



Roj: **STS 1281/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1281**

Id Cendoj: **28079119912018100011**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **17/04/2018**

Nº de Recurso: **1521/2017**

Nº de Resolución: **223/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 72/2017,**
STS 1281/2018

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1521/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 223/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 17 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación e infracción procesal interpuesto por D.^a Victoria , D. Arturo y el menor Doroteo , representados por la procuradora del turno de oficio D.^a Silvia Urdiales González, bajo la dirección letrada de D. Pere Mestre Fischer, contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2017 por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Tarragona en el recurso de apelación n.º 668/2016 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1130/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Tarragona, sobre filiación. Ha sido parte recurrida D. Victorino representado por el procurador del turno de oficio D. José Manuel Merino Bravo y bajo la dirección letrada de D.^a Esmeralda Sevil Gomis. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Victorino interpuso demanda de juicio verbal en reclamación de filiación paterna no matrimonial e impugnación de la filiación paterna matrimonial en la que solicitaba se dicte en su día sentencia por la que:

«A) Declare que, mi representado, don Victorino , es el padre biológico del niño Doroteo .

»B) Declare, en consecuencia, que don Arturo , no es el padre del niño Doroteo .

»C) Declare que los apellidos de Doroteo son, por tanto, Isidro .

»D) Ordene la rectificación en el Registro Civil de la inscripción de nacimiento de Doroteo , que figura inscrito en el Registro Civil de Tarragona, tomo NUM000 , página NUM001 de la Sección NUM002 , de este Registro Civil:

»D1. Se haga constar que el padre del mismo es: don Victorino , hiio de Bartolomé y de Tatiana , nacido en DIRECCION001 -Asturias el NUM003 de 1974, de estado soltero, nacionalidad española y domicilio en DIRECCION002 , NUM004 , NUM005 ., Oviedo.

»D2. Se haga constar que el primer apellido de Doroteo es el de Isidro .

»E) Con expresa imposición de costas a los demandados, si se opusieran a esta demanda».

2.- La demanda fue presentada el 27 de marzo de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Oviedo y fue registrada con el n.º 1521/2017 . Este Juzgado mediante auto de fecha 15 de abril de 2013 declaró su incompetencia territorial con remisión de los autos al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Tarragona. Asimismo, en virtud de auto de 3 de junio fue declarada incompetencia territorial planteando conflicto negativo de competencia ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, resuelto por éste mediante auto de fecha 24 de septiembre de 2013 , declarando la competencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Tarragona. Una vez recepcionada y admitida a trámite la demanda, se registró con el n.º 1130/2013 y se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D.^a Victoria , D. Arturo y el menor Doroteo , contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaban:

«Se dicte resolución mediante la cual el Juzgado de oficio se declare incompetente por falta de competencia internacional y de jurisdicción, al corresponder a los tribunales suizos la jurisdicción internacional para conocer de este asunto.

»Subsidiariamente, se dicte sentencia por la que se declare la desestimación de la demanda.

»Y todo ello con expresa condena en costas del presente procedimiento a la parte actora, junto a lo demás que en derecho proceda».

En dicho escrito de contestación a la demanda se planteó excepción de falta de competencia internacional que tras los correspondientes traslados al Ministerio Fiscal y a la parte demandante se resolvió mediante auto de fecha 11 de septiembre de 2014 rechazando la excepción planteada y declarando la competencia judicial internacional de los Juzgados del territorio nacional a los fines del conocimiento de la demanda.

Señalada celebración de vista oral, durante su desarrollo fue puesta de manifiesto causa de nulidad de esta vista oral que fue resuelta mediante auto que declaró su nulidad, retrotrayendo las actuaciones a fecha 2 de mayo de 2014, emplazando al Ministerio Fiscal y a la parte para contestación a la demanda. En dicha contestación se incorporaba como petición subsidiaria solicitud de las siguientes medidas paterno-filiales en relación al menor:

«- La guarda y custodia del menor deberá atribuirse a la madre.

»- No se establezca ningún régimen de visitas.

»- Se establezca una pensión de alimentos a cargo del padre de 500 euros mensuales.

»- La sentencia deberá ordenar que se inscriban en el Registro Civil en primer lugar, como apellidos de filiación, los apellidos de casada de la madre, la Sra. Victoria .

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Tarragona dictó sentencia n.º 282/2016 de fecha 29 de abril, con el siguiente fallo:



«Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora sra. Gavaldá Sampere en nombre de D. Victorino , asistido por la letrada sra. Sevil Gomis en sustitución de la letrada sra. González Préstamo, frente a D.^a Victoria , Arturo y el menor Doroteo , representada por el procurador sr. Sánchez Busquets y asistida por el letrado sr. Mestres Fischer, debo declarar y declaro la filiación paterna no matrimonial de D. Victorino , debiendo declararse nula la filiación registral existente por la que figura el menor Doroteo como hijo matrimonial de D. Arturo , acordando como medidas adicionales:

»1. D. Victorino y D.^a Victoria ostentarán la potestad parental sobre su hijo menor Doroteo , resultando la guarda atribuida a la progenitora.

»2. El Sr. Victorino disfrutará de la compañía de su hijo menor, en defecto de acuerdo escrito entre los progenitores, el primer fin de semana de cada mes, entre viernes y domingo, según horarios precisos que comunique por escrito con al menos una semana de antelación el progenitor a la Sra. Victoria . A tal efecto el progenitor se desplazará al lugar de residencia del menor a los fines de efectuar las entregas y recogidas.

»3. Asimismo y con suspensión del régimen ordinario de visitas, el progenitor no custodio disfrutará de la compañía de su hijo:

»-La mitad de las vacaciones de navidad, de tal forma que el tiempo vacacional se divide en dos períodos, el primero desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre, y el segundo desde este día y hora hasta el día previo al reinicio de las clases en el centro escolar, a las 20:00 horas. Estos horarios podrán variar según las disponibilidades de medio de locomoción del Sr. Victorino , que habrá de comunicarlos, por escrito, con al menos una semana de antelación a la progenitora.

»-La totalidad de las vacaciones de Semana Santa o vacaciones de invierno según calendario escolar del menor.

»-La mitad de las vacaciones de verano del menor, según su calendario escolar.

»-Las entregas y recogidas del menor se efectuarán en el domicilio materno del menor, salvo el supuesto en que Doroteo se halle en el territorio español, en cuyo caso, el progenitor se desplazará al lugar donde se halle para efectuar las entregas y/o recogidas de su hijo.

»-D.^a Victoria habrá de comunicar a D. Victorino , siempre a inicio de curso, y en todo caso, en el plazo máximo de una semana computada desde la presente resolución, el calendario escolar del menor.

»-En defecto de acuerdo que conste por escrito, la madre elegirá los años pares el periodo vacacional que pretenda disfrutar con su hijo, de conformidad con los criterios anteriormente reseñados, y el padre los años impares, debiendo ser comunicada tal elección al otro progenitor al menos con un mes de antelación al inicio del respectivo periodo.

»4. D. Victorino habrá de satisfacer en beneficio de su hijo Doroteo , pensión alimenticia mensual de 200 euros, que habrá de ser abonada por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que a tal efecto designe la progenitora, y será susceptible de actualización anual según I.P.C. interanual.

»Rectifíquese la filiación de Doroteo en el Registro Civil donde consta inscrito el nacimiento del menor, con los efectos que le sean inherentes, modificando su primer apellido por el de Isidro que corresponde a su progenitor, y por tanto el menor deberá ostentar los apellidos Isidro ».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a Victoria , Arturo y Doroteo .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Tarragona, que lo tramitó con el n.º de rollo 668/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 9 de febrero de 2017 , cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: El Tribunal decide:

»1.º- Desestimar el recurso de apelación formulado por D.^a Victoria (María Milagros de soltera), D. Arturo que figura como padre en el Registro, y ambos en nombre del menor Doroteo , frente a la sentencia de 19 de abril 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5, de Tarragona, en Juicio Verbal de Filiación n.º 1130/2013, que se confirma.

»2.º- Imponemos las costas a los apelantes».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*



1.- D.^a Victoria , D. Arturo y Doroteo interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción sobre las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional conforme al art. 469.1.º LEC .

