y prueba consustancial a dicha situación determina la pérdida de la oportunidad de que se aplique el derecho checo.

Como quiera que el tribunal no tiene obligación de practicar diligencias de averiguación ex officio, y que no existe prueba acerca del derecho **extranjero**, la consecuencia no es, como resuelve la sentencia de instancia, la desestimación de la demanda, sino la aplicación del derecho español, según ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia: SSTS de 11 de mayo de 1989 , 7 de septiembre de 1990 , 13 de diciembre de 2000 , 5 de marzo de 2002 y 2 de julio de 2004 .

CUARTO. Se ejercita en el presente procedimiento la acción que prevé el art. 131 CC , que puede ser entablada por cualquier persona con interés legítimo para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

El presupuesto para el éxito de la referida acción es, por tanto, la demostración de la existencia de una constante posesión de estado.

Como señala el Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, S 30-6-2016, nº 441/2016, rec. 1957/2015 , citando la STC de 27 de octubre de 2005 :

»...De esta forma, el Código Civil establece una amplia legitimación ("cualquier persona con interés legítimo") para reclamar la filiación manifestada por una constante posesión de estado (artículo 131), esto es, cuando existe una situación en la que, pese a no contar con una paternidad o maternidad no matrimonial reconocida formalmente, se tiene el concepto público de hijo con respecto al padre o la madre, formado por actos directos



de estos o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (SSTS de 10 de marzo y 30 de junio de 1988), situación que también se ha identificado doctrinalmente a través de la concurrencia de alguno de los requisitos de nomen, tractatus y fama o reputatio.

»...En cambio, cuando falta el presupuesto de la posesión de estado, el art. 133 CC solo otorga la legitimación al hijo durante toda su vida y, bajo determinadas condiciones, también a sus herederos, mas no -en la literalidad del precepto- al progenitor. Se ha primado así el interés del hijo, dotándolo de los instrumentos necesarios para el establecimiento de la verdad biológica que hagan efectivo el mandato del constituyente de impedir la existencia de discriminaciones por razón de nacimiento y que permitan obtener el cumplimiento por parte de los padres de sus deberes respecto de los hijos menores, en especial, el de prestarles la asistencia precisa durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (art. 39.3 CE). Al mismo tiempo, y en conexión con el favor filii, el legislador ha dado mayor relevancia a la seguridad familiar, evitando que puedan llevarse a los Tribunales pretensiones abusivas carentes del respaldo de una situación fáctica que les otorgue un fundamento cierto...

»... Así pues, resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos (artículo 39.2 CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) en el estado civil de las personas.»

Precisamente para remediar tal régimen restrictivo se aprobó la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que incidió en determinadas normas sobre acciones de filiación, en concreto los artículos 133, 136, 137, 138 y 140, recogiendo el sentido de ponderación de intereses sugeridos por la doctrina y fijados por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia. Así, concretamente, el art. 133.2 CC establece ahora:

Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación.

QUINTO. En el caso de autos el actor afirma que mantuvo una relación de convivencia no matrimonial con la Sra. Dulce durante tres años en Tenerife, aunque de carácter intermitente por las visitas que su pareja, estudiante universitaria, realizaba a su país de origen. Que fruto de dicha relación nació en la República Checa el menor Ezequiel el día NUM000 de 2014 porque la Sra. Dulce decidió pasar los últimos meses de embarazo en Chequia. En el Registro Civil checo solo figura inscrita la filiación materna. No consta que desde entonces ni ella ni su hijo hayan viajado a Tenerife. Afirma el actor, aunque no lo prueba, que una vez nacido el menor (no precisa desde cuándo) vivió en la República Checa en compañía de Dulce hasta enero de 2015, fecha en que tuvo que regresar a Tenerife por motivos laborales, aunque siguió en contacto con ella y le envió dinero. Prueba documentalmente (documentos 13 a 23, no impugnados) haberle realizado seis giros por un importe total aproximado de 940 euros y enviado cinco paquetes postales, cuatro de ellos con juguetes y uno con bisutería. Así mismo ha de tenerse por probado que visitó a Dulce y al menor Ezequiel en agosto de 2015 tal como lo atestiguan las fotografías y videos acompañados en el pendrive acompañado a la demanda. Del examen de dichos elementos gráficos se constata que el menor presenta rasgos faciales semejantes a los del actor (ecuadoriano de origen). Incluso se puede ver en una de las fotografías que el Sr. Amadeo lleva tatuada en uno de sus brazos la inscripción " Ezequiel NUM000 -2014". También ha de tenerse por acreditado que en correo enviado por la Sra. Dulce al actor en junio de 2016 esta reconoce en varios pasajes que el actor es el padre de Ezequiel (documento obrante a los folios 35 a 37, no impugnado).

A la vista de tales hechos y a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta bien puede afirmarse que concurren elementos propios de la posesión de estado. Sin embargo, también es cierto que no ha quedado acreditado que tal posesión sea constante, sino esporádica, requisito expresamente exigido por el legislador para que proceda la acción del art. 131 CC .

Como consecuencia de lo expuesto, faltando la constante posesión de estado, la única respuesta posible, por congruencia, debe ser desestimatoria al faltar el presupuesto básico para el ejercicio de dicha acción.

La acción que procedería es la prevista en el art. 133 CC que reconoce legitimación al progenitor pero solo durante el plazo de un año contado desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en que haya de basar su reclamación.

SEXTO. De conformidad con lo prevenido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dada la naturaleza de este procedimiento no se realiza especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.



FALLO

Desestimando la demanda interpuesta por don Amadeo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de DIRECCION000 en los autos de que dimana este rollo, confirmamos, si bien por fundamentos distintos, la referida resolución. Sin expresa imposición de las costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

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

PUBLICACIÓN. Publicada ha sido la anterior sentencia en legal forma, de lo que, como letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS