

- SAP Guipúzcoa 28 septiembre 2004 -

**Subject:** Filiación: competencia judicial internacional: son foros no jerárquicos: aplicación del art. 22.2 LOPJ: domicilio del demandado y sumisión tácita. Ley aplicable: no se aplica el Derecho alemán por falta de prueba de tal Derecho (“al no ser función judicial la de suplir las deficiencias probatorias de las partes”), y porque en materia de filiación se puede considerar que el hijo ostenta también nacionalidad española a efectos de determinar la Ley aplicable a la filiación.

**CUESTIONES:**

1º) Función de la sumisión de las partes como foro de competencia judicial internacional en materia de “filiación natural”.

2º) Papel de las partes y del tribunal en la prueba del Derecho extranjero.

3º) Derecho aplicable al fondo del asunto vista la falta de prueba del Derecho alemán.

Texto de la sentencia:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Por la representación de D. Ramón se formuló recurso de apelación frente a la sentencia de instancia, alegando:

-Infracción del art. 22-3 de la LOPJ no siendo de aplicación el art. 22.2 de la LOPJ Los Tribunales Españoles no son competentes.

-Excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado al Sr. L.

-Infracción del art. 1719 del CC Alemán en relación con los arts. 110-2, 120-1 y 121 CC y del art. 281 y 427 LEC, e incorrecta aplicación de las sentencias que se citan en el fundamento de Derecho cuarto de la sentencia recurrida.

-Infracción del art. 3 RRC.

...

TERCERO Primer motivo del recurso: Infracción del art. 22.3 de la LOPJ Estima la parte recurrente, que por aplicación de la citada norma, en el caso que nos ocupa, de filiación, sólo es competente la Jurisdicción Española cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España; por lo que dado que la demandante tiene su residencia habitual en Alemania y es alemana, la Jurisdicción compete a los tribunales alemanes.

El Tribunal no comparte dicho criterio por las siguientes razones:

-El criterio establecido en el art. 22.3º de la LOPJ es de aplicación en defecto de los criterios precedentes es decir, tiene naturaleza subsidiaria.

El art. 22.2º del citado texto legal establece que en el orden civil los juzgados y tribunales Españoles serán competentes «con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España».

-En el presente caso, concurren los dos presupuestos previstos en el núm. 2 del art. 22; pues el demandado tiene su domicilio en España, y además, existe sumisión tácita, pues

se ha producido una sumisión tácita del demandado, que se concreta en el hecho de no haber propuesto en forma la declinatoria, después de personado en juicio, tal y como se prevé en el art. 56 de LEC, que dispone que se entenderán sometidos tácitamente; 2º: el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria; en relación con el art. 39 del citado texto legal que dispone: «el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por haberse sometido a arbitraje la controversia» STS de 11-2-2002 y 10-11-2003.

CUARTO El segundo motivo del recurso de apelación es el litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado a la madre de la actora y al Sr., esposo de ésta y que le otorgó en su día sus apellidos.

La excepción planteada en relación con la madre de la actora se ha efectuado, ex novo en la alzada, ya que en primera instancia se limitó a alegar dicha excepción en relación con el Sr. Lorenz, razón por la cual no va a examinarse.

En relación con el Sr., hay que señalar:

-Que la actora nació el 4-7-1964 en Pjorzheim, Alemania (doc. 3 de la demanda).

-Que la anotación marginal del citado documento consigna: 4 de marzo de 1970. El esposo de la madre de la niña, el tejador, evangélico, con domicilio en Ellmendingen, municipio de Pjorzheim, mediante declaración efectuada el 4 de marzo de 1970, válida desde ese mismo día, ha otorgado su nombre de familia... a la niña Martina Elisabeth.

-Que por lo tanto, del contenido del documento se concluye que el esposo de la madre de la actora sólo ha dado a ésta su apellido, figura que no existen en el Derecho Español, pero que en ningún caso puede estimarse que implique nada más que lo que expresamente se concede, es decir, el apellido, no pudiendo presumirse de ello un reconocimiento de paternidad.

-Que nos encontramos ante un procedimiento de reclamación de filiación paterna no matrimonial, la maternidad no se discute al estar ya determinada en el Registro Civil, en la correspondiente certificación de nacimiento. Por ello, la sentencia no afectaría más que a la esfera de la actora, mayor de edad, y al demandado, y dado que tal excepción planteada se funda en el art. 24 de la LRC, pues salvaguarda que puedan verse afectados por un proceso quienes no han podido ser oídos. Para su estimación ha de existir base para causar indefensión a terceros que no han sido llamados y que la sentencia les puede repercutir; y es obvio que al Sr., la determinación de la filiación paterna de la actora no le afectaría, en cuanto que no ostenta la misma.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO Infracción del art. 1710 del CC Alemán y 110.2º, 120.1 y 121 del CC, y de los arts. 281 y 427 LEC.

En relación con la aplicación del CC Alemán, el art. 281.2 de la LEC impone a la parte que invoque el , la carga de acreditar tanto su contenido, como su vigencia, por cualquiera de los medios conocidos en Derecho, no pudiendo la parte exonerarse de esa carga por el hecho de que el Juzgado se pueda valer de medios de averiguación, al no ser función judicial la de suplir las deficiencias probatorias de las partes, como reiteradamente ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo ( STS 15-3-1984). En el presente caso, la demandada, no ha probado la existencia del precepto invocado, su vigencia, su aplicación al caso litigioso, prueba documental que se considera imprescindible en relación con el fin pretendido; y por ello, cuando el Derecho extranjero no ha sido probado o lo ha sido insuficientemente, procede resolver conforme a la legislación española (STS, 7 de septiembre de 1990).

-En relación con los preceptos del CC, arts. 110.2, 120.1 y 121, vigentes al tiempo en que nació la actora, señalar que la legislación aplicables es la existente en el momento en el que se acciona, es decir, el CC actual, y que la legislación de los hijos por el matrimonio, el actual art. 119 del CC exige, para que la filiación adquiriera el carácter de matrimonial por el posterior matrimonio de los progenitores, que el hecho de filiación haya quedado determinada legalmente, bien por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, testamento y otro documento público, por resolución recaída en expediente ante el Registro Civil o por sentencia firme.

En el presente caso, no podrá en ningún caso estimarse de aplicación las consecuencias derivadas del art. 119 del Civil, respecto de la actora y el marido de su madre, habida cuenta de que antes del matrimonio celebrado entre ambos, no se había determinado legalmente, ni tampoco después su filiación paterna, y que tan sólo ha existido tras esta un otorgamiento de apellidos, que no implica reconocimiento alguno de paternidad, ni legitimación de la misma.

El art. 9 del CC, en relación con el contenido y carácter de la filiación, sea la que se regirán por la Ley personal del hijo, que conforme al párrafo primero es la determinada por la nacionalidad, y en este caso la de la actora es la alemana.

Desde este punto de vista, el establecimiento de la filiación que se reclama, como estableció la STS 22-3-2000 , llevaría a hacer aplicable el CC alemán, como Ley nacional de la demandante. Sin embargo el propio derecho material español permite aplicar la Ley nacional y prescindir de la extranjera, pues la nacionalidad alemana «no actúa como cerrada y que necesariamente se impone como única, sino a medio de primera o provisional nacionalidad, ya que conforme al art. 17.1ª del CC, son españoles de origen los nacidos de padre o madre española... De este modo, la aplicación de la Ley material española en este supuesto se presenta integrada en el orden público del foro como inmediata e imperativa, a fin de disponer la adecuada protección...». Con base en la citada doctrina establecida por el Alto Tribunal, debe concluirse que procede la aplicación de la Ley española.

....

FALLO: Desestimamos el recurso, de apelación interpuesto por D. Ramón frente a la sentencia de 18 de mayo de 2004 del Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Irún, la confirmamos íntegramente, condenando al apelante al abono de las costas de la alzada.

\* \* \* \*