»Segundo.- Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución conforme al art. 469.1.4.º LEC ».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Norma infringida: Infracción del art. 131 CC .

»Segundo.- Norma infringida: Infracción del art. 154 , 158 , 160 y 94 CC .

»Tercero.- Norma infringida: Inaplicación y vulneración del art. 68.1 y art. 69 de la Ley de Derecho Internacional Privado Suiza ; interpretación y aplicación errónea del art. 9.1 y 9.4 del Código Civil ; inaplicación y vulneración de los artículos 252 , 255.1 , 256.a , 256.b , 260.a , 260.b y 260.c del Código Civil Suizo.

»Cuarto.- Norma infringida: Inaplicación y vulneración de los arts. 9.1 y 9.4 CC ; inaplicación y vulneración de los artículos 1 y 2 del Convenio número 19, de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la Ley aplicable a los nombres y los apellidos, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980; inaplicación y vulneración del art. 270 del Código Civil Suizo».

»Quinto.- Norma infringida: Infracción del art. 131 CC ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y una vez personada ante la misma la parte recurrente por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.^a Victoria , D. Arturo y Doroteo contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2017 por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.^a) en el rollo de apelación n.º 668/2016, dimanante de los autos de juicio de reclamación de filiación paterna no matrimonial e impugnación de filiación paterna matrimonial n.º 1130/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Tarragona».

3.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- La parte recurrida se persona ante la sala mediante procurador designado por el turno de oficio.

5.- Por providencia de 22 de enero de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 7 de febrero de 2018, en que se acordó su pase a pleno el próximo día 21 de marzo de 2018 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes necesarios para la resolución de los recursos los siguientes.

1.- El 27 de marzo de 2013, D. Victorino interpuso demanda de juicio verbal en reclamación de filiación paterna no matrimonial e impugnación de la filiación paterna matrimonial contra D. Arturo (de nacionalidad española), su esposa D.^a María Milagros (después de las nupcias Victoria) y el menor Doroteo , nacido en Tarragona el NUM006 de 2008 e inscrito en el Registro civil de Tarragona como hijo de D. Victorino y D.^a Victoria . Fundaba su demanda en los arts. 131 y 134 CC , 39 CE , 108 , 109 , 112 y 120.3 CC . Alegaba que tuvo una relación íntima con D.^a Victoria en Tarragona, fruto de la cual fue la concepción de Doroteo . Solicitó la realización de prueba biológica.

2.- Los demandados se opusieron a la demanda: i) solicitaron que se declarara la falta de competencia internacional y de jurisdicción, al corresponder a los tribunales suizos la jurisdicción internacional para conocer de este asunto, de acuerdo con la ley suiza, puesto que todos los demandados tienen su residencia habitual en Suiza; ii) alegaron igualmente que, de acuerdo con el derecho internacional suizo, la ley aplicable es la suiza, por ser ese país el lugar de residencia habitual del menor y que a la misma conclusión se llegaría por aplicación del art. 9.4 CC español, dado que la nacionalidad del menor era la suiza; iii) añadieron que, conforme al art. 260 c) CC suizo, la acción estaría prescrita, puesto que el demandante debe ejercitar la acción en el plazo de un



año a contar desde el día en que se enteró de que el reconocimiento del menor ha tenido lugar y su autor no es el padre y que en el caso el demandante supo desde el momento del nacimiento del niño que fue inscrito con el apellido del marido de la madre, que lo reconoció como propio; iv) alegaron falta de legitimación del actor por falta de interés en asumir su paternidad desde el nacimiento del menor.

Los demandados también presentaron escrito por el que se negaron a la práctica de la prueba biológica, alegando que la acción de reclamación de la filiación perjudicaba los intereses del menor.

3.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la filiación paterna no matrimonial de D. Victorino , la nulidad de la filiación registral del menor Doroteo como hijo matrimonial de D. Arturo y acordó una serie de medidas respecto del menor sobre patria potestad, guarda, visitas, pago de pensión y cambio de apellidos del menor.

4.- Los demandados interpusieron recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo desestimó y confirmó la sentencia de primera instancia.

5.- Los demandados interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

6.- El demandante recurrido se personó, pero no presentó escrito de oposición.

7.- El Ministerio Fiscal emitió informe por el que se opuso a los recursos.

SEGUNDO.- Para la resolución de los recursos de casación e infracción procesal debe tenerse en cuenta que, en atención a que el litigio versa sobre una acción de reclamación e impugnación de la filiación de un menor de edad, la sentencia recurrida, tras estimar la acción, se pronuncia también sobre otros aspectos que forman parte de las relaciones paterno filiales, como la patria potestad, la guarda, los alimentos, el derecho de visitas y sobre los apellidos del menor. Tanto en el recurso de infracción procesal como en el recurso de casación, los recurrentes impugnan todos los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Habida cuenta de que la acción principal es la de filiación, nos ocuparemos en primer lugar de los motivos que tienen que ver con la determinación de la filiación porque, si no quedara establecida, carecería de sentido cualquier pronunciamiento ulterior sobre las relaciones paterno filiales a que se refiere la sentencia.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- El recurso extraordinario por infracción procesal se fundamenta en dos motivos.

1.º) El primer motivo denuncia infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional conforme al art. 469.1.1.º LEC .

a) En su desarrollo, los demandados ahora recurrentes reiteran, como han venido alegando a lo largo de todo el procedimiento, que los tribunales españoles no son competentes y que la sentencia recurrida ha declarado la competencia internacional española con apoyo en el art. 22.3 LOPJ , en atención a que el demandante tiene su domicilio en España, cuando, según alegan, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 66 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987, los tribunales suizos son competentes por ser el país de la residencia habitual del niño.

Los recurrentes también denuncian infracción del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, que en su art. 5 establece la competencia de los tribunales del Estado en el que el niño tenga su residencia habitual para fijar las medidas para la protección de su persona o bienes.

Los recurrentes solicitan que se declare la nulidad de todas las actuaciones o, subsidiariamente, la de las realizadas en materia de medidas paterno filiales.

b) Por lo dicho en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, nos pronunciamos ahora únicamente sobre la competencia judicial internacional para conocer del establecimiento de la filiación.

El motivo se desestima.

Tanto el citado 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 [Reglamento Bruselas II bis, art. 1.3.a)], excluyen de su ámbito de aplicación el establecimiento y la impugnación de la filiación.

En consecuencia, la competencia de los tribunales españoles en los litigios relativos a la filiación se determina conforme a las normas contenidas en el art. 22 LOPJ , sin perjuicio de que, con arreglo a sus propias normas de derecho internacional, los tribunales de otro Estado también pudieran declararse competentes.



En el momento en que se interpuso la demanda que da lugar a los presentes autos estaba en vigor la redacción del art. 22.3 LOPJ 1985 que atribuía la competencia a los tribunales españoles en materia de filiación «cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España». En el caso, a la vista de los hechos probados, concurren estas dos últimas circunstancias, por lo que no hay duda de la competencia internacional de los tribunales españoles.

Conviene aclarar que no afecta a esta conclusión la reforma operada por el artículo único.8 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que añadió un art. 22 quáter a la citada ley. La letra d) de este precepto es la que regula en la actualidad la competencia internacional en materia de filiación (que, por lo que ahora interesa, añade a lo que decía el antiguo art. 22.3 la competencia de los tribunales españoles cuando el demandante resida en España «al menos desde los seis meses antes de la presentación de la demanda»). En cualquier caso, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 7/2015, «los procedimientos que se rijan por normas de competencia judicial internacional en el orden civil iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán sustanciándose conforme a las normas que regían a la fecha de su incoación». Puesto que la demanda se interpuso el 27 de marzo de 2013, es de aplicación la redacción del art. 22.3 LOPJ 1985 en la redacción anterior a la reforma de 2015.

2.º) El segundo motivo denuncia vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución conforme al art. 469.1.4.º LEC.

En el desarrollo del motivo, los demandados ahora recurrentes alegan que la sentencia de la Audiencia comete un grave error patente y notorio al considerar hecho probado que el hijo menor declaró en el juicio y reconoció que era consciente de la situación planteada, cuando lo cierto es que el niño no viajó a España para estar en la vista, no estuvo presente en el juicio y ninguna de las partes pidió su declaración o interrogatorio.

Puesto que esta afirmación de la Audiencia fue tenida en cuenta para establecer el régimen de visitas, por lo dicho en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, no abordamos de momento las consecuencias del error de la sentencia recurrida, a expensas de la necesidad de que nos pronunciemos o no sobre el derecho de visita, en función del éxito que tenga la acción de filiación.

Recurso de casación

CUARTO.- El recurso de casación se funda en cinco motivos:

a) En el motivo primero se alega la infracción del art. 131 CC y la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de esta sala establecida en sentencia de 28 de mayo de 1997, según la cual «las normas sobre filiación, junto a la búsqueda de la verdad material a través de medios de prueba tiene como contrapunto la preservación de la paz familiar, por ello el Código Civil establece limitaciones en orden a la legitimación para interponer la acción de filiación que no existirían si fuere la verdad material el bien jurídico» y que «en cuanto a los terceros, el art. 131 CC conforma la acción de declaración de filiación -o de reconocimiento de filiación- atendiendo a la concurrencia conjunta de dos requisitos o elementos constitutivos: interés legítimo y posesión de estado» (STS de 16 de marzo de 2005).

En el desarrollo del motivo se mantiene que el actor carece de legitimación para ejercitar la acción de reclamación de la paternidad ya que no tiene un interés legítimo, pues nunca se quiso responsabilizar del menor, ni reconocer su paternidad, ni actuar como padre, y que el ejercicio de la acción después de tantos años (el menor nació en 2008) perjudica los intereses del menor, plenamente integrado en la familia formada por sus padres y otros dos hermanos nacidos con posterioridad.

b) En el motivo segundo se alega la infracción de los arts. 154, 158, 160 y 94 CC y la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo según la cual «el derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él, llamado tradicionalmente de visitas, no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado al interés y beneficio de este» (sentencia de 21 de julio de 1993) y «el interés del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e incluso a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad» (sentencia de 17 de septiembre de 1996).

En el desarrollo del motivo se argumenta que la sentencia recurrida no atiende al interés del menor al fijar el régimen de visitas consistente en un fin de semana al mes de viernes a domingo, la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, sin restricción ni cautela alguna, obviando que el menor de 8 años no ha tenido contacto con su padre desde el mes de octubre de 2010, de manera que lo aconsejable es que las visitas se desarrollen de modo progresivo, en un punto de encuentro previo informe psicosocial a fin de evitar graves perjuicios psicológicos al menor.



c) En el motivo tercero se denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 68.1 y 69 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado, por interpretación y aplicación errónea del art. 9.1 y 4 CC, por inaplicación de los arts. 252, 255.1, 256.a) y b), 260 a), b) y c) CC suizo y la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que establece que debe aplicarse la ley material extranjera que correspondiere siempre que se pruebe por las partes su existencia, contenido y vigencia. Cita al efecto las sentencias de esta sala de 2 de julio de 2004 y 5 de marzo de 2002.

En su desarrollo se aduce que la ley competente para la determinación de la filiación es la suiza, por ser la ley del lugar de residencia del menor. Argumenta que, aunque se atendiera a la nacionalidad del menor, es aplicable igualmente la ley suiza porque es la única nacionalidad que ejerce el menor. Añade que, conforme a la ley suiza, debidamente acreditada por la parte demandada ahora recurrente, el plazo de ejercicio de la acción es de un año a contar del día en que el demandante se enteró de que el reconocimiento ha tenido lugar, por lo que la acción estaría prescrita.

d) En el motivo cuarto se denuncia la infracción de los arts. 9.1 y 9.4 CC, arts. 1 y 2 del Convenio n.º 19 de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980, arts. 79.2 y 82 en relación con los arts. 33.1 y 37.4 de la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987 y 270 CC suizo. Invoca la doctrina del Tribunal Supremo que establece que debe acreditarse la ley material extranjera que correspondiere siempre que se pruebe por las partes su existencia contenido y vigencia, contenida en las sentencias de 2 de julio de 2004 y 5 de marzo de 2002. Se argumenta que, tanto si se atiende a la única nacionalidad que utiliza el menor como a su residencia habitual, la ley suiza es aplicable no solo a la determinación de la filiación, sino también a las medidas paterno filiales y a los apellidos y que, conforme al derecho suizo, los cambios de atribución de la responsabilidad parental no tienen efecto sobre los apellidos, por lo que el hijo debe continuar llevando sus apellidos personales o al menos, en primer lugar, el apellido de la madre.

e) En el motivo quinto se alega la infracción del art. 131 CC y la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto del interés legítimo que exige el art. 131 CC para interponer la acción de reclamación de paternidad.

Cita las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.ª) de 18 de marzo de 2004 y de Teruel (Sección 1.ª) de 28 de diciembre de 2004 que consideran que las normas sobre filiación, junto a la búsqueda la verdad material a través del medios de prueba, tienen como contrapunto la preservación de la paz familiar y que el interés legítimo se pierde cuando el actor no muestra un auténtico interés en actuar como padre y no interpone la acción de reclamación con la debida celeridad, demorándose sin ninguna justificación para ello, perjudicando de esta manera la paz familiar de la que goza el hijo. Por otro lado, destaca aquellas otras que consideran que existe un interés legítimo siempre que se acredite la posesión de estado sin que la demora injustificada en interponer la acción pueda significar la pérdida de tal interés legítimo, como sucede con la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Tarragona de 9 de febrero de 2017.

QUINTO.- El orden lógico de la resolución del recurso requiere un primer pronunciamiento sobre la ley aplicable a la determinación de la filiación.

1.- La sentencia de primera instancia consideró aplicable la ley española. La sentencia partió del art. 9.4 CC en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, vigente cuando se dictó la sentencia. Este precepto remite en primer lugar a la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación, que en el caso es la suiza. Sin embargo, al estar prescrita la acción conforme al derecho suizo, la sentencia decide acudir al segundo inciso del art. 9.4 y considera aplicable la ley sustantiva española.

2.- La Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia recurrida, también aplicó la ley española, pero para llegar a esa conclusión no partió de la nueva redacción del art. 9.4 CC sino que, presuponiendo que era aplicable el art. 9.4 CC en la redacción vigente cuando se interpuso la demanda, consideró que el hijo tenía la nacionalidad española. Literalmente dijo que:

«La ley aplicable al caso, segundo motivo de apelación, no es la suiza sino la española, y lo es tanto por razón de la nacionalidad del hijo (nacido en España de padre español, conforme al art. 17.1, a y b CC) y el estatuto aplicable a su estado civil (art. 9.1 CC), cuanto por la incidencia registral que el pronunciamiento de la sentencia puede acordar (art. 11 CC), y si se mantuviere como hacen los apelantes que hay una doble nacionalidad de hecho (suiza y española) debe prevalecer en todo caso la española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados y la suiza no se prevé (art. 9.9 CC)».



3.- Dando por sentada la imperatividad de las normas de conflicto (art. 12.6 CC), esta sala considera que la ley aplicable es la suiza, partiendo del art. 9.4 CC en la redacción dada por la citada la Ley 26/2015, en vigor cuando se dictó la sentencia de primera instancia. Ello por las siguientes razones.

1.ª) El nuevo art. 9.4 CC es una norma materialmente ordenada ya que, además de la conexión con los criterios escogidos, también tiene en cuenta el contenido de las leyes en presencia y el resultado de su aplicación.

Ello, en consecuencia, permite afirmar que contiene una carga valorativa material que justifica su aplicación inmediata cuando se plantea el establecimiento de la filiación en un procedimiento judicial.

2.ª) La aplicación de la nueva ley a los casos todavía no resueltos en el momento de su entrada en vigor no le atribuye un efecto retroactivo, puesto que el hecho del nacimiento, que es el que determina la relación jurídica de la filiación, no ha agotado sus efectos. Resulta razonable que la ley nueva se aplique de manera inmediata no solo al contenido de la filiación sino también a su propia existencia, de modo que el hecho de que la demanda se interpusiera con anterioridad no impide al juez aplicar la ley nueva, salvo que ello comportara la pérdida de algún derecho adquirido conforme a la norma de conflicto anterior.

3.ª) Parece razonable añadir que la nueva ley sería aplicable desde su entrada en vigor a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en primera instancia, en atención a la existencia de diversas instancias judiciales, por razones de seguridad jurídica y en aras de evitar la aplicación sorpresiva de un derecho que pudiera resultar imprevisible para alguna de las partes cuando la conexión no guardara relación con los sujetos litigantes.

Lo que en el caso, por lo demás, no sucede, a la vista de los hechos expresamente declarados probados en la sentencia recurrida, conforme a los cuales: el niño nació en Tarragona en DIRECCION000 de 2008, pero el demandante sabía que la madre estaba casada en Suiza y consta que en el mes de diciembre de 2008 la madre y el menor viajaron a Zúrich-Suiza y retornaron en el mes de abril 2009 con el demandante, momento en que la primera manifestó a este su voluntad de no separarse de su esposo; también que en enero de 2010 el demandante se desplazó a Suiza para recoger al niño y llevarlo a DIRECCION001 , Asturias, donde permaneció con su familia mes y medio aproximadamente; también consta como hecho probado que en octubre de 2010, tras una semana de vacaciones en la que el demandante, la demandada y el niño estuvieron juntos, acudieron a DIRECCION001 -Asturias con la intención de que el niño quedase con la familia del demandante pero que, al conocer el estado de casada de la madre, se suscitó un enfrentamiento que finalizó con la decisión de la madre de no dejar al menor y retornar a Suiza.

Es evidente, por tanto, que la conexión con Suiza guarda un estrecho vínculo con el caso litigioso y que la aplicación de la ley suiza no podía resultar imprevisible para el demandante.

4.ª) En el presente caso, cuando entró en vigor la nueva redacción del art. 9.4 CC (el 18 de agosto de 2015) la acción de reclamación interpuesta por el demandante estaba pendiente de decidirse en primera instancia, por lo que debe ser resuelta con arreglo al citado precepto, que prevé como ley aplicable la de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación que, según ha quedado acreditado en la instancia, es la suiza.

Por las razones expuestas, el motivo tercero del recurso de casación debe ser estimado, puesto que la sentencia resolvió la acción de filiación con arreglo al derecho español, cuando debió hacerlo conforme al derecho suizo, por ser la ley del lugar de residencia habitual del menor.

No es preciso que nos refiramos a los motivos que denuncian infracción de los preceptos del Código civil español sobre determinación de la filiación porque no son de aplicación al caso.

SEXTO.- La estimación del recurso de casación determina que esta sala, asumiendo la instancia, analice la acción de filiación ejercitada por el demandante conforme al derecho suizo.

1.- La parte demandada aportó con la contestación a la demanda certificado expedido en fecha 11 de junio de 2014 por el Consulado General de Suiza en Barcelona demostrativo de que, conforme al art. 260 c) CC suizo, la acción de filiación ejercida por el demandante estaría prescrita. Según este precepto:

«1. El demandante debe ejercitar la acción dentro del plazo de un año a contar desde el día en que se enteró que el reconocimiento ha tenido lugar y que su autor no es el padre o que un tercero ha cohabitado con la madre en la época de la concepción o a contar desde el día en que se descubrió el error o en el que la amenaza fue desestimada, pero en todo caso dentro de los cinco años desde el reconocimiento.

»2. En todos los casos, la acción del niño todavía puede ser ejercitada en el año siguiente a haber alcanzado la mayoría de edad.

»3. La acción puede ser interpuesta después de la expiración del plazo cuando justos motivos hacen el retraso excusable».

2.- En el caso, el demandante tuvo conocimiento del nacimiento del niño el NUM006 de 2008, pues estuvo en la clínica ese mismo día, al igual que estuvo el marido de la madre. Consta que, si no fue entonces, al menos a partir del 24 agosto de 2009 conoció que el niño había sido reconocido por el marido de la madre, puesto que en esa fecha el demandante abrió en DIRECCION001 una cuenta a nombre del niño, que en la libreta aparecía con los apellidos « Doroteo » y en esa cuenta hizo algún ingreso (con independencia de que las partes discrepen sobre el motivo de los ingresos) y que en enero de 2010, cuando se desplazó a Suiza para recoger al menor y traerlo a España, por exigencia de la compañía aérea, necesitó para el viaje una autorización escrita de los padres (que suscribieron como tales ambos esposos demandados), el pasaporte y la partida de nacimiento del menor. A pesar de ello, el demandante no interpuso la demanda hasta el 27 de marzo de 2013.

Con arreglo al Derecho suizo, por tanto, la acción de filiación no puede prosperar, pues ha transcurrido el plazo legalmente previsto para su ejercicio, que en el caso era de un año desde que se enteró que el reconocimiento había tenido lugar y que su autor no era el padre.

3.- El hecho de que haya transcurrido el plazo de ejercicio de la acción conforme a la ley de la residencia habitual del menor no justifica que deba darse entrada a la ley sustantiva española, tal y como se explica a continuación.

El art. 9.4 CC establece un régimen de conexiones en cascada que tiene en cuenta si la primera conexión «no permite el establecimiento de la filiación» para acabar llamando a la ley sustantiva española. Este criterio fue el seguido por la sentencia del Juzgado en el presente caso: dando por supuesto que la nacionalidad del menor era también la suiza (lo que resulta correcto, puesto que, a la vista de los hechos probados, aunque fuera cierto que también tiene la española, la suiza es la única que ostenta, sin que proceda una aplicación automática del art. 9.9 CC) y que, por lo dicho, la ley suiza no permitiría estimar la demanda, consideró aplicable la ley española.

Literalmente el art. 9.4 CC establece que:

«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. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5».

A juicio de esta sala, para acabar dando entrada a la ley sustantiva española no es suficiente con que la aplicación de la ley de la residencia habitual o de la ley de la nacionalidad del menor conduzcan a una desestimación de la demanda por haber sido interpuesta fuera de plazo, pues en tal caso no se trata de que la ley «no permita» establecer la filiación, sino de que no se ha ejercido por el demandante conforme los presupuestos que el derecho aplicable ha previsto para ello. Únicamente cuando la ley aplicable excluya radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento procederá la llamada a la ley sustantiva española (por ejemplo, por impedir el ejercicio judicial de acciones de filiación, o por prohibir la investigación de la paternidad, o desconocer la filiación fuera de matrimonio).

No es el caso de la ley suiza aplicable, que establece un plazo de un año (como, por lo demás, hace el art. 133.2 CC español, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) a contar desde el momento en que el demandante se enteró de que el reconocimiento ha tenido lugar y que su autor no es el padre y permite que el propio hijo ejercite la acción en el año siguiente a haber alcanzado la mayoría de edad. La legitimación para impugnar, pero sujeta a límites, incluidos los temporales, supone una ponderación de los principios e intereses en juego, como el descubrimiento de la verdad biológica, la tutela judicial efectiva, la estabilidad de la situación del hijo y, sobre todo, el prevalente interés del menor, lo que en modo alguno es incompatible con nuestro sistema.

SÉPTIMO. - Por todo lo expuesto en el anterior fundamento de derecho, procede desestimar la demanda.

La desestimación de la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial e impugnación de la matrimonial hace innecesario cualquier pronunciamiento ulterior relativo a las relaciones paterno filiales del menor con el demandante.

OCTAVO. - Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 398.1 y art. 394 LEC) y no se imponen las costas del recurso de casación (art. 398.2 LEC).



No se hace especial declaración en cuanto a las costas de la segunda instancia puesto que el recurso de apelación debió ser estimado (art. 398.2 LEC) y, dada la desestimación de la demanda, se imponen al demandante las costas de la primera instancia (art. 394.1 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Victoria , D. Arturo y Doroteo contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2017 por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª) en el rollo de apelación n.º 668/2016, dimanante de los autos de juicio de reclamación de filiación paterna no matrimonial e impugnación de filiación paterna matrimonial n.º 1130/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Tarragona.

2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

3.º- En su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por D.ª Victoria , D. Arturo y Doroteo y desestimar la demanda en su día interpuesta por D. Victorino .

4.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no imponer las del recurso de casación.

5.º- No imponer las costas de la apelación e imponer al demandante las de primera instancia.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